

MARINA AUGUSTA ALVES DE OLIVEIRA E SILVA

Os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dra. Cláudia Perrone Moisés

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2017

MARINA AUGUSTA ALVES DE OLIVEIRA E SILVA

Os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Internacional Público, sob a orientação da Professora Dra. Cláudia Perrone Moisés.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Alves de Oliveira e Silva, Marina Augusta
Os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional / Marina Augusta
Alves de Oliveira e Silva ; orientadora Cláudia Perrone Moisés -- São Paulo,
2017.
262 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Internacional. 2. Direitos de propriedade intelectual. 3.
Conhecimentos tradicionais. 4. Convenção sobre Diversidade Biológica. I.
Perrone Moisés, Cláudia, orient. II. Título.

Nome: ALVES DE OLIVEIRA E SILVA, Marina Augusta
Título: Os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Aos meus pais, Marcos e Inês, que
tanto me apoiaram e incentivaram.*

RESUMO

ALVES DE OLIVEIRA E SILVA, Marina Augusta. *Os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional*. 2017. 262 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta dissertação tem por objetivo analisar os conhecimentos tradicionais à luz do Direito Internacional e identificar as formas de protegê-los da utilização indevida por terceiros para fins comerciais. Essa proteção visa a garantir o acesso consentido aos conhecimentos associados a recursos genéticos, bem como a repartição de benefícios com comunidades tradicionais, em cumprimento ao artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica. A pesquisa fundou-se, principalmente, no estudo de fontes de Direito Internacional, tais como tratados e convenções, de documentos elaborados por organizações internacionais e, ainda, de doutrina nacional e internacional. Primeiramente, foram apresentados os conceitos, a evolução e os impactos da biotecnologia, a fim de compreender por quais motivos os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais a eles associados tornaram-se tão valiosos para essa indústria. Após, foi feita uma exposição a respeito dos direitos de propriedade intelectual e dos instrumentos internacionais relevantes para a regulamentação da matéria. Ademais, considerando a crescente importância dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais para o comércio, foram examinadas as discussões relacionadas ao tema travadas nas Conferências Ministeriais da Organização Mundial do Comércio. Prosseguiu-se no estudo com a conceituação de dois termos fundamentais para o debate, “comunidades tradicionais” e “conhecimentos tradicionais”, e com uma apresentação sobre os direitos básicos assegurados às comunidades tradicionais e aos povos indígenas. A implementação de tais direitos é vista como pré-requisito para garantir uma efetiva proteção aos conhecimentos tradicionais. O principal instrumento internacional estudado, a Convenção sobre Diversidade Biológica, inaugurou uma nova etapa na questão da proteção de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais, tendo em vista que, para que haja exploração comercial, passou a prever a necessidade de obtenção do consentimento prévio e informado dos Estados detentores de recursos genéticos, além do dever de repartir, com as comunidades tradicionais, benefícios decorrentes da utilização de seus conhecimentos. Assim, a Convenção inspirou o aprofundamento e a regulamentação da matéria tanto no Direito Internacional, quanto em âmbito regional e em legislações

nacionais, tendo-se dado destaque a legislações de países latino-americanos e africanos. Porém, ante a dificuldade de implementar os requisitos previstos na Convenção e os casos de biopirataria que soem acontecer, buscou-se analisar a possibilidade de proteger os conhecimentos tradicionais através dos direitos de propriedade intelectual existentes. De outro turno, foram identificadas as limitações encontradas pelas comunidades tradicionais e indígenas ao se valerem desses instrumentos. Em face das numerosas críticas à utilização de um sistema pré-definido para proteger os conhecimentos tradicionais, examinou-se a alternativa de criação de um sistema *sui generis*, melhor adaptável às peculiaridades das comunidades tradicionais. A exposição se encerra com três estudos de caso, nos quais houve o acesso a conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos. Cuidou-se de apresentar como ocorreram as tratativas para o acesso e em quais termos foram fixados os acordos para a repartição de benefícios com as comunidades locais.

Palavras-chave: Direito Internacional. Conhecimentos tradicionais. Direitos de propriedade intelectual. Convenção sobre Diversidade Biológica.

ABSTRACT

ALVES DE OLIVEIRA E SILVA, Marina Augusta. *Traditional knowledge in light of the International Law*. 2017. 262 p. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017

This dissertation has as objective to analyse the traditional knowledge in light of the International Law and to identify ways to protect it from misuse by third parties to commercial ends. This protection aims to guarantee the consented access to knowledge associated with genetic resources, as well as the benefit sharing with traditional communities, in fulfilment of article 8(j) of the Convention on Biological Diversity. The research was based, mainly, on the study of sources of International Law, such as treaties and conventions, of documents elaborated by International Organizations, and national and international doctrine. Firstly, the concepts, the evolution and the impacts of biotechnology were presented, in order to understand for what reasons the genetic resources and associated traditional knowledge became so valuable for this industry. After, an exposition regarding the intellectual property rights and the relevant international instruments for the regulation of the matter was made. Besides, considering the increasing importance of genetic resources and traditional knowledge for commerce, discussions related to the theme that took place on the Ministerial Conferences of the World Trade Organization were examined. The study continued with the conceptualization of two fundamental terms to the debate, “traditional communities” and “traditional knowledge”, and with the presentation of the basic rights guaranteed to traditional communities and indigenous peoples. The implementation of such rights is seen as a prerequisite to ensure the effective protection of traditional knowledge. The main international instrument studied, the Convention on Biological Diversity, inaugurated a new step on the matter of protection of genetic resources and traditional knowledge, since it stated the need to obtain prior informed consent from States holding genetic resources and the obligation to share with traditional communities the benefits deriving from the use of such knowledge for commercial exploitation. Therefore the Convention inspired the deepening and the regulation of the matter on International Law, as well as on regional level and in national legislations, from which the Latin-American and African were highlighted. But, in view of

the difficulty of implementing the Convention requirements and the cases of biopiracy that continue to happen, it was sought to analyse the possibility of protecting the traditional knowledge through the existing intellectual property rights. On the other hand, the limitations faced by traditional and indigenous communities when using these instruments were identified. In face of the numerous criticisms on the use of a predefined system to protect the traditional knowledge, an alternative for the creation of a *sui generis* system, more adaptable to the peculiarities of traditional communities, was examined. The exposition ends with three case studies, in which there was access to traditional knowledge associated with genetic resources. The negotiations for the access and the terms of the agreements for benefit sharing with local communities were presented.

Keywords: International Law. Traditional knowledge. Intellectual property rights. Convention on Biological Diversity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
PARTE I.....	27
1. BIOTECNOLOGIA E RECURSOS GENÉTICOS.....	27
1.1 CONCEITOS	27
1.1.1 Biotecnologia	27
1.1.2 Recursos genéticos	34
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	38
1.3 PRODUTOS, PROCESSOS E APLICABILIDADE	42
2. PROPRIEDADE INTELECTUAL	49
2.1 CONCEITOS	49
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	60
2.2.1 Da Convenção da União de Paris ao Tratado sobre Direitos de Patentes...61	
2.2.2 O TRIPS e suas revisões.....	72
2.3 REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	84
PARTE II	95
3. COMUNIDADES E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS	95
3.1 CONCEITOS	95
3.1.1 Comunidades Tradicionais	95
3.1.2 Conhecimentos Tradicionais.....	113
3.2 DIREITOS DE COMUNIDADES TRADICIONAIS E POVOS INDÍGENAS.....	127
3.3 CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS	131
3.3.1 Convenção sobre Diversidade Biológica	131
3.3.1.1 Breves considerações	137
3.3.1.2 Conceitos	143
3.3.1.2.1 <i>Consentimento prévio informado.....</i>	<i>143</i>
3.3.1.2.2 <i>Repartição de benefícios.....</i>	<i>147</i>
3.3.1.2.3 <i>Termos mutuamente acordados</i>	<i>154</i>

3.3.2 Organização Mundial de Propriedade Intelectual, âmbito regional e legislações nacionais.....	156
3.3.3 TRIPS e CDB: uma aparente contradição	165
3.3.4 Modelos de proteção	170
3.3.4.1 Sistema de Direitos de Propriedade Intelectual	175
3.3.4.1.1 <i>Proteção positiva</i>	177
3.3.4.1.2 <i>Proteção defensiva</i>	185
3.3.4.2 Sistema <i>sui generis</i>	192
3.3.4.2.1 <i>Críticas ao sistema de Direitos de Propriedade Intelectual</i>	194
3.3.4.2.2 <i>Propostas</i>	203
4. CASOS PRÁTICOS.....	221
4.1 O CASO DO SÂNDALO NO OESTE DA AUSTRÁLIA (MOUNT ROMANCE E AVEDA)	221
4.2 O CASO DA CASTANHA DO BRASIL (NATURA)	223
4.3 O CASO DA HOODIA NO SUL DA ÁFRICA (CSIR, PHYTOPHARM E UNILEVER)	228
CONCLUSÃO	235
REFERÊNCIAS	241

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca apresentar o tratamento conferido pelo Direito Internacional à questão dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, incentivando o debate a respeito do tema, especialmente no tocante às formas de se conferir uma proteção efetiva aos conhecimentos de comunidades tradicionais e povos indígenas.

A motivação para o estudo reside, sem dúvida, na importância assumida pelos conhecimentos tradicionais na atualidade, especialmente em virtude do crescente interesse em utilizá-los para fins comerciais. Porém, a fim de melhor compreender os motivos pelos quais tais conhecimentos assumiram tamanha relevância, a ponto de mobilizar a comunidade internacional para que sejam formalmente protegidos, será necessário apresentar uma sucinta contextualização.

Ao final do século XVIII, Adam Smith elaborou e, posteriormente, David Ricardo aprimorou a teoria do valor-trabalho, a qual preconiza, em suma, que todo valor se origina do trabalho, ou seja, da atividade humana, que modifica e transforma aquilo que se encontra na natureza em algo comerciável e próprio para o consumo. É certo, porém, que essa “atividade humana” não se refere tão somente à força física.

Na visão *smithiana*, o trabalho concreto relacionado à atividade agrícola dá espaço ao trabalho abstrato, que contempla tanto o dispêndio de energia física, quanto de energia psíquica no processo de produção. Ou seja, a origem e a medida do valor passa a englobar, também, a atividade intelectual. David Ricardo, por sua vez, aprimora a teoria de Smith, explicando que o valor de uma mercadoria depende da quantidade de trabalho necessária para a sua produção.

A transformação da natureza a partir do intelecto humano ocorre desde a Antiguidade, quando, por exemplo, a técnica da fermentação já era utilizada para a produção de vinho, cerveja, iogurte, dentre outros. Entretanto, foi com o avanço da tecnologia, ao final do século XX e início do século XXI, e especialmente após a descoberta dos “fatores de hereditariedade” por Gregor Mendel, em 1866, que a transformação da matéria-prima biológica passou a contar com um maior grau de embasamento teórico-científico e resultou no desenvolvimento de produtos e processos

cada mais vez mais complexos e sofisticados, nas mais diversas áreas, tais como a indústria farmacêutica, agrícola, alimentícia, de combustíveis, de cosméticos, dentre outras.

Neste cenário, o interesse pela fauna e flora de países ricos em biodiversidade cresceu exponencialmente, tendo em vista que as indústrias buscam, com o uso da matéria-prima biológica, inovar na criação de produtos, técnicas e procedimentos, o que certamente as coloca em posição vantajosa no competitivo mercado global.

Entretanto, a exploração da matéria-prima biológica, também conhecida como bioprospecção não ocorreu de maneira pacífica. Pode-se identificar, a princípio, dois grandes problemas decorrentes dessa nova modalidade de exploração. Primeiramente, países ricos em biodiversidade passaram a sofrer com a chamada “biopirataria”, o acesso desmensurado a seus recursos genéticos, sem que houvesse qualquer forma de regulamentação e compensação. A matéria foi muito debatida e, em 1992, com a assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), restou acordado, ainda que sob protesto de países desenvolvidos, que os recursos genéticos estavam sujeitos à soberania estatal e não deveriam ser livremente acessados, dependendo, portanto, do consentimento de seus detentores, os Estados.

Ainda que tal questão tenha sido de certo modo solucionada com o artigo 15 da CDB, outro problema exsurge: o das populações tradicionais e seus conhecimentos tradicionais associados aos “recursos biológicos”. Um primeiro ponto a se destacar é que, embora a Convenção tenha previsto, em seu artigo 8 (j), “o dever de respeitar, preservar e manter os conhecimentos e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais”, reconhecendo, inclusive, a sua importância para a conservação da biodiversidade, deixou de considerar que, muitas vezes, os recursos biológicos (e, conseqüentemente, genéticos) acessados encontram-se no território de povos tradicionais. Omitiu-se, portanto, ao não reconhecer a soberania dos povos sobre os recursos que se encontram em seus territórios, deixando em aberto a possibilidade de recompensar as populações tradicionais pelo acesso aos recursos que tanto contribuem para conservar.

De outra parte, surge um problema relacionado à proteção dos conhecimentos tradicionais em si. Os povos tradicionais e indígenas, em geral, vivem em harmonia com a natureza e nela buscam a solução de problemas que enfrentam no cotidiano, por exemplo,

a cura de doenças. Assim, identificam utilidades práticas para recursos naturais, podendo ou não modificá-los, e transmitem esses conhecimentos, oralmente, através de gerações dentro da comunidade.

Para a indústria biotecnológica, o acesso a tais conhecimentos em muito contribui para o desenvolvimento de produtos e procedimentos, seja auxiliando, facilitando ou acelerando a descoberta de novos usos para os recursos biológicos, seja aperfeiçoando usos já existentes. Ao fim da cadeia produtiva, buscam os criadores proteger suas invenções da utilização e da reprodução indevida por terceiros, valendo-se, para tanto, dos direitos de propriedade intelectual, tais como as patentes.

Ocorre que, enquanto as multinacionais, os centros de pesquisa e as indústrias envolvidas no desenvolvimento da biotecnologia obtêm direitos de propriedade intelectual sobre seus inventos, os conhecimentos indígenas e tradicionais são, muitas vezes, utilizados sem o devido consentimento ou sem a ciência da comunidade. Conseqüentemente, populações tradicionais além de não terem o seu conhecimento devidamente reconhecido como um saber científico passível de proteção pelo direito ocidental, não recebem qualquer benefício decorrente de sua contribuição para a criação de produtos biotecnológicos.

Diante desse contexto, não se nega a possibilidade de acessar e utilizar os conhecimentos tradicionais. Entretanto, é fato que o uso não deve ocorrer sem o consentimento expresso das populações detentoras, e, tampouco, sem a devida repartição de benefícios a esses povos, a qual é expressamente prevista no artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Desde a aprovação desta Convenção, muito se avançou nas discussões e estudos a respeito do tema, tendo sido previstas inúmeras garantias e direitos aos povos tradicionais e indígenas, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito regional e nacional. A título exemplificativo, foi aprovada, em 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A implementação dos direitos dos povos tradicionais e indígenas, todavia, está longe do ideal, em virtude das inúmeras violações a direitos humanos, dos conflitos territoriais e da ineficácia de políticas públicas voltadas à proteção desses grupos.

Indubitavelmente, tais questões merecem uma solução satisfatória para que se implemente um sistema eficaz de proteção aos conhecimentos tradicionais.

Em resumo, ao mesmo tempo em que grandes corporações, indústrias ou pesquisadores baseiam-se em conhecimentos tradicionais para criar bens e/ou procedimentos, geralmente agasalhados por direitos de propriedade intelectual, os povos tradicionais continuam encontrando uma série de dificuldades para protegerem seus conhecimentos, o que abre margem para a sua utilização indevida e para a ausência de uma repartição justa de benefícios.

Como afirmado, o objetivo do presente estudo é investigar o tratamento conferido pelo Direito Internacional atualmente para proteger os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade da utilização indevida. Deverão ser identificados os empecilhos encontrados pelas comunidades tradicionais para se valer dos direitos de propriedade intelectual existentes com vistas a evitar a apropriação de seus conhecimentos por terceiros, bem como examinados os possíveis mecanismos *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais.

Para tanto, porém, dever-se-á desvendar, no primeiro capítulo, conceitos relevantes, tais como “recursos genéticos” e “biotecnologia”. Ao contrário do senso comum, ver-se-á que a biotecnologia remonta à Antiguidade, época na qual técnicas de fermentação já eram utilizadas. No entanto, foi a partir do desenvolvimento de complexas técnicas de engenharia genética que a biotecnologia assumiu papel de destaque. Muito além dos avanços científicos, tais como o desenvolvimento do Projeto Genoma Humano e a clonagem da ovelha Dolly, é interessante anotar que a biotecnologia possui vasta aplicabilidade em diversos setores da indústria, impactando diretamente na vida das pessoas, por exemplo através da criação de métodos de medicina diagnóstica, do desenvolvimento de biofármacos, dentre muitos outros.

O capítulo seguinte volta-se ao estudo do “direito internacional da propriedade intelectual”, ainda que esteja longe de exaurir o tema. As noções como “apropriação” e “propriedade” deverão ser apresentadas, posto que essenciais para se estudar a “propriedade intelectual”, entendida como o direito real que recai sobre os bens incorpóreos.

Ver-se-á que, com a intensificação do fenômeno da globalização, aumentando o fluxo de circulação de bens e serviços entre os países do mundo, tornou-se essencial a criação de um sistema para regular a propriedade intelectual em nível internacional. Para alcançar tal finalidade, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 1967, até o momento em que o tratamento da matéria fosse avocado pela Organização Mundial do Comércio (OMC), na década de 90. Centralizou-se, portanto, a normatização do tema em torno do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC ou TRIPS).

Ao fim do capítulo, após ter sido traçada a evolução histórica do “direito internacional da propriedade intelectual”, deverão ser analisados tanto os princípios e normas constantes do Acordo TRIPS que regem os direitos de propriedade intelectual, quanto algumas propostas e discussões relevantes surgidas em Conferências Ministeriais, envolvendo questões de saúde pública, meio ambiente, conhecimentos de comunidades tradicionais e, ainda, a sua harmonização com a Convenção sobre Diversidade Biológica.

Frise-se, todavia, que a finalidade deste trabalho não é se aprofundar no estudo dos direitos de propriedade intelectual, mas tão somente aclarar conceitos e as formas de proteção existentes, de modo a facilitar a compreensão da segunda parte da exposição.

Para adentrar no verdadeiro objeto de estudo, o terceiro capítulo do trabalho buscará esclarecer o que são as “populações tradicionais”. Ressalte-se que tais grupos representam uma enorme diversidade étnica, cultural e social, de modo que agrupá-los sob uma única definição não é aconselhável e se mostraria extremamente reducionista. Porém, considerando a finalidade desta dissertação, os conceitos e caracterizações apresentadas auxiliarão o leitor a compreender quem são os detentores dos “conhecimentos tradicionais”.

Estes, por sua vez, podem ser entendidos, simplesmente, como os conhecimentos detidos por comunidades tradicionais. Outras definições, encontradas tanto na literatura acadêmica, quanto em documentos internacionais e legislações nacionais, deverão ser analisadas. Ademais, vale salientar que, muito embora os conhecimentos tradicionais envolvam também uma infinidade de expressões artísticas, no presente estudo o foco serão os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Não obstante, para que os conhecimentos tradicionais sejam efetivamente protegidos, é de vital importância que os povos tradicionais e indígenas tenham previamente assegurados seus direitos básicos, tais como autonomia, liberdade, autodeterminação, e muitos outros direitos humanos. As Convenções nº 107 e 169, da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e mesmo a legislação interna brasileira são alguns dos documentos que cuidaram de prever medidas, recomendações e direitos a esses povos, devendo ser rememorados antes que se siga na discussão.

Adentrando, especificamente no ponto central do trabalho, ou seja, na questão da proteção aos conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos, serão analisados os principais artigos da Convenção sobre Diversidade Biológica que interessam ao tema, os quais foram, posteriormente, complementados pelas Diretrizes de Bonn e pelo Protocolo de Nagoya. Os artigos 8(j) e 15 da Convenção introduzem importantes conceitos como “consentimento prévio e informado” e “repartição de benefícios”, os quais se tornaram basilares na construção de um sistema de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Além de se examinar o tratamento da matéria no direito internacional, foram trazidas legislações nacionais (costa-riquenha, boliviana, equatoriana, peruana, colombiana, panamenha, portuguesa, queniana, etíope e brasileira), que buscaram implementar os dispositivos da Convenção.

O terceiro capítulo irá explorar, ainda, as críticas direcionadas à Convenção sobre Diversidade Biológica por seu tratamento da matéria, assim como as contradições geralmente apontadas entre a Convenção e o artigo 27.3 do Acordo TRIPS, as quais tanto atrito geraram nas discussões entre países desenvolvidos e países ricos em biodiversidade, tanto no âmbito da Organização Mundial do Comércio, quanto nas Conferências de Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.

A posteriori, adentrar-se-á na questão da proteção de conhecimentos tradicionais, balanceando os aspectos positivos e negativos da utilização das diferentes modalidades de direitos de propriedade intelectual já existentes, tais como as patentes, as indicações geográficas, os segredos industriais, dentre outros, na consecução de tal finalidade.

No entanto, considerando os diversos empecilhos de ordem prática para a efetivação dessas normas, bem como a dificuldade de comunidades assimilarem um sistema baseado em valores ocidentais, urge examinar a proposta de criação de um sistema *sui generis*, no qual os instrumentos existentes seriam adaptados e complementados com a criação de novos mecanismos de proteção, a fim de melhor se amoldar às peculiaridades dos conhecimentos tradicionais.

Por fim, a quarta e última parte do trabalho volta-se ao estudo de três casos em que grandes empresas acessaram os recursos genéticos localizados em território de povos tradicionais e os conhecimentos tradicionais associados a tais recursos. Essencial analisar, em cada caso, como ocorreu a obtenção do consentimento para o acesso e quais os termos acordados para a repartição justa e equitativa de benefícios, em cumprimento aos princípios da Convenção sobre Diversidade Biológica e das legislações locais.

PARTE I

1. BIOTECNOLOGIA E RECURSOS GENÉTICOS

1.1 CONCEITOS

Inicialmente, para o aprofundamento do estudo a respeito dos conhecimentos tradicionais, será necessário conceituar certos termos como “biotecnologia” e “recursos genéticos”, os quais são comumente ouvidos e reproduzidos em publicações, leis, tratados internacionais, textos acadêmicos, dentre outros. A compreensão, preliminar, de tais conceitos é fundamental, portanto, para adentrar no exame do tema central deste trabalho

1.1.1 Biotecnologia

O prefixo “bio” origina-se da palavra grega “βίος”, que significa vida. “Tecnologia” também tem origem grega, sendo formada pela palavra “tekhne”, que significa “técnica”, “arte” ou “ofício” e o sufixo “logia” (em grego “logos”), que significa “estudo”. Assim, em uma tradução literal, a “biotecnologia” pode ser entendida como “ciência da técnica aplicada à vida”.¹

Uma busca no Oxford Reference oferece uma diversidade de definições do termo “biotecnologia”. A título exemplificativo, o Dicionário de Saúde Pública define biotecnologia como “a tecnologia baseada em propriedades e ações de organismos vivos. Exemplos incluem o uso de microorganismos na fermentação do leite para a produção de queijo e soluções de açúcar de muitas variedades para produção de álcool.”² (tradução nossa)

Já o Concise Medical Dictionary traz uma definição mais extensa, focalizada na utilidade da biotecnologia para a medicina:

(...) o desenvolvimento de técnicas para a aplicação de processos biológicos para a produção de materiais de uso na medicina e na indústria. Por exemplo, a produção de muitos antibióticos depende da atividade de diversos fungos e

¹ A. M. YOSHINO – P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, p. 46.

² J. M. LAST, *A Dictionary of Public Health*, Oxford University Press, 2007.

bactérias. Técnicas recentes de engenharia genética, nas quais genes humanos são clonados em células de bactérias, permitiram a produção em larga escala de hormônios (notadamente a insulina), vacinas, interferon e outros produtos úteis.³ (tradução nossa)

Na área das ciências humanas vale destacar a definição do Dicionário de Geografia Humana (“*A Dictionary of Human Geography*”):

Uma área da ciência biológica aplicada na qual processos naturais e organismos são alterados intencionalmente por cientistas e técnicos para atingir resultados específicos. A biotecnologia abrange a biologia humana, a biologia das plantas, a biologia de animais e insetos, e a microbiologia.⁴ (tradução nossa)

A definição comumente adotada pelo Direito Internacional do que seria a “biotecnologia” é a do artigo 2º da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), segundo a qual “biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.”⁵

No mesmo sentido, Patrícia Aurélia del Nero afirma que a matéria viva “em seus multifacetados aspectos” e os agentes biológicos em geral são os substratos ou as matérias-primas utilizados para a realização e criação de produtos a partir da biotecnologia⁶.

De maneira mais técnica e aprofundada, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança define a “biotecnologia moderna” em seu artigo 3º como sendo:

(a) a aplicação de técnicas *in vitro*, de ácidos nucleicos inclusive ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante e injeção direta de ácidos nucleicos em células ou organelas; ou (b) a fusão de células de organismos que não pertencem à mesma família taxonômica, que superem as barreiras naturais da

³ E. MARTIN, *Concise Medical Dictionary*, Oxford University Press, 9 ed., 2015. Outras definições podem ser encontradas. Por exemplo, no Dicionário de Biologia: “O desenvolvimento de técnicas para a aplicação de processos biológicos para a produção de materiais para uso na medicina e na indústria. Por exemplo, a produção de antibióticos, queijos e vinho depende da atividade de diversos fungos e bactérias. A engenharia genética pode modificar células de bactérias para sintetizar substâncias completamente novas, por exemplo, hormônios, vacinas, anticorpos monoclonais, etc. ou para introduzir novos traços a plantas e animais.” (tradução nossa). E. MARTIN e R. HINE, *A Dictionary of Biology*, Oxford University Press, 6 ed., 2014.

⁴ N. CASTREE – R. KITCHIN – A. ROGERS, *A Dictionary of Human Geography*, Oxford University Press, 2016.

⁵ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em 27 de março de 2016. A mesma definição é adotada pela Decisão nº 391 de 1996 do Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos. COMUNIDADE ANDINA, *Decision No. 391 establishing the Common Regime on Access to Genetic Resources*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=223610>. Acesso em 08 de julho de 2017. Interessante notar, porém, que a Decisão nº 391 cuida de definir também o que seriam os “derivados” dos organismos vivos: “uma molécula, uma combinação ou mistura de moléculas naturais, incluindo extratos brutos de organismos vivos ou mortos de origem biológica que provém do metabolismo de seres vivos.” (tradução nossa).

⁶ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 66.

fisiologia da reprodução ou da recombinação e que não sejam técnicas utilizadas na reprodução e seleção tradicionais.⁷

Um conceito mais simplificado do que seria biotecnologia é encontrado na página da Organização de Biotecnologia e Inovação (*Biotechnology Innovation Organization - BIO*)⁸, a qual define biotecnologia como “tecnologia baseada em biologia”. De acordo com a organização, processos celulares e biomoleculares são utilizados para desenvolver tecnologias e produtos que ajudam a melhorar a vida e a saúde do planeta.⁹ (tradução nossa)

Já no *website* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é possível encontrar a definição de biotecnologia como sendo “a aplicação de ciência e tecnologia a organismos vivos, assim como partes, produtos e modelos deles, para alterar matéria viva ou não, visando a produção de conhecimento, bens e serviços”.¹⁰ (tradução nossa).

De acordo com Denis Borges Barbosa, na 1ª Sessão do Comitê de Peritos em Invenções Biotecnológicas e Propriedade Industrial da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), realizada em 1984, estabeleceu-se que, no âmbito da propriedade industrial, a biotecnologia se refere a desenvolvimentos tecnológicos que

⁷ BRASIL, *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica*, Decreto No. 5.705 de 16 de fevereiro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016. De acordo com o texto original: “Article 3: (i) ‘Modern biotechnology’ means the application of: a. In vitro nucleic acid techniques, including recombinant deoxyribonucleic acid (DNA) and direct injection of nucleic acid into cells and organelles, or b. Fusion of cells beyond the taxonomic family, that overcome natural physiological reproductive or recombination barriers and that are not techniques used in traditional breeding and selection”. SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*. Disponível em <<https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

⁸ A BIO (*Biotechnology Innovation Organization*) é maior associação comercial representante de companhias de biotecnologia, instituições acadêmicas, centros estatais de biotecnologia e demais organizações relacionadas nos Estados Unidos e em mais de 30 nações. Os membros da BIO estão envolvidos na pesquisa e desenvolvimento de produtos biotecnológicos inovadores na área da saúde, agricultura, indústria e meio ambiente. Para mais informações: BIOTECHNOLOGY INNOVATION ORGANIZATION, *About BIO*. Disponível em <<https://www.bio.org/about>>. Acesso em 19 de maio de 2016.

⁹ “At its simplest, biotechnology is technology based on biology – biotechnology harnesses cellular and biomolecular processes to develop technologies and products that help improve our lives and the health of our planet”. BIOTECHNOLOGY INNOVATION ORGANIZATION, *What is Biotechnology?*. Disponível em <<http://www.bio.org/articles/what-biotechnology?>>. Acesso em 22 de abril de 2016.

¹⁰ “The application of science and technology to living organisms, as well as parts, products and models thereof, to alter living or non-living materials for the production of knowledge, goods and services”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Statistical Definition of Biotechnology*. Disponível em <<http://www.oecd.org/sti/biotech/statisticaldefinitionofbiotechnology.htm>>. Acesso em 19 de março de 2016.

envolvem uso de organismos vivos, o que inclui animais, plantas e microorganismos, além de outros materiais biológicos.

Entretanto, a própria OMPI, de acordo com o autor, já havia submetido outra definição do que seria biotecnologia aos peritos internacionais participantes do encontro, qual seja: “Tecnologia que usa ou causa mutações orgânicas em animais, plantas, microorganismos e todo material biológico que possa ser assimilado a microorganismos”.¹¹

Assim, o autor entende que a biotecnologia deve ser definida como o “uso dos conhecimentos e experiências relativas à biologia para a produção mediata ou imediata de bens e serviços”. Ele ainda divide a biotecnologia em duas partes, quando considera a questão do ponto de vista da política industrial: um primeiro ponto é o das invenções de processos e produtos relativos aos microorganismos e o segundo, das variedades de plantas e animais¹².

O Conselho de Informações sobre Biotecnologia (CIB¹³ conceitua biotecnologia como: “1. tecnologia que gera produtos e processos de origem biológica. 2. espectro ou

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, WIPO/BIOT/CE/I/2, par. 5.

¹² D. B. BARBOSA, *Uma introdução à propriedade intelectual*, pp. 516-517. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em 5 de novembro de 2017. O conceito de Aurélio Wander Bastos, trazido por Patrícia Aurélio del Nero, ressalta os elementos biológicos da biotecnologia: “É definida como a aplicação de princípios científicos e de engenharia para o processamento de materiais e energias por agentes biológicos com finalidade de prover bens e serviços. A(s) biotecnologia(s) consiste(m) na utilização de bactérias, levedos e células animais e vegetais em cultivo, cujo metabolismo e capacidade de biossíntese estão orientados para a fabricação de substâncias específicas.” A. W. BASTOS, *Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 32 *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 67. As considerações de Frederick H. Buttel, Martin Kenney e Jack Kloppenburg Jr., também transcritas por Patrícia Aurélio del Nero, merecem destaque para uma melhor compreensão e elucidação do que se trata a biotecnologia. Segundo eles: “A biotecnologia é talvez definida como a manipulação dos organismos vivos para se alterar suas características em alguma forma, para encorajá-los a produzir algum produto desejado, ou para usá-los como um componente de um processo mais amplo de produção. Isto é, na verdade, muito velho neste sentido, pois tal definição abrange o melhoramento tradicional de plantas e animais, além da fermentação de produtos como cerveja, queijo e iogurte.” F. H. BUTTEL – M. KENNEY – J. KLOPPENBURG JR., *Da revolução verde à biorrevolução: algumas observações nas bases tecnológicas da transformação econômica no terceiro mundo*, p. 4 *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 68-69.

¹³ “O Conselho de Informações sobre Biotecnologia é uma organização não-governamental e uma associação civil sem fins lucrativos e sem nenhuma conotação político-partidária ou ideológica. Seu objetivo básico é divulgar informações técnico-científicas sobre a Biotecnologia e seus benefícios, aumentando a familiaridade de todos os setores da sociedade com o tema”. Para mais informações: CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. Disponível em <<http://cib.org.br>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

conjunto de tecnologias moleculares aplicadas ao estudo de microorganismos, plantas e animais”¹⁴.

O conceito elaborado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), por sua vez, é mais detalhado:

Biotecnologia geralmente diz respeito à aplicação de biologia celular e molecular para criar e modificar produtos e processos. Inclui disciplinas científicas e industriais focadas em conhecer e manipular material biologicamente ativo em nível molecular, muitas vezes envolvendo técnicas de DNA e a análise de informação genética. Espera-se que a biotecnologia moderna leve a importantes avanços em muitas áreas, como saúde, alimentação, energia e meio ambiente.¹⁵ (tradução nossa)

Pode-se depreender de tais conceitos que a biotecnologia atualmente está ligada intrinsecamente à manipulação celular de organismos vivos e não apenas de sua utilização no estado em que se encontram na natureza.

Nesse sentido, o engenheiro José Maria Ferreira Jardim da Silveira e os economistas Izaías de Carvalho Borges e Antonio Márcio Buainain, os quais ainda discorrem:

“(…) o conceito inclui também técnicas modernas de modificação direta do DNA de uma planta ou de um organismo vivo qualquer, de forma a alterar precisamente as características desse organismo ou introduzir novas. A técnica de transferência e modificação genética direta, conhecida como engenharia genética ou tecnologia do DNA recombinante, mais a genômica, ficaram conhecidas como “biotecnologia moderna”, em contraposição à “biotecnologia tradicional ou clássica” que inclui as técnicas tradicionais, que manipulam seres vivos sem manipulação genética direta”¹⁶

A questão da manipulação da natureza é bem retratada por Patrícia Aurélia del Nero. Para ela a biotecnologia:

(…) pressupõe o direcionamento do poder inventivo do homem nas mais diferenciadas manipulações das formas vivas. Essencialmente, o objeto central da biotecnologia é a alteração da natureza, no que se refere aos mais variados organismos (vegetais e animais), bem como aos

¹⁴ CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA, *Glossário de Biotecnologia*. Disponível em <<http://cib.org.br/biotec-de-a-a-z/glossario/>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

¹⁵ “Biotechnology generally concerns the application of cellular and molecular biology to make or modify products or processes. It includes scientific and industrial disciplines focused on understanding and manipulating living or biologically-active material at the molecular level, often involving DNA techniques and the analysis of genetic information. Modern biotechnology is expected to lead to important breakthroughs in many fields, such as health, food, energy, and the environment”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Patent Expert Issues: Biotechnology*. Disponível em <<http://www.wipo.int/patents/en/topics/biotechnology.html>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

¹⁶ J. M. F. J. DA SILVEIRA – I. DE C. BORGES – A. M. BUAINAIN, *Biotecnologia e agricultura da ciência e tecnologia aos impactos da inovação*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000200009>. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

microorganismos que envolvem a fauna e a flora. Quer dizer, os objetos centrais da biotecnologia são a biodiversidade e a vida, incluindo a humana, e sua consequente alteração, dominação e apropriação privada, garantida – formal e materialmente – por intermédio do delineamento dos marcos jurídicos regulatórios construídos e institucionalizados no plano interno dos Estados e no plano internacional, por meio de disposições genéticas postas por intermédio de Tratados e de Convenções Internacionais.¹⁷

Ela conclui ainda que:

(...) a biotecnologia é uma modalidade de tecnologia transformadora da natureza e que tem na natureza sua matéria-prima, pois se utiliza de plantas e animais, de microorganismos, de organismos e de agentes biológicos, de um modo geral. Ao mesmo tempo, é possível verificar que a biotecnologia, além de modalidade tecnológica drasticamente transformadora tanto da natureza quanto no que se refere à sua produção, é um eficaz agente acelerador.

A respeito de tal característica (“aceleradora”), del Nero afirma que a biotecnologia é capaz de entregar resultados imediatos em condições artificiais, laboratoriais e controladas, o que não ocorreria na natureza sem a interferência humana.¹⁸ Assim discorre a autora acerca da biotecnologia como agente catalisador:

Nesse sentido, a biotecnologia é também considerada como um “acelerador” que revoluciona tanto a natureza quanto o ambiente industrial, no que se refere à sua produção em larga escala. A especificidade da biotecnologia consiste na presença de agentes biológicos que possuem ou podem desenvolver aplicação ou aplicabilidade industrial. Assim, a partir da biotecnologia, o tempo naturalmente estipulado e estabelecido cede passo para uma nova concepção de produção que possibilita romper com essas amarras ou fronteiras. A partir da biotecnologia e de seus produtos e processos, é possível estabelecer, de forma mais rápida, a correção do solo, a produção de grãos e de sementes, o tempo de abate de animais para a indústria alimentícia entre outras tantas possibilidades.¹⁹

Em sua obra “Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia”, a autora afirma que “genericamente, a biotecnologia consiste no processamento industrial de materiais pela ação de agentes biológicos (tecidos animais ou vegetais, células e microorganismos ou enzimas)”.²⁰

No mesmo sentido, a doutrinadora e Luiz Otávio Pimentel deixam claro que a biotecnologia está relacionada aos organismos vivos, ou seja, plantas e animais, nos

¹⁷ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 59-60.

¹⁸ “Em contrapartida, em condições naturais, isto é, sem a atuação humana, por intermédio de seus potenciais criativos e inventivos, a natureza talvez não pudesse conseguir as mesmas condições laboratorialmente realizadas.” P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

¹⁹ Ibid. p. 69-70.

²⁰ Ibid. p. 280.

aspectos macro e microscópicos “englobando material biológico vivo e não-vivo, como as enzimas e os plasmídeos”.²¹

Já Ela Wiecko Volkmer de Castilho apresenta uma definição de biotecnologia em que são destacadas não só a sua matéria-prima, mas também as técnicas aplicadas por ela. De acordo com a autora biotecnologia é:

(...) um conjunto de técnicas que visam modificar e aperfeiçoar os organismos vivos e que incluem técnicas tradicionais não moleculares, como a hibridização, a indução a mutações, a fermentação etc., até as modernas, moleculares, de recombinação do DNA (engenharia genética). Por isso, também se fala em biotecnologias.²²

Os autores André Motoharu Yoshino, Pedro Cordelli Alves e Ricardo Kanashiro Syuffi Soares citam a definição contida no dicionário Michaelis, segundo o qual biotecnologia “é o ramo da tecnologia que se ocupa da aplicação de dados biológicos e de engenharia a problemas relacionados à ajustagem mútua do homem e da máquina”.²³

Já para a civilista Maria Helena Diniz “a biotecnologia é a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais”.²⁴

De acordo com a Sociedade Americana de Química (*American Chemistry Society*), a biotecnologia envolve o estudo e o uso de organismos vivos ou de processos celulares para fabricar produtos úteis.²⁵ (tradução nossa)

²¹ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), Curso de Direito Internacional Contemporâneo, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 455.

²² E. W. V. DE CASTILHO, *Patentes de produtos de origem biológica*, in M. F. S. PICARELLI e M. I. ARANHA (org.), Política de patentes em saúde humana, São Paulo, Atlas, 2001, p. 72.

²³ A. M. YOSHINO – P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, p. 46. Consta, ainda, o dicionário outras duas definições: “Tecnologia baseada na biologia, particularmente quando usada na agricultura, na ciência alimentar e na medicina.” e “Qualquer aplicação tecnológica que faça uso de sistemas biológicos ou de organismos vivos (ou de suas células e moléculas) a fim de criar ou modificar produtos ou processos para uso específico.” Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/biotecnologia/>>. Acesso em 29 de novembro de 2017. Os autores trazem à lume, também, o conceito mais abrangente de Patrícia Simões de Oliveira, segundo o qual “biotecnologia é a aplicação tecnológica que utiliza sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. P. S. DE OLIVEIRA, *Abordagem jurídica da biotecnologia: a transgenia e a atuação da CTNBio na análise de riscos frente à política ambiental brasileira e à nova Lei de Biossegurança*, Revista de Direito Privado *apud* A. M. YOSHINO – P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, p. 46.

²⁴ M. H. DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 462.

Assim, verifica-se a multiplicidade de conceitos existentes que visam definir o que seria a “biotecnologia”. Tanto a doutrina, quanto organismos internacionais, apresentam definições mais ou menos extensas. Entretanto, percebe-se que o ponto comum entre tais conceitos reside no fato de que a biotecnologia, em suma, cuida do desenvolvimento de qualquer tecnologia que utilize organismos biológicos ou seus derivados como matéria-prima, a fim de criar produtos e procedimentos novos, ou de transformar e/ou melhorar os produtos e procedimentos já existentes, através das mais diversas técnicas.

1.1.2 Recursos genéticos

Tendo em vista que o termo “recursos genéticos” é recorrentemente utilizado em tratados, declarações, bem como em artigos acadêmicos e na legislação interna de diversos países, dentre outros, reputa-se de grande importância fazer considerações a seu respeito.

Em síntese, os recursos genéticos “referem-se ao material genético de plantas, animais ou micróbios que tem valor real ou potencial para ser usado. Esses usos podem variar desde a pesquisa básica que busca um melhor entendimento dos recursos naturais do mundo até o desenvolvimento de produtos comerciais”.²⁶

É importante não confundir os recursos genéticos com os recursos biológicos, uma vez que aqueles são abrangidos por esses. Ou seja, os recursos biológicos incluem “os recursos genéticos, os organismos ou partes deles, as populações ou qualquer outro tipo de componente biótico dos ecossistemas com valor ou utilidade real ou potencial para a humanidade”.²⁷

A Convenção de Diversidade Biológica definiu os “recursos genéticos” em seu artigo 2º como sendo “material genético de valor real ou potencial”. Também trouxe o

²⁵ “Biotechnology (biotech) involves the study and use of living organisms or cell processes to make useful products”. AMERICAN CHEMICAL SOCIETY, *Biotechnology*. Disponível em <<http://www.acs.org/content/acs/en/careers/college-to-career/chemistry-careers/biotechnology.html>> . Acesso em 09 de março de 2016.

²⁶ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Introdução ao acesso e repartição de benefícios*, trad. Carlos Potiara Castro, 2012. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/print/brochure-pt.pdf>> . Acesso em 19 de novembro de 2016. No mesmo sentido, a definição adotada pela Decisão nº 391 de 1996, do Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos: “Genetic resources: all biological material that contains genetic information of value or of real or potential use”. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=223610>. Acesso em 08 de julho de 2017.

²⁷ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Uso dos recursos genéticos*, trad. Carlos Potiara Castro, 2012. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/web/factsheet-uses-pt.pdf>> . Acesso em 19 de novembro de 2016.

conceito de “material genético”, que se trata, em síntese, de “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.²⁸

O Protocolo de Nagoya, instrumento que complementa a Convenção, cuidou de definir a expressão “utilização de recursos genéticos”, que seriam os “meios de conduzir pesquisa e desenvolvimento da composição genética e/ou bioquímica de recursos genéticos, inclusive através da aplicação da biotecnologia como definido no Artigo 2 da Convenção”.²⁹ (tradução nossa)

O artigo 8º das Diretrizes de Bonn prevê que as definições contidas no artigo 2º da Convenção também seriam adotadas. Igualmente, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual reproduz os termos da Convenção, elaborando uma breve síntese sobre o assunto:

Os recursos genéticos referem-se ao material genético com valor presente ou potencial. Material genético é qualquer material de planta, animal, micróbio ou outra origem que contenha traços de hereditariedade. Exemplos incluem material de origem vegetal, animal ou microbial, como plantas medicinais, culturas agrícolas e raças de animais.³⁰ (tradução nossa)

O Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica produziu uma série de cartilhas a respeito do acesso e repartição de benefícios, tendo produzido uma cartilha especificamente sobre o tema “Uso dos Recursos Genéticos”. De acordo com o documento, o uso dos recursos pode ser dividido em comercial ou não-comercial. Tal separação é importante, pois o uso comercial dos recursos genéticos está estreitamente relacionado à biotecnologia, a qual se utiliza desses recursos nas áreas farmacêutica, agrícola e industrial.

Além do uso comercial relacionado ao setor biotecnológico, os recursos genéticos também são explorados no setor de horticultura ornamental. Já o uso não-comercial de tais recursos está relacionado à taxonomia, ou seja, à “ciência que descreve e nomeia as

²⁸ BRASIL, *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf> Acesso em 19 de novembro de 2016.

²⁹ CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/text/articles/default.shtml?sec=abs-02>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/genetic/>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

diferentes espécies vivas”, bem como à conservação de espécies ameaçadas e de comunidades que delas dependem.³¹

A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação, por sua vez, define o que seriam recursos genéticos com base no escopo da própria organização:

Os recursos genéticos para a alimentação e agricultura são a matéria-prima da qual o mundo depende para melhorar a produtividade e qualidade dos cultivos, dos gados, da silvicultura e da pesca, assim como para manter populações saudáveis de espécies silvestres. Portanto, a conservação e uso sustentável dos recursos genéticos para a alimentação e agricultura é um aspecto central da segurança alimentar e da nutrição. Conservar e utilizar um amplo leque de diversidade – tanto entre espécies como dentro das espécies – significa garantir opções para responder aos desafios do futuro.³² (tradução nossa)

O Centro Mundial de Monitoramento de Conservação³³ do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)³⁴ criou uma página voltada a prestar informações claras, concisas e relevantes a respeito de diversos tópicos relacionados ao tema “biodiversidade”. No que tange aos recursos genéticos, a página “Biodiversity A-Z” afirma que sua importância para os seres humanos reside no fato de proverem uma gama genética que, além de valor comercial, também garante a segurança alimentar.³⁵

³¹ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Uso dos recursos genéticos*, trad. Carlos Potiara Castro, 2012. < <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-uses-pt.pdf>>. Acesso em 09 de janeiro de 2017.

³² Do texto original: “Los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura son la materia prima de la que el mundo depende para mejorar la productividad y calidad de los cultivos, la ganadería, la silvicultura y la pesca, así como para mantener poblaciones saludables de especies silvestres. Por tanto, la conservación y uso sostenible de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura es un aspecto central de la seguridad alimentaria y la nutrición. Conservar y utilizar un amplio abanico de diversidad —tanto entre especies como dentro de las especies— significa garantizar opciones para responder a los retos del futuro.”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.fao.org/genetic-resources/es/?%2525EF%2525BF%2525BDy0%252507=>>>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

³³ O Centro Mundial de Monitoramento de Conservação (em inglês, World Conservation Monitoring Centre - WCMC) é um órgão do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) que trabalha com cientistas e criadores de políticas ao redor do mundo com o fim de colocar a questão da biodiversidade no centro da tomada de decisões referentes ao meio ambiente e desenvolvimento. Para mais informações: CENTRO MUNDIAL DE MONITORAMENTO DE CONSERVAÇÃO, *What is Biotechnology?*. Disponível em <<https://www.unep-wcmc.org/about-us>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

³⁴ O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), conhecido em inglês como United Nations Environment Programme (UNEP) é o organismo da ONU responsável por traçar metas globais relacionadas ao meio ambiente, promover a implementação coerente do desenvolvimento sustentável no que tange a dimensão ambiental dentro das Nações Unidas, além de servir como autoridade global de meio ambiente. Para mais informações: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE, *Who We Are*. Disponível em <<http://web.unep.org/about/who-we-are/overview>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

³⁵ Nesse contexto, a Biodiversity A-Z afirma que há dois temas principais que se referem aos recursos genéticos. O primeiro é a repartição de benefícios que surgem do uso de tais recursos genéticos por organizações comerciais. O outro está relacionado à segurança alimentar, pois ter recursos genéticos é garantia de adaptabilidades em novas circunstâncias. Por exemplo, no contexto da agricultura, a diversidade de mudas facilita a resistência à doenças e pragas que podem devastar uma cultura geneticamente uniforme.

O BISE (“Biodiversity Information System for Europe”)³⁶ afirma que os recursos genéticos para alimentação, agricultura e florestamento incluem tanto espécies selvagens, quanto as espécies domesticadas, as quais podem ser classificadas em cinco grupos: (i) recursos genéticos vegetais; (ii) recursos genéticos animais; (iii) recursos genéticos florestais; (iv) recursos genéticos aquáticos; e (v) recursos genéticos de microorganismos e invertebrados.³⁷

No contexto brasileiro, a Medida Provisória nº 2.186-16 de 2001 trazia a definição do termo “patrimônio genético” como sendo a:

(...) informação de origem genética contida em amostras de todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições in situ, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções ex situ, desde que coletados em condições in situ no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.³⁸

A Medida Provisória foi revogada pela Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015, que sintetizou o conceito de “patrimônio genético” em “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos.”³⁹

Enfim, conclui-se que os recursos genéticos fazem parte de um grupo mais abrangente, o dos recursos biológicos, e que, no contexto atual, possuem grande importância, para a conservação e manutenção da biodiversidade, para a segurança alimentar e para as indústrias, por estarem estritamente relacionados ao desenvolvimento da biotecnologia.

BIODIVERSITY A-Z, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.biodiversitya-z.org/content/genetic-resources>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

³⁶ Biodiversity Information System for Europe ou simplesmente BISE é um portal de cadastramento de informações e dados sobre biodiversidade que auxilia na implementação da estratégia desenvolvida pela União Europeia e das Metas de Aichi. De acordo com o *website* do BISE, são contemplados fatos e números sobre biodiversidade e ecossistemas, políticas relacionadas ao assunto, centros de dados sobre meio ambiente, relatórios e pesquisas de várias fontes. O sistema foi criado e é usado para fortalecer os conhecimentos básicos necessários para a implementação da estratégia da União Europeia para Biodiversidade e para a avaliação do progresso em alcançar as Metas de 2020. Para mais informações: BIODIVERSITY INFORMATION SYSTEM FOR EUROPE, *About BISE*. Disponível em <<http://biodiversity.europa.eu/info>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

³⁷ BIODIVERSITY INFORMATION SYSTEM FOR EUROPE, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://biodiversity.europa.eu/topics/genetic-resources>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

³⁸ BRASIL, *Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

³⁹ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Diferentemente do que se imagina, a biotecnologia não se trata de uma ciência criada recentemente. Consoante a lição de Patrícia Aurélia del Nero:

(...) o ideal de criação, reprodução, reconstrução, ainda que de forma artificial, do próprio homem também acompanhou sua trajetória ao longo do processo civilizatório. As questões filosóficas, religiosas, teosóficas, místicas e existenciais acerca da origem ou criação da vida sempre foram interrogações constantes no domínio humano.⁴⁰

De acordo com a autora os alquimistas, antigamente, buscavam a “pedra filosofal” e o “elixir da vida”, ou seja, substratos que permitem questionar e descobrir subliminarmente a origem da vida, a sua formação, construção e seus domínios. Tais substratos surgiriam a partir de compostos, misturas químicas ou alquímicas que poderiam evitar o fim da vida humana ou resultar em seu prolongamento.⁴¹

A Sociedade Americana de Química afirma que a primeira pessoa a produzir cerveja através do processo de fermentação poderia ser descrita como uma biotecnologista amadora. Porém o termo se desenvolveu ao longo do tempo com o avanço da biotecnologia em áreas como produção de fármacos, nutrição humana e animal, melhoramentos na agricultura, e proteção ambiental.⁴²

Assim, conclui-se que desde a Antiguidade o homem buscava na natureza elementos que pudessem melhorar suas condições de vida em diversas áreas. Muitas das técnicas hoje aplicadas pelos cientistas que estudam, trabalham e desenvolvem a biotecnologia já eram empregadas antigamente, ainda que de forma mais arcaica ou sem o mesmo grau de embasamento teórico-científico.

Pode-se destacar a fermentação de cereais para a elaboração de bebidas, inclusive da cerveja, como já mencionado. Tal técnica era empregada no Egito e na Babilônia no

⁴⁰ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 57.

⁴¹ *Ibid.* p. 57.

⁴² “The first person to produce beer by using the process of fermentation could be described as an amateur biotechnologist. Over time, the term evolved as biotechnology advanced in areas such as drug development, human and animal nutrition, agricultural improvements, and environmental protection”. AMERICAN CHEMICAL SOCIETY, *Biotechnology*. Disponível em <<http://www.acs.org/content/acs/en/careers/college-to-career/chemistry-careers/biotechnology.html>> . Acesso em 09 de março de 2016.

período compreendido entre 8.000 e 6.000 a.C. Além disso, a produção de pão com o uso de fermento remonta os anos 4.000 a.C..⁴³

Evidentemente que, com as pesquisas e avanços tecnológicos, o conhecimento acerca de tais técnicas e produtos tornou-se muito mais extenso e profundo. Além disso, foi possível o aperfeiçoamento e até mesmo a criação de novos produtos e processos a partir daqueles já conhecidos.⁴⁴

Entretanto, o objetivo neste momento não é detalhar quais são os processos e produtos biotecnológicos deles decorrentes, mas sim explicar a evolução histórica das pesquisas que permitiram alcançar o estado atual da biotecnologia, ou seja, essa “nova biotecnologia”.

Diz-se que o marco inicial para o desenvolvimento da biotecnologia como ciência moderna foram as experiências com ervilhas realizadas por Gregor Mendel, em 1866, das quais puderam se verificar os “fatores de hereditariedade”.⁴⁵

Após um período de latência, em 1910, Thomas Hunt Morgan instalou o *Fly Room*⁴⁶ na Universidade de Columbia, em Nova York, desenvolvendo uma base genética

⁴³ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

⁴⁴ A respeito dessa clara evolução da biotecnologia ao longo do tempo, vale relembrar a lição de Frederick H. Buttel, Martin Kenney e Jack Kloppenburg Jr., trazida por Patrícia Aurélio del Nero, segundo a qual: “(...) a ‘velha’ biotecnologia dependia largamente da seleção para obter caracteres desejados, a ‘nova’ biotecnologia usa uma compreensão melhorada da constituição molecular dos organismos para atingir uma alteração dirigida nos níveis celulares e moleculares. Os biotecnologistas têm agora acesso aos próprios blocos de estruturação da vida por si mesmos: a ‘nova’ biotecnologia é um qualitativo avanço sobre a ‘velha’.” F. H. BUTTEL – M. KENNEY – J. KLOPPENBURG JR., *Da revolução verde à biorrevolução: algumas observações nas bases tecnológicas da transformação econômica no terceiro mundo*, p. 4 *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 68-69.

⁴⁵ A respeito do impacto dos experimentos de Mendel, destaca-se do Dictionary of Human Geography: “(...) cientistas da área de agricultura nos anos 1910 e 1920, apoiando-se na pesquisa pioneira de Gregor Mendel, aprenderam como cruzar plantas para produzir espécies de alta produção e variedades mais robustas (...). Essa hibridização (como se tornou conhecida) formou a base da chamada Revolução Verde nos Países do Sul depois de 1945.” N. CASTREE – R. KITCHIN – A. ROGERS, *A Dictionary of Human Geography*, Oxford University Press, 2016.

⁴⁶ O *Fly Room* foi um “projeto” desenvolvido por Thomas Hunt Morgan na Universidade de Columbia, no qual foram reunidos diversos alunos para realização de experimentos em um novo modelo de pesquisa laboratorial, baseado em princípios democráticos de mérito. A página dedicada ao cientista no *website* da Universidade de Columbia descreve o *Fly Room*. E. R. KANDEL, *Thomas Hunt Morgan at Columbia University*. Disponível em <<http://www.columbia.edu/cu/alumni/Magazine/Legacies/Morgan/>>. Acesso em 10 de março de 2016.

de cromossomos das moscas drosófilas com seus alunos, vindo a receber o Prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia em 1933.⁴⁷

A partir daí, diversos pesquisadores avançaram ao longo dos anos nas descobertas a respeito do DNA humano. Linus Pauling, por exemplo, estabeleceu o modelo de alfa-hélice para representar as proteínas em 1950, recebendo o Prêmio Nobel de Química em 1954. Entre 1953 e 1961, a estrutura de hélice dupla do DNA foi sustentada em artigos publicados por Francis Crick, Maurice Wilkins e Rosalind Franklin. Finalmente em 1977, Frederick Sanger foi capaz de criar um método para sequenciar moléculas de DNA.⁴⁸

A respeito da evolução da biologia molecular, Vandana Shiva sintetiza a lição de Lily E. Kays:

(...) a Fundação Rockefeller serviu de patrono-mor da biologia molecular dos anos 30 aos anos 50. O termo “biologia molecular” foi cunhado em 1938 por Warren Weaver, diretor da Divisão de Ciências Naturais da Fundação Rockefeller. O termo deveria capturar a essência do programa da fundação – sua ênfase nas dimensões diminutas finais das entidades biológicas.

As reconfigurações cognitivas e estruturais da biologia que deram origem ao paradigma reducionista foram muito facilitadas pela economicamente poderosa Fundação Rockefeller. Durante os anos de 1932-1959, a fundação injetou por volta de 25 milhões de dólares em programas de biologia molecular nos Estados Unidos, mais de um quarto do total dos gastos da Fundação em ciências biológicas fora da medicina (incluindo, a partir do início da década de 40, somas enormes para a agricultura).⁴⁹

Como consequência de tais descobertas e da majestosa injeção de recursos, em 1989 foi criado o Projeto Genoma Humano nos Estados Unidos, que visava ao conhecimento e mapeamento de todos os genes humanos. Os biólogos José Roberto Goldim e Úrsula Matte traçam um histórico do nascimento do projeto.

Conforme lecionam, o Projeto Genoma Humano remonta à década de 1980, quando o Departamento de Energia dos EUA promoveu um encontro de especialistas para avaliar os métodos disponíveis para detecção de mutações genéticas. Durante o encontro, foi divulgada a ideia de mapear o genoma humano (estrutura genética total de um indivíduo). Nesse mesmo período foi criado na França o “Centre d’Étude du Polymorphisme Humaine”, CEPH (Centro de Estudos do Polimorfismo Humano), voltado à coleta de

⁴⁷ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁴⁹ L. E. KAYS, *The Molecular Vision of Life: Caltech, the Rockefeller Foundation and the Rise of the New Biology*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 6 *apud* V. SHIVA, *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Petrópolis, Editora Vozes, 2001, pp. 50-51.

amostras de sangue e tecidos de famílias extensas, tornando-se o principal fornecedor de material para a elaboração dos mapas de ligação realizados pelo Généthon.

E ainda:

(...) alguns pesquisadores viram naquela oportunidade a chance de transformar a biologia (e mais especificamente a genética) em big science, com direito a financiamentos gigantescos e divulgação ampla. O projeto foi lançado nos EUA quatro anos depois, patrocinado pelo NIH (National Institute of Health) e pelo DOE (Department of Energy). A proposta era mapear todo o patrimônio genético do homem. Em seguida laboratórios da Europa, do Japão e da Austrália uniram-se ao projeto. Surgiu então um organismo de coordenação internacional chamado HUGO (Human Genome Organization), para sintonizar o trabalho e organizar o conhecimento adquirido em um banco de dados centralizado, o Genome Database.⁵⁰

A respeito de tal projeto, destaca Patrícia Aurélia del Nero:

A realização do Projeto Genoma Humano possibilitou – e possibilita – a construção decodificada dos genes humanos, uma “vitrine” de todos os componentes da vida humana. Trata-se de um acervo que deve ser caracterizado como descoberta, pois traduz em seu bojo a descrição ou a decodificação dos genes.⁵¹

Ao comentar o Projeto, a jurista Maria Helena Diniz afirma se tratar de:

(...) um dos mais importantes empreendimentos científicos dos séculos XX e XXI e um dos mais fascinantes estudos que poderia ter sido feito nesta nova era

⁵⁰ O presidente do HUGO, “H. van Ommen, afirmou em 1998 que a missão do HUGO era facilitar e coordenar a iniciativa global de mapear, sequenciar e analisar funcionalmente o genoma humano e promover a aplicação destes conhecimentos ao melhoramento da saúde humana. Na fase final de sua primeira missão o HUGO assume seu próximo papel para a disseminação das análises funcionais do genoma e o fornecimento de diretrizes responsáveis para as aplicações e implicações do genoma.” E ainda, sobre algumas divergências surgidas ao longo do projeto e acerca do financiamento, destacam Goldim e Matte: “Desde os seus primeiros anos o projeto se caracterizou por um misto de otimismo exagerado, brigas entre os diferentes grupos participantes e notáveis avanços técnicos e científicos. Segundo Jordan (1993) o verdadeiro objetivo inicial do PGH não era o sequenciamento, muito caro e trabalhoso, mas um mapeamento detalhado do genoma humano. No decorrer do processo os progressos tecnológicos foram tão grandes que propiciaram o sequenciamento mesmo antes do prazo previsto. De qualquer forma mapeamento e não sequenciamento foi a estratégia francesa. Os alemães foram sempre os mais reticentes quanto ao projeto. A verba destinada ao projeto foi de US\$ 53 bilhões e o objetivo era mapear todos os genes e 3,6x10⁹ pares de bases do genoma humano até 2005. Um percentual de 5% da verba foi destinado às questões éticas, sociais e legais, abordadas através do programa ELSI (aspectos éticos, legais e sociais).” Finalmente, há de se destacar que, “Em julho de 2000 foi anunciado que os pesquisadores do Projeto Genoma Humano haviam sequenciado a quase totalidade do genoma humano. O anúncio foi feito na Casa Branca, pelo presidente Bill Clinton. Na solenidade estavam presentes pesquisadores do HUGO e o presidente da Celera. A imprensa mundial saudou o anúncio com grande empolgação. Houve uma compreensão inadequada do que estava sendo divulgado. Muitos jornais e revistas afirmaram que o genoma humano estava desvendado. A população ficou com a informação de que toda esta etapa estava vencida, quando sequer foi iniciada a totalidade de identificação de genes humanos em todos os cromossomos. O volume de interpretações corresponde ao de um texto de 800 volumes semelhantes ao de uma Bíblia, só que não se sabe em que idioma está escrito.” Para mais informações: J. R. GOLDIM – U. MATTE, *Projeto Genoma Humano (HUGO)*. Disponível em <<https://www.ufrgs.br/bioetica/genoma.htm>> . Acesso em 04 de fevereiro de 2017.

⁵¹ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

científica, em virtude de seu potencial para alterar, com profundidade, as bases da biologia, por ser uma revolucionária tecnologia de sequenciamento genético baseada em marcadores de ADN, que permitem a localização fácil e rápida dos genes. Com isso o genoma humano, que é propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade (art. 1º da Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos), passará a ser a base de toda pesquisa genética humana dos próximos anos. Esse projeto, ao descobrir e catalogar o código genético da espécie humana, efetuando um mapeamento completo do genoma humano, possibilitará a cura de graves enfermidades, explorando as diferenças entre uma célula maligna e uma normal para obter diagnósticos de terapias melhores.⁵²

O Projeto logo deu impulso ao desenvolvimento de outros programas genômicos similares em diversos países, como Reino Unido, Suécia, França Dinamarca, Holanda, Itália, Rússia, Japão, Austrália, Canadá e, inclusive, Brasil.⁵³

Em 1997, no desenrolar das pesquisas a respeito da biotecnologia e de material genético, foi anunciada a clonagem da ovelha Dolly pelo embriologista Ian Wilmut e sua equipe do Instituto Roslin, da Universidade de Edimburgo, na Escócia.⁵⁴ Tal feito foi amplamente divulgado nos meios de comunicação de massa, tendo em vista que se tratava do primeiro animal mamífero a ser clonado em laboratório.

Atualmente, a biotecnologia encontra-se em contínuo desenvolvimento, resultando em inovações principalmente nas áreas da saúde, das indústrias e da agricultura, que serão estudadas a seguir.

1.3 PRODUTOS, PROCESSOS E APLICABILIDADE

Não há dúvidas de que a biotecnologia teve e continua tendo diversas aplicações, por exemplo, na indústria farmacêutica, na agricultura, na indústria química, dentre outros. Assim, neste momento, se discorrerá rapidamente a respeito dos avanços já alcançados pela biotecnologia, quais produtos e processos já foram criados e quais as aplicações práticas dessa tecnologia que a tornaram tão valiosa no contexto internacional.

Como já mencionado anteriormente, a técnica da fermentação, utilizada na fabricação da cerveja e do iogurte, nada mais é do que uma técnica biotecnológica.

⁵² M. H. DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 466.

⁵³ *Ibid.* p. 473.

⁵⁴ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

Entretanto, é sabido que, atualmente, a biotecnologia muito se desenvolveu, a ponto de criar novos produtos que não dependem somente da fermentação⁵⁵ ou que a aprimoraram⁵⁶.

De acordo com Clóvis Silveira, fundador e sócio diretor da *C&S InterPatents*⁵⁷, “microbiologia, engenharia genética, biologia molecular, bioquímica, engenharia bioquímica, são campos do conhecimento e da técnica que compõem a ciência da biotecnologia”.⁵⁸

Para fins de pesquisa e estatística, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) explica a biotecnologia através de um conceito amplo acompanhado de uma lista de diversas categorias de atividades. Tal lista é utilizada como uma diretriz que complementa e auxilia na interpretação da definição do que seria a biotecnologia. A organização afirma que o rol não é exaustivo, mas sim indicativo, e pode ser atualizado ao longo do tempo, conforme a coleta de informações e as próprias atividades biotecnológicas se desenvolvem.

Assim, atualmente, algumas das técnicas biotecnológicas apontadas na lista da OCDE são: DNA/RNA (por exemplo, genômica, farmacogenômica, engenharia genética, sequenciamento, sintetização e amplificação de DNA/RNA, perfil de expressão genética); métodos relacionados a proteínas e outras moléculas (por exemplo, sequenciamento, sintetização de proteínas e peptídeos, proteômica, isolamento e purificação de proteínas, sinalização e identificação de receptores celulares, dentre outros); culturas e engenharia

⁵⁵ Esclarece Clóvis Silveira que “por fermentação entende-se a reprodução de determinado microorganismo, em um substrato orgânico, com diferentes finalidades”. C. SILVEIRA, *Seminário de biotecnologia: proteção e regulamentação*, São Paulo, C&S InterPatents, 1995, p. 9. Disponível em <http://interpatentes.com.br/pdfs/csilveira_biotecnologia.pdf>. Acesso em 19 de março de 2016.

⁵⁶ A respeito do desenvolvimento da técnica da fermentação ao longo do tempo, Douglas G. Domingues, autor de “Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia”, traz um resumo esclarecedor de como ocorreu tal evolução. Domingues afirma que o desenvolvimento do campo das fermentações ocorreu em três fases distintas: a fase pré-histórica, em que eram produzidos fermentos para pães, fungos e mofos para produção de vinagre, bebidas alcóolicas, dentre outros; a fase moderna, na qual as fermentações começaram a ser utilizadas “na produção de vitaminas e antibióticos na indústria farmacêutica, solventes orgânicos e enzimas na indústria química”; e a fase de fronteira, “onde ocorrem os avanços da engenharia genética na área das fermentações”. A fase de fronteira da fermentação pode ser dividida em dois grandes grupos: tecnologia direta ou de fermentação e tecnologia indireta ou enzimática, ambas impactando de maneira revolucionária na indústria farmacêutica, química, de alimentos, de energia e meio ambiente. D. G. DOMINGUES, *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 43-44.

⁵⁷ A *C&S InterPatents* é um escritório especializado na prestação de consultorias e serviços específicos da área de propriedade intelectual. Para maiores informações: C&S INTERPATENTS. <<http://www.interpatentes.com.br>>. Acesso em 22 de abril de 2016.

⁵⁸ C. SILVEIRA, *Seminário de biotecnologia: proteção e regulamentação*, São Paulo, C&S InterPatents, 1995, p. 8. Disponível em <http://interpatentes.com.br/pdfs/csilveira_biotecnologia.pdf>. Acesso em 19 de março de 2016.

celulares e de tecidos (cultura de células e tecidos, engenharia de tecidos, inclusive engenharia biomédica, fusão celular, vacinas, manipulação de embriões, dentre outros); técnicas de processos biotecnológicos (fermentação usando biorreatores, bioprocessamento, biolixiviação, biopolpação, biosulfurização, bioremediação, bioinfiltração e fitoremediação); genes e vetores de RNA (terapia genética e vetores virais); bioinformática (construção de data base de genomas e de sequência de proteínas e modelagem de processos biológicos complexos); e nanobiotecnologia (aplicação de ferramentas e processos de nano e microfabricação para construção de aparelhos para estudar biosistemas; aplicação na técnica *drug delivery*⁵⁹, em diagnósticos e outros)⁶⁰ (tradução nossa).

Verifica-se, assim, que a biotecnologia envolve o entrelaçamento de diversas áreas do conhecimento, como a biologia, a engenharia, a química, dentre outras, caracterizando-se como uma ciência interdisciplinar.

Os autores André Motoharu Yoshino, Pedro Cordelli Alves e Ricardo Kanashiro Syuffi Soares afirmam que a biotecnologia reflete os avanços tecnológicos que permitem a manipulação de genes, levando ao melhoramento do plantio e dos alimentos, além da cura de doenças em seres humanos, a clonagem e o aprimoramento genético.⁶¹

Tal manipulação genética está estritamente relacionada à engenharia genética, que é definida por Clóvis Silveira como:

(...) a tecnologia utilizada em nível de laboratório, através da qual o pesquisador é capaz de alterar o aparato hereditário de uma célula viva, de forma que possa produzir mais eficientemente uma variedade de produtos químicos ou de desempenhar funções totalmente novas. A célula modificada é que vai ser utilizada na produção industrial.⁶²

Seguindo a lição de Suzuki e Knudtson, Maria Helena Diniz afirma que a engenharia genética “consiste no emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação

⁵⁹ O “*drug delivery*” é uma técnica que facilita a penetração de ativos no corpo, reduzindo o número de sessões e o tempo necessário para que o resultado de um tratamento apareça.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Statistical Definition of Biotechnology*. Disponível em <<http://www.oecd.org/sti/biotech/statisticaldefinitionofbiotechnology.htm>>. Acesso em 19 de março de 2016.

⁶¹ A. M. YOSHINO – P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, p. 58.

⁶² C. SILVEIRA, *Seminário de biotecnologia: proteção e regulamentação*, São Paulo, C&S InterPatents, 1995, p. 9. Disponível em <http://interpatentes.com.br/pdfs/csilveira_biotecnologia.pdf>. Acesso em 19 de março de 2016.

da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes”.⁶³ A autora afirma, ainda, que a manipulação genética, reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica⁶⁴ e clonagem são técnicas utilizadas na engenharia genética.⁶⁵

Vandana Shiva, por sua vez, explica sucintamente que “a engenharia genética move genes de uma espécie para outra utilizando “vetores””.⁶⁶

A aplicabilidade da biotecnologia é extremamente vasta, como bem ressalta Patrícia Aurélia del Nero em sua obra “Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia”. A autora destaca a importância da biotecnologia para a pesquisa e para a obtenção de produtos em diversas áreas que se estendem desde a agricultura e a indústria de alimentos, até as indústrias químicas, energéticas, de cosméticos, de bebidas e de tratamento de dejetos.⁶⁷

A Sociedade Americana de Química (ACS) divide a biotecnologia em três áreas, referentes aos diferentes setores econômicos em que ela pode ser aplicada, quais sejam, a agrícola, a de saúde e a industrial.

De acordo com a ACS, a biotecnologia agrícola foca no melhoramento das colheitas e produtos especiais como os fármacos derivados de plantas. Tratam-se de produtos geneticamente modificados que necessitam de menos agrotóxico e que geralmente podem ser desenvolvidos para produzir altos níveis de determinados nutrientes. Também estão incluídos neste grupo, os pesticidas que têm por base micróbios e feromônios, os quais ajudam na redução do uso de pesticidas químicos tradicionais na agricultura.⁶⁸

⁶³ M. H. DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 460.

⁶⁴ De acordo com Gislayne Fátima Diedrich, a terapia gênica é um tipo de tratamento de doenças que envolve a “transferência de informação genética para células específicas do paciente, podendo ser realizada nas células somáticas e nas células germinativas”. G. F. DIEDRICH, *Genoma humano: Direito Internacional e legislação brasileira*, in M. C. C. L. SANTOS (org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Santos, Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

⁶⁵ M. H. DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 462.

⁶⁶ V. SHIVA, *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Petrópolis, Editora Vozes, 2001, p. 58.

⁶⁷ P. A. DEL NERO, *Propriedade intelectual – a tutela jurídica da biotecnologia*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 281-282.

⁶⁸ “Agricultural biotechnology's focus is on crop improvement and specialty products such as plant-derived pharmaceuticals. These products include genetically engineered crops that require less pesticide and often can be designed to generate higher levels of selected nutrients. Also included in agbiotech are pheromone- and microbe-based pesticide treatments that help reduce application of traditional agricultural chemicals”. CHEMICAL AND ENGINEERING NEWS, *The Three Biotechnologies*. Disponível em <<http://cen.acs.org/articles/84/i14/Three-Biotechnologies.html>>. Acesso em 15 de março de 2016.

Já a biotecnologia relacionada à área da saúde envolve o desenvolvimento de biofármacos e testes de medicina diagnóstica. Nesse setor estão incluídas a genômica, a medicina personalizada, a terapia celular, vacinas, dentre outras “subáreas”.⁶⁹ Por fim, a biotecnologia industrial foca na produção de produtos químicos comercializáveis, como polímeros, etanol, biodiesel e diversas matérias-primas.⁷⁰

Seguindo a mesma linha, a Organização de Biotecnologia e Inovação (BIO), apresenta três maneiras em que a biotecnologia ajuda a sociedade a se preparar para desafios: curando, abastecendo e alimentando.

Ao afirmar que a biotecnologia ajuda a curar o mundo, a organização traz resultados alcançados pela biotecnologia na área da saúde, como: redução de taxas de doenças infecciosas; adaptação de tratamentos aos indivíduos para minimizar riscos à saúde e efeitos colaterais; criação de ferramentas mais precisas para a detecção de doenças; e combate a doenças sérias e ameaças constantes enfrentadas nos países em desenvolvimento.

Já quando se trata de “abastecer o mundo”, a BIO afirma que a biotecnologia utiliza processos biológicos como a fermentação e aproveita os biocatalisadores como enzimas, leveduras (ou fermento) e outros micróbios para se transformarem em fábricas manufactureiras microscópicas. A respeito dos resultados práticos alcançados nesta área, pode-se destacar: a simplificação de procedimentos químicos; a diminuição da temperatura para limpeza de roupas, economizando 4,1 bilhões de dólares anualmente; o melhoramento de procedimentos manufactureiros; a redução do uso e dependência de petroquímicos; o uso de biocombustíveis para reduzir a emissão de gases de efeito estufa em 52%; a diminuição do gasto e desperdício de água; e a utilização no máximo potencial de resíduos de biomassa.

⁶⁹ “Health care biotechnology involves development of biopharmaceuticals and medical diagnostic tests that range from home pregnancy tests and assays that keep blood supplies safe to quick screens for early detection of diseases. For this sector, “the sky is the limit, with opportunities abounding in genomics, personalized medicine, diagnostics, biomarkers, cell therapies, and vaccines,” commented James C. Greenwood, president and chief executive officer of the Biotechnology Industry Organization (BIO) at its annual CEO & Investor Conference held in Philadelphia in mid-February.” CHEMICAL AND ENGINEERING NEWS, *The Three Biotechnologies*. Disponível em <<http://cen.acs.org/articles/84/i14/Three-Biotechnologies.html>>. Acesso em 17 de março de 2016.

⁷⁰ “Industrial biotech, which focuses on production of commodity chemicals, such as polymers, ethanol, biodiesel, and basic feedstocks, is still in its early years but is expected to enjoy the same successes as its health care and agricultural sisters.” CHEMICAL AND ENGINEERING NEWS, *The Three Biotechnologies*. Disponível em <<http://cen.acs.org/articles/84/i14/Three-Biotechnologies.html>>. Acesso em 17 de março de 2016.

Finalmente, a organização também trata das conquistas para ajudar a alimentar o mundo, alcançadas através do aumento da resistência das lavouras às pragas, do aumento da tolerância das lavouras aos herbicidas e da facilitação do uso de técnicas de plantio ambientalmente sustentáveis. Assim, foi possível: impulsionar o aumento da produção das lavouras, com menos insumos; diminuir o volume de produtos químicos na agricultura; desenvolver safras que necessitam de menos pesticidas e que permitam aos fazendeiros uma redução da área plantada; desenvolver lavouras com perfis nutritivos melhorados que resolvam os problemas de falta de nutrientes e vitaminas; produzir alimentos livres de alergênicos e toxinas, como a micotoxina; e aprimorar lavouras de alimentos e óleos para melhorar a saúde cardiovascular dos indivíduos⁷¹.

A multinacional Monsanto, em sua página na *internet*, apresenta os produtos que produz através das técnicas de manipulação e melhoramento genéticos⁷², como a soja, o milho e o algodão. A empresa ressalta as vantagens da produção através de tais técnicas:

Resistência a doenças, aumento da produtividade, tolerância à seca e maior proteção contra insetos são apenas algumas das características do *pipeline* de P&D da Monsanto atualmente. Juntas, essas melhorias têm o potencial de permitir aos agricultores aumentar sua produtividade e maximizar os lucros.⁷³

Já Luiz Otávio Pimentel e Patrícia Aurélia del Nero apresentam uma divisão da aplicabilidade da biotecnologia conforme o setor produtivo. Para eles, a divisão se opera em oito categorias, quais sejam:

(...) na agricultura (com a obtenção de adubo composto, pesticidas, biopesticidas, silagem, mudas de plantas ou de árvores, plantas transgênicas); na indústria alimentícia (produção de pães, queijos, pickles, cervejas, vinhos, proteínas unicelulares, aditivos); na indústria química (através da produção do butanol, de acetona, do glicerol, dos ácidos, das enzimas, de metais); na geração de energia (através da produção de etanol e de biogás); no meio ambiente (no que refere à recuperação de petróleo, tratamento do lixo, purificação da água); na pecuária (a partir da produção de embriões e até mesmo na geração experimental de clones);

⁷¹ BIOTECHNOLOGY INNOVATION ORGANIZATION, *What is Biotechnology?*. Disponível em <<http://www.bio.org/articles/what-biotechnology>> . Acesso em 22 de abril de 2016.

⁷² Patrícia Aurélia del Nero explica que: “(...) no que se refere à biotecnologia vegetal, a Monsanto esclarece que é possível, com a ajuda da biotecnologia, introduzir novas características que permitam às plantas realizar tarefas biológicas que não eram possíveis anteriormente. Quanto às técnicas que envolvem a biotecnologia, a Monsanto informa, ainda, que são duas e consistentes no seguinte: “A primeira tradicional baseia-se no melhoramento genético através de cruzamentos de espécies já existentes. A desvantagem deste método é que todas as características podem ser transferidas, tanto as boas como as ruins. A segunda e mais recente, caracteriza-se pelo uso e manipulação do DNA recombinante na transferência de genes – também chamada de engenharia genética. Com esse método, aliado ao melhoramento genético tradicional, apenas os genes que contêm as características desejadas são transferidos para a planta”. P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

⁷³ MONSANTO, *Biotecnologia*. Disponível em <<http://www.monsanto.com/global/br/produtos/pages/biotecnologia.aspx>>. Acesso em 19 de março de 2016.

na saúde e na produção de fármacos (antibióticos, hormônios, vacinas, reagentes e testes para diagnósticos); na indústria cosmética (produção de cremes, loções, lipossomas, microesferas, xampus, condicionadores).⁷⁴

Assim, a título exemplificativo, podem ser listados os seguintes produtos que advêm da biotecnologia:

(...) na área da química orgânica, o etanol, a acetona, o butanol, as enzimas e os polímeros (principalmente polissacarídeos e proteínas); na área da química inorgânica, o beneficiamento de metais e a lixiviação; na indústria farmacêutica, os antibióticos, as enzimas, as vacinas, os hormônios polipeptídicos; na área da energia, o metanol (biogás) e a biomassa; na indústria alimentícia, os laticínios, as bebidas, os fermentos, os aditivos, a glicose e a frutose; na agricultura, as pesticidas, microbiais e fungicidas, inoculantes para fixação de nitrogênio, cultura de tecidos e células vegetais; no setor de serviços, o tratamento de lixo e esgotos.⁷⁵

Desse modo, verifica-se que a biotecnologia, apesar de não ser considerada como uma nova ciência, possibilitou a criação e o desenvolvimento de novos produtos e processos em diversas áreas, produtos e processos esses que antes não existiam, que eram muito simplificados ou não eram estudados. As inovações biotecnológicas passaram, gradativamente, a adquirir maior valor de mercado, conforme foram sendo desenvolvidas técnicas mais sofisticadas que foram aplicadas não somente na área da saúde, mas também na agricultura, na produção energética, nas indústrias alimentícia, química, farmacêutica e cosmética, dentre outras.

É por esse motivo que cientistas e empreendedores viram a necessidade de proteger esses novos produtos e procedimentos, que antes não possuíam um grande valor agregado, mas que, com o passar do tempo, passaram a tê-lo. Destarte, passa-se a analisar a forma de proteção que a propriedade intelectual confere a tais inventos.

⁷⁴ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL'OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 455. Os autores ainda citam Mittelbach, que faz uma classificação diversa a respeito das invenções biotecnológicas: “(...) invenções de produtos relacionados à matéria biológica *per se* (matéria biológica de *per se* e produtos industriais que incorporam matéria biológica); invenções de processos para a obtenção de matéria biológica; invenções envolvendo o uso de material biológico (produtos industriais obtidos por processo utilizando matéria biológica e produtos industriais envolvendo a matéria biológica), bem como novos usos de matéria biológica conhecida.” MITTELBACH, 2001, *apud* L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL'OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 455-456.

⁷⁵ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

2. PROPRIEDADE INTELECTUAL

2.1 CONCEITOS

Por ora, importante delinear as noções de apropriação e de propriedade, assim como traçar uma introdução à propriedade intelectual e conceitos a ela atrelados.

Inicialmente, deve-se analisar, ainda que rapidamente, o desenvolvimento do conceito de propriedade ao longo do tempo. No Direito Romano, a propriedade, chamada de *dominium* ou *proprietas*, era entendida como um “poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea”. Tratava-se, portanto, de uma relação direta e imediata entre o titular do direito e a coisa. O direito de propriedade conferia ao titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa, ao mesmo tempo que impedia interferências alheias.⁷⁶

Na Idade Média, com a grande instabilidade e insegurança existentes, as terras passaram ao domínio dos poderosos, que concediam o direito de fruição aos seus vassalos e servos.⁷⁷ Nesse momento, é até possível afirmar que houve um retrocesso no conceito de propriedade, em relação ao observado na Idade Antiga.

⁷⁶ T. MARKY, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo, Saraiva, 8ed., 1995, p. 65. O autor ainda traça o histórico da propriedade no contexto Romano. No Direito Primitivo, o poder de propriedade não tinha um nome distintivo, sendo chamado de *patria potestas*, e recaía sobre o *paterfamilias*, que exercia seu domínio sobre bens móveis e imóveis. Na segunda metade da República, o *patria potestas* passou a ser denominado de *dominium* e *proprietas*, hoje conhecido como propriedade quirítária, porém o seu gozo pressupunha o preenchimento de requisitos por demais formalistas. Com o rápido desenvolvimento do comércio, os pretores auxiliaram no desenvolvimento de um novo tipo de propriedade, a propriedade pretoriana ou bonitária, que se contrapõe à propriedade quirítária. Na propriedade pretoriana, o proprietário quirítário continuava sendo nominalmente dono, porém o real poder sobre a coisa seria delegado a quem o pretor entendesse mais justo. Finalmente, Justiniano aboliu os diferentes tipos de propriedade e unificou o instituto. *Ibid.*, pp. 68-71. Caio Mário da Silva Pereira faz a seguinte síntese a respeito do instituto da propriedade no Direito Romano: “Somente o cidadão romano podia adquirir propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada. E a técnica da aquisição – *mancipatio* –, um cerimonial tipicamente romano, restringia o fenômeno e limitava o domínio *ex iure quiritium*. Mais tarde estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliou-se a suscetibilidade da aquisição ao solo itálico, e depois além deste; e a par daquela modalidade aquisitiva hermética, surgiram novos usos e os juriconsultos elaboraram novas técnicas: *traditio*, *in iure cessio*. Quando, pois, Justiniano promove a codificação no século VI, a propriedade que o *Corpus Iuris Civilis* retrata é a resultante de lenta evolução que dentro do Direito Romano cobrira mais de um milênio”. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 68.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 68.

Porém, na Idade Moderna iniciou-se a pressão para desvincular a noção de propriedade de laços familiares ou de dependência entre o servo e o senhor.⁷⁸ Nesse sentido, a Revolução Francesa teve como um de seus objetivos, a democratização da propriedade.⁷⁹

Nos dias atuais, o conceito de propriedade distanciou-se, de certo modo, de suas raízes históricas. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

(...) é certo que se reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. (...) Dentro da variedade de explicações, com vocabulário mais ou menos rico, uma observação ressalta com a força de uma constante: reconhecendo embora o direito de propriedade, a ordem jurídica abandonou a passividade que guardava ante os conflitos de interesses, e passou a intervir, séria e severamente, no propósito de promover o bem comum que é uma das finalidades da lei, e ainda de assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.⁸⁰

Nesse contexto, quando se faz referência aos conceitos de “apropriação” ou de “propriedade” logo se imagina um indivíduo que detém a titularidade de um bem corpóreo. Entretanto, a noção de apropriação de ideias oriundas do próprio intelecto humano já existia na Antiguidade, apesar de ter sido contemplado formalmente por um arcabouço jurídico formal somente no fim do século XIX.

De acordo com Newton Silveira, a existência de um “poder criativo” do homem e a necessidade de respeitá-lo e de protegê-lo não surgiu na Idade Contemporânea, mas sim

⁷⁸ De acordo com Erouths Cortiano Júnior, a noção de propriedade moderna é construída a partir do prisma do sujeito, e não da coisa apropriada. A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, pp. 58-59.

⁷⁹ C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 69.

⁸⁰ Ibid. pp. 70-71. Cláudia Marins Adiers faz a seguinte síntese a respeito do direito à propriedade: “O direito natural à propriedade, de acordo com Wolgran Junqueira Ferreira, funda-se na natureza racional do homem, que necessita de bens de consumo, dos frutos da terra, da própria terra e de todos aqueles seres que servem ao homem como meio de cumprir seu fim. Como ente dotado de razão, há de se conceder necessariamente ao homem a faculdade, não só de usar, como os demais animais, senão o de possuir como direito estável e perpétuo, assim as coisas que se acabam com o uso e as que, mesmo sendo usadas, não se acabam. A propriedade, na linguagem jurídica, segundo De Plácido e Silva, é a condição em que se encontra a coisa que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa atribuída à pessoa. Nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XXII, garante o direito de propriedade. O instituto é conceituado na doutrina civil, sinteticamente, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, como o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, trata-se de um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.” C. M. ADIERS, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, p. 12.

remonta a Idade Antiga, época na qual o homem já reconhecia as obras artísticas produzidas pelos demais e rechaçava o plágio, ainda que não se tratasse de uma questão de direito, mas de moral.

Com a invenção da imprensa, por Gutenberg, e com a Revolução Industrial, houve uma grande transformação na cadeia de produção, na prática de difusão de ideias e na multiplicação de exemplares. A partir deste momento, percebeu-se que “aquilo que foi criado pelo inventor ou escritor não se exauria no exemplar materialmente executado, mas sim era algo além dele, ou seja, era uma forma que podia ser reproduzida e multiplicada, e que podia representar riqueza”.⁸¹

Patrícia Aurélia del Nero discorre a respeito da evolução do pensamento criativo do homem e de sua propagação, ressaltando que se trata de um movimento constante de acumulação de novas manifestações criativas e inventivas:

As possibilidades criativas e inventivas do homem ensejam inúmeras realizações das mais simples às mais sofisticadas ou complexas. A utilização racional e imaginativa da inteligência ou do intelecto humano foi determinante tanto para o processo de dominação da natureza, quanto para a materialização de novas realidades consubstanciadas no atual nível ou estágio de evolução ou de desenvolvimento da ciência ou da tecnologia.

(...)

Pode-se observar que no atual estágio civilizatório todas as manifestações criativas e inventivas são viabilizadas a partir da acumulação e do constante avanço tecnológico que, por seu turno, também é fruto de manifestações criativas e inventivas. Trata-se de um processo de concepção e de realização espiral e contínuo; construído – em construção – a partir das mudanças sociais que engendram em si outras e novas mudanças sociais e, conseqüentemente, outros e novos padrões e mudanças tecnológicas, também em constante edificação.⁸²

A autora ressalta que a noção de apropriação recai também sobre tais ideias, afirmando que a partir do momento em que as “concepções criativas” imaginadas pelo indivíduo são concretizadas, ou seja, passam a existir no mundo exterior, tornam-se passíveis de apropriação e de comercialização.⁸³

No atual estado do capitalismo (sistema capitalista pós-moderno ou pós-industrial), não apenas os bens móveis e imóveis são passíveis de apropriação, mas também, e principalmente, os bens imateriais, intangíveis, incorpóreos. Por esse motivo, diz-se que

⁸¹ N. SILVEIRA, *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares*, 3ª ed., Barueri, Manole, 2005, pp. 12-13.

⁸² P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 27-28.

⁸³ *Ibid.* p. 28.

“os bens passíveis de apropriação são também intelectuais, ou seja, são formas ou categorias que estão em voga, no atual estágio capitalista” e que:

(...) é o direito, por intermédio de suas normas, que introduz essa possibilidade de apropriação, ora acompanhando as demandas sociopolíticas; ora estabelecendo parâmetros do que pode ou não ser objeto de apropriação, assegurando e estabelecendo procedimentos normativos próprios.⁸⁴

Em outras palavras, é possível afirmar que o Direito passou a reconhecer formalmente a existência de bens imateriais, que estavam intrinsecamente ligados ao próprio autor ou criador e que mereciam proteção. Assim, da mesma maneira que sobre os bens corpóreos recai o direito de propriedade, o Direito passou a reconhecer o direito de propriedade⁸⁵ sobre bens imateriais.

A esse respeito:

(...) são direitos de propriedade haja vista as características da relação existente entre o autor, o inventor ou o obtentor e o produto de sua criação, consistente na possibilidade de sujeição completa deste à sua vontade. O fato da imaterialidade dos bens não exclui a sua característica de serem passíveis de apropriação, pois

⁸⁴ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

⁸⁵ Caio Mário da Silva Pereira defende que o direito de propriedade não é um conceito inflexível, mas sim que se altera em razão de mudanças econômicas, políticas, sociais e religiosas. Ainda assim, apresenta a seguinte definição: “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”. C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. 4, 20^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, p. 77. Já Newton Silveira afirma que direito de propriedade é “o direito mais amplo que um sujeito de direito tem sobre um bem externo a ele (...). É um direito absoluto, no sentido de ser oponível a todos (*erga omnes*). Em outras palavras, o direito de propriedade exerce-se diretamente sobre a coisa e indiretamente sobre todos os outros sujeitos de direito, que são obrigados a respeitar essa relação jurídica entre o proprietário e o objeto da propriedade”. N. SILVEIRA, *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares*, 3^a ed., Barueri, Manole, 2005, p. 80. Patrícia Aurélio del Nero, por sua vez, faz uma distinção entre a concepção filosófica e a concepção jurídica do direito: “A propriedade, como categoria analítica, é genérica, ilimitada, inesgotável, plena; essa é a concepção filosófica da propriedade. No entanto, no que se refere à aquisição, à fruição, à titularidade da propriedade, esta sofre condicionantes ou restrições impostas e postas pelo Estado, por intermédio do direito”. Sobre o papel do direito ao regular a propriedade, a autora destaca: “(...) o direito, ao traçar, delinear, produzir e reproduzir normas cujos objeto e objetivo sejam a propriedade, em seus mais diferenciados aspectos, incluindo-se a propriedade intelectual, irá sistematizar a atribuir titularidade (quem é ou quem pode ser proprietário de certa e de determinada coisa); estabelecer procedimentos (a forma pela qual se adquire a propriedade ou a forma pela qual se estabelece o seu exercício); disciplinar a perda desses direitos (quer dizer, a duração do exercício e do desfrute do bem apropriado). Ao estabelecer a titularidade da propriedade, o direito demarca os espaços específicos, assinalando quais sujeitos podem – ou não – deter a coisa: o bem. Na medida em que esse fenômeno se desenvolve, os demais sujeitos estão excluídos desse mesmo direito, dessa mesma titularidade. Sendo assim, é da essência do direito de propriedade a exclusividade ao titular e a exclusão para todos os demais com relação ao mesmo bem”. Assim como pontuado por Caio Mário da Silva Pereira, del Nero também entende que o conceito de propriedade se modifica ao longo do tempo paulatina e permanentemente, em razão de mudanças econômicas, sociais e em face de avanços tecnológicos. P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 34-35.

tal fato é inerente ao objeto do direito e não à relação jurídica existente entre ele e o sujeito.⁸⁶

J. T. Cross afirma que o termo “propriedade” tem muitos diferentes significados na área do Direito, mas que, quando analisado na área da criação humana, geralmente se refere ao direito de excluir outros de obterem todo ou parte do valor de um objeto definido⁸⁷ (aqui entendido como o produto de uma criação).

O direito de propriedade, portanto, é direito real que recai tanto sobre bens corpóreos, quanto sobre bens incorpóreos. O ramo do direito que tem como objeto a propriedade de bens imateriais é a “propriedade intelectual”.⁸⁸

Em trabalho sobre a biodiversidade e a propriedade intelectual, Viviane Alves Bertogna, apresenta a seguinte síntese sobre o desenvolvimento histórico da propriedade intelectual:

(...) os Direitos de Propriedade Intelectual surgiram da necessidade advinda, mais especialmente, com a Revolução Industrial, de as nações incentivarem o desenvolvimento não apenas da ciência, mas da técnica. A técnica, entendida como a criação de maneiras de colocar elementos da natureza à disposição do homem, de forma a dar-lhe bem estar, passou a significar a partir do século XVIII a riqueza e o desenvolvimento de um País. Nesse momento histórico deixou de ser suficiente a existência de recursos naturais, de terras, para que se determinasse o poder e a riqueza. Então, o Estado passou a conceder ao inventor o privilégio de exploração exclusiva e temporária das invenções para que este dispusesse ao público seus conhecimentos e proporcionasse o desenvolvimento técnico.⁸⁹

Para fins de contextualização, porém, é importante anotar que a proteção de direitos relativos à propriedade intelectual tornou-se ainda mais relevante a partir dos anos 80, com a Revolução Tecnológica, também conhecida como Terceira Revolução Industrial. A partir daí, o valor intrínseco das novas tecnologias e a necessidade de garantir a alta competitividade no mercado global propulsionaram o investimento em pesquisa e desenvolvimento.⁹⁰ Surgiu, assim, a necessidade de regulamentação pela propriedade

⁸⁶ V. A. BERTOOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 85.

⁸⁷ J. T. Cross, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 15. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁸⁸ N. SILVEIRA, *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares*, 3ª ed., Barueri, Manole, 2005, p. 80.

⁸⁹ V. A. BERTOOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 84.

⁹⁰ C. M. ADIERS, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, p. 19.

intelectual tanto dos inventos e das novas tecnologias, quanto de bens intangíveis que antes não eram abrangidos formalmente pela propriedade.

Em sua obra, “Curso de Direito Internacional Público”, o Professor Doutor Alberto do Amaral Júnior tece as seguintes considerações sobre esse contexto histórico:

A economia experimentou, nos últimos decênios do século XX, uma transformação profunda: o conhecimento adquire, nesse período, papel crucial para o funcionamento do sistema produtivo. Nunca antes na história o desenvolvimento esteve tão associado ao domínio da tecnologia, sem a qual não teria sido possível ampliar a produção em escala jamais imaginada e conceber grande variedade de bens destinados a grupos específicos de consumidores. O poder e a riqueza dependem do desenvolvimento tecnológico, devido à aplicação em pesquisa de volumes expressivos de recursos por parte das empresas globais, cuja atividade se estende a todo o planeta.

A mudança na estrutura da economia moderna alterou a natureza do comércio internacional, composto, cada vez mais, por bens que incorporam conhecimento aplicado, prova da engenhosidade dos inventores.⁹¹

A lição de Patrícia Aurélia del Nero bem sintetiza a questão:

(...) o leque de bens ou objetos passíveis de apropriação foi consideravelmente ampliado e diversificado, por um lado, em função do desenvolvimento econômico e das mudanças socioculturais, especialmente no período pós-Revolução Industrial, e, por outro, pelo próprio desenvolvimento e pela reconstrução do direito de propriedade, que, nesse amplo processo de mudanças socioeconômicas, passou a incluir objetos e coisas intangíveis em seu rol e que são passíveis de valorização econômica.

(...)

Sendo assim, a disciplina jurídica estabelecida para a propriedade, permite e possibilita assegurar o domínio, não apenas sobre a coisa em si, mas, principal e especialmente sobre todas as possibilidades de criação de valor econômico, ou seja, o meio de produção desses valores, bem como o conjunto de ideias, criativas, inventivas ali embutidas. Nesse sentido, alcança relevo e desponta uma nova modalidade de propriedade: a propriedade intelectual.⁹²

Assim, não resta dúvida de que a propriedade intelectual visa à proteção justamente dos bens imateriais e incorpóreos oriundos da criatividade e da inventividade humanas. Deve ser delineado, portanto, um conceito do que seria a “propriedade intelectual”.

Para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a propriedade intelectual é um termo que serve para se referir a propriedades que resultem da criação da mente humana. Importante ressaltar que a própria Organização não apresenta uma

⁹¹ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 656.

⁹² P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

definição formal do termo “propriedade intelectual”, valendo-se, pois, de uma lista exemplificativa de quais criações seriam por ela protegidas.⁹³

Assim, de acordo com a Convenção que instituiu a OMPI, propriedade intelectual refere-se à proteção de direitos relativos a:

(...) obras literárias, artísticas e científicas; interpretações dos artistas intérpretes e execução dos artistas executantes, fonogramas e emissões de radiodifusão; invenções em todos os domínios da atividade humana; descobertas científicas; desenhos e modelos industriais; marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como firmas comerciais e denominações comerciais; proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico (artigo 2, viii, da Convenção que Institui a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967).⁹⁴

Patrícia Aurélia del Nero afirma que a propriedade intelectual tem como finalidade a proteção de bens imateriais, ou seja, bens que não possuem existência corpórea ou tangível. São aqueles bens produzidos pelo intelecto humano e que decorrem de sua criatividade e invenção.⁹⁵

Já para Ela Wiecko Volkmer de Castilho a propriedade intelectual abrange os “direitos autorais de obra literária, científica, filosófica ou artística, os direitos relativos a patentes de invenção e de modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e de marca, bem como o direito de melhorista”.⁹⁶

Em dissertação apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, Viviane Alves Bertogna afirmou que os direitos de propriedade intelectual

⁹³ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

⁹⁴ Texto original: “Article 2: (viii) “intellectual property shall include the rights relating to: - literary, artistic and scientific works, - performances of performing artists, phonograms and broadcasts, - inventions in all fields of human endeavor, - scientific discoveries, - industrial designs, - trademarks, service marks, and commercial names and designations, - protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833>. Acesso em 03 de abril de 2016.

⁹⁵ De acordo com o doutrinador Aurélio Wander Bastos, a propriedade intelectual envolve a legislação sobre a propriedade das criações intelectuais particularmente as invenções tecnológicas e as obras literárias e artísticas”. Para ele, “(...) os direitos de propriedade intelectual estendem-se, também, para proteger marcas, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações de procedência, denominações de origem, concorrência desleal, *know-how*, direitos autorais e conexos e o software.” A. W. BASTOS, *Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 32 *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

⁹⁶ E. W. V. DE CASTILHO, *Patentes de produtos de origem biológica*, in M. F. S. PICARELLI e M. I. ARANHA (org.), *Política de patentes em saúde humana*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 70.

abrangem “direitos de autor, de inventor e de obtentor, todos derivados da atividade da inteligência humana, advindos da criação de obras artísticas, literárias, científicas, das invenções aplicáveis à indústria e, por fim, das cultivares”.⁹⁷

De acordo com o *website* da Organização Mundial do Comércio, os direitos de propriedade intelectual são concedidos a pessoas pelas criações de sua mente, geralmente garantindo o direito à exclusividade pelo uso da criação por um certo período de tempo.⁹⁸ A OMC divide a propriedade intelectual em duas subáreas, quais sejam, o direito do autor (*copyright*) e a propriedade industrial, que pode ser subdividida também em duas áreas principais, uma de proteção à marcas, sinais distintivos e indicações geográficas, e outra de proteção concedida através de patentes, desenhos industriais e segredos de indústria.⁹⁹

O Acordo TRIPS (“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”) categoriza a “propriedade intelectual” da seguinte maneira: o direito do autor e conexos¹⁰⁰; marcas¹⁰¹; indicações geográficas¹⁰²; desenhos industriais¹⁰³; patentes¹⁰⁴; topografia de circuitos integrados¹⁰⁵; e proteção de informação confidencial¹⁰⁶.

⁹⁷ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 84.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *What are intellectual property rights?*, Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intell_e.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

⁹⁹ Extraí-se da página: “(ii) Industrial property. Industrial property can usefully be divided into two main areas: • One area can be characterized as the protection of distinctive signs, in particular trademarks (which distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings) and geographical indications (which identify a good as originating in a place where a given characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin). The protection of such distinctive signs aims to stimulate and ensure fair competition and to protect consumers, by enabling them to make informed choices between various goods and services. The protection may last indefinitely, provided the sign in question continues to be distinctive. • Other types of industrial property are protected primarily to stimulate innovation, design and the creation of technology. In this category fall inventions (protected by patents), industrial designs and trade secrets. The social purpose is to provide protection for the results of investment in the development of new technology, thus giving the incentive and means to finance research and development activities.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *What are intellectual property rights?*, Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intell_e.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁰ Evidentemente, o escopo do presente trabalho não é o estudo aprofundado das diferentes formas de proteção da propriedade intelectual. Entretanto, mostra-se necessário um breve esclarecimento a respeito do objeto sobre o qual cada uma delas recai. Primeiramente, o direito do autor (Copyright, nos países de *common law*) e seus direitos conexos, integram a Seção I da Parte II do TRIPS. Estão previstos nos artigos 9 a 14 e visam complementar, especialmente, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, revisada em 1971, bem como a Convenção de Roma para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 1961. É interessante notar que os programas de computador e as compilações de dados estão protegidos no âmbito dos direitos do autor e conexos, vide artigo 10.1 e 2. Outro ponto a se destacar, é a introdução dos “direitos exclusivos de aluguel”, limitados, porém, a programas de computador e obras cinematográficas (art. 11). Na visão de Maristela Basso, “A Seção I da Parte II do TRIPS é resultado do consenso, sobretudo entre os países anglo-saxões e os de tradição romano-germânica, em torno de padrões mínimos e universais de proteção dos direitos do autor e conexos. Não se conseguiu resolver definitivamente as divergências nem mesmo abordar temas importantes como a tecnologia digital e das indústrias de *software* e de base de dados”, os quais somente

A Seção 8 da Parte II do TRIPS trata, ainda, do “Controle de Práticas de Concorrência Desleal em Contratos de Licenças”. O artigo 40.1 do Acordo deixa claro que “algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e a disseminação de tecnologia”¹⁰⁷.

Diante desse cenário, tem-se que a propriedade intelectual pode ser dividida em duas espécies, quais sejam, o “direito autoral” e a “propriedade industrial”.¹⁰⁸ Alguns

entraram em pauta quando da revisão do TRIPS. M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 208.

¹⁰¹ Matéria disciplinada pelos artigos 15 a 21, que compõem a Seção da Parte II do TRIPS. O artigo 15.1 indica o objeto a ser protegido pela legislação de marcas: “Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis”. BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

¹⁰² As indicações geográficas são tratadas na Seção 3 da Parte II do TRIPS. São definidas como “indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.” (art. 22.1). São as chamadas “indicações de origem qualificadas” ou ainda “denominações de origem”. Frise-se que há um regime especial voltado aos vinhos e destilados, previsto no art. 23.1. BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

¹⁰³ Os artigos 25 e 26 do TRIPS disciplinam a proteção dos desenhos industriais, os quais são protegidos desde que preenchidos os requisitos de “novidade” e “originalidade”. O TRIPS ainda garante ao titular do desenho industrial o direito de impedir terceiros de utilizar o desenho para fins comerciais sem sua autorização. *Ibid.*

¹⁰⁴ As patentes são abordadas na Seção 5 da Parte II do Acordo TRIPS, entre os artigos 27 e 34. Seu estudo será aprofundado ao longo do trabalho. Vale destacar, porém, no momento, que o artigo 27.1 do TRIPS estabelece como patenteável “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos (...) desde que nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”. M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 247.

¹⁰⁵ A Seção 6 da Parte II do TRIPS (arts. 35 a 38) trata da “topografia de circuitos integrados”. O TRIPS é compatível com o “Tratado de Washington sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados” de 1989. O TRIPS e o Tratado de Washington definem “circuitos integrados”. De acordo com Maristela Basso, a “topografia de circuitos integrados ou semicondutores são “portas lógicas”, cujos componentes básicos são os “diodos” e os “transistores”, semicondutores ativos dentro de um circuito eletrônico, componentes analógicos com dois estados elétricos: condução e corte”. *Ibid.* 243-244.

¹⁰⁶ Finalmente, a proteção de informação confidencial é objeto do artigo 39 do TRIPS. Como requisitos para a proteção da informação, ela deve: (i) ser secreta ou não conhecida; (ii) possuir valor comercial; (iii) ter sido objeto de medidas razoáveis de proteção para mantê-la secreta por aqueles que legalmente tenham controle da informação. BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Nos dizeres de André Motoharu Yoshino, Pedro Cordelli Alves e Ricardo Kanashiro Syuffi Soares: “Observa-se que a propriedade intelectual é, portanto, o gênero, do qual decorre algumas espécies, como, por exemplo, a propriedade industrial e o direito autoral”. Vale mencionar, ainda, apenas a título elucidativo, as diferenças entre a propriedade industrial e o direito autoral. De acordo com os autores supracitados, a

autores afirmam que propriedade industrial pode se materializar de diversas formas, como pela concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial e a concessão de registro de marca.¹⁰⁹

Considerando o objetivo do presente trabalho, será adotada a classificação elaborada pela Organização Mundial do Comércio constante do Acordo TRIPS, o que não desmerece as demais categorizações.

Finalmente, é importante conceituar o que seria a “patente”, uma vez que se trata de termo recorrentemente utilizado em convenções, legislações e na literatura acadêmica. Como já mencionado, a patente é uma forma de proteção de propriedade intelectual prevista na Seção 5 da Parte II do Acordo TRIPS, nos artigos 27 a 34.

De acordo com Ela Wiecko Volkmer de Castilho a patente:

(...) confere a seu titular o direito de impedir terceiro, sem seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de patente, processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, bem como de obter indenização pela exploração indevida.¹¹⁰

Em conceito trazido por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, patente é:

proteção conferida pelo direito de propriedade industrial decorre de um ato administrativo, que, no caso brasileiro, pode ser a expedição da carta-patente ou de um registro de marca pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual), os quais conferem ao seu titular o direito exclusivo de exploração da invenção ou da marca. Verifica-se, assim, o caráter constitutivo da concessão do direito industrial. Por outro lado, no direito autoral, tem-se ato de natureza declaratória, uma vez que apenas com a criação da obra o autor já passa a ter direito de exclusividade sobre ela, sendo desnecessário o seu registro. Além disso, “enquanto no direito industrial a proteção abrange a forma exterior do objeto e a própria idéia inventiva, no direito autoral a proteção é conferida não à idéia em si, mas à sua forma exteriorizada”. A. M. YOSHINO – P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, pp. 58-59.

¹⁰⁹ De acordo com o comercialista Fábio Ulhôa Coelho, esses são os quatro bens imateriais protegidos pela propriedade industrial (artigo 2o, incisos I a III da Lei n. 9.279/96). Consoante a classificação trazida pelo autor, a propriedade industrial pode ser dividida entre “patentes” e “registro industrial”, o qual engloba o desenho industrial (*design*) e a marca. O registro industrial, no direito brasileiro, tem “o caráter de ato administrativo constitutivo”, que dá o direito de utilização exclusiva do desenho ou da marca ao seu detentor. O desenho industrial refere-se à forma dos objetos, servindo para conferir a eles um “ornamento harmonioso” e para “distingui-los de outros do mesmo gênero”. Já a marca é o signo, ou seja, o sinal ou símbolo, que auxilia na identificação de produtos e/ou serviços. Pela definição do autor “marca é o designativo que identifica produtos e serviços. Não se confunde com outros designativos presentes na empresa, assim o nome empresarial, que identifica o empresário e o título de estabelecimento, referido ao local do exercício da atividade econômica”. F. U. COELHO, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 112-117.

¹¹⁰ E. W. V. DE CASTILHO, *Patentes de produtos de origem biológica*, in M. F. S. PICARELLI e M. I. ARANHA (org.), *Política de patentes em saúde humana*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 72.

(...) um título outorgado pelo poder público àquele que desenvolveu uma invenção, objetivando sua exclusiva exploração industrial, embora, por si só, não conceda ao titular o direito de exploração comercial, restringindo-se a conferir-lhe a faculdade de proibir que outros o façam.¹¹¹

Tais definições encontram-se de acordo com o entendimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que define patente como um direito exclusivo garantido a uma invenção, seja ela um produto ou processo que forneça uma nova maneira de fazer algo, ou que ofereça uma nova solução técnica a um problema.¹¹² (tradução nossa)

De acordo com Patrícia Aurélia del Nero, patente pode ser definida como “um reconhecimento de direitos, por parte do Estado, a um bem imaterial ou intelectual, passível de produção e de reprodução na escala industrial, por determinado período de tempo, a um titular”.¹¹³

Convencionou-se dividir as patentes em dois grupos: um que diz respeito às invenções e outro que diz respeito aos modelos de utilidade.

Fábio Ulhôa Coelho afirma que as invenções são atos originais do gênio humano, ou seja, projeções ainda desconhecidas pelas demais pessoas. Enquanto isso, os modelos de utilidade são um novo formato de algo já existente, que traduz melhorias nas suas condições de uso ou de fabricação. Assim, discorre ele acerca do modelo de utilidade:

(...) não há, propriamente, invenção, mas acréscimo na utilidade de alguma ferramenta, instrumento de trabalho ou utensílio, pela ação da novidade parcial que se lhe agrega. É chamada, também, de “pequena invenção” e goza de proteção autônoma em relação à da invenção cuja utilidade foi melhorada.¹¹⁴

Nesse contexto, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, diz que a patente de invenção materializa-se em um documento emitido por um órgão estatal que descreve a invenção e

¹¹¹ M. DE F. F. DE SÁ – B. T. DE O. NAVES, *Manual de biodireito*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2009, pp. 242.

¹¹² “A patent is an exclusive right granted for an invention, which is a product or a process that provides, in general, a new way of doing something, or offers a new technical solution to a problem”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Patents*. Disponível em <<http://www.wipo.int/patents/en/>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

¹¹³ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

¹¹⁴ F. U. COELHO, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 113. Os modelos de utilidade também são conhecidos como “petty patents” e “innovation patents”. A respeito dos modelos de utilidade vale consultar o *website* da Organização Mundial de Propriedade Intelectual: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Protecting Innovations by Utility Models*. Disponível em <http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/utility_models/utility_models.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2017.

cujo objetivo é assegurar a exploração comercial por um tempo determinado a apenas o concessionário da patente ou com a sua autorização.¹¹⁵

Nos dizeres de André Motoharu Yoshino, Pedro Cordelli Alves e Ricardo Kanashiro Syuffi Soares, a invenção é “uma criação intelectual que tem por escopo uma solução técnica para um problema pré-existente”. Assim, entendem eles que a patente de invenção nada mais é que “um título conferido pelo Estado ao titular da invenção”, título esse que lhe permite explorar de maneira exclusiva o seu invento por um período determinado.¹¹⁶

A fim de distinguir a invenção do modelo de utilidade, discorrem os autores:

A patente de invenção é uma nova solução técnica, dotada de atividade inventiva, aplicada em escala industrial.
Já o modelo de utilidade é uma nova forma dotada de ato inventivo, aplicável em escala industrial, que tem por escopo a melhoria funcional de um objeto ou de sua fabricação.¹¹⁷

Assim, do exposto, é possível concluir que as criações intelectuais do homem lhe pertencem e podem ser protegidas pelo instituto da propriedade intelectual. De acordo com a Organização Mundial do Comércio, a propriedade intelectual é dividida em espécies, uma voltada à proteção do direito do autor (também conhecida como *copyright*) e outra voltada à proteção de todas as criações industriais, daí se chamar “propriedade industrial”. As patentes são apenas uma das formas de proteção da propriedade industrial, valendo lembrar que elas visam à proteção de invenções ou de modelos de utilidade.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Atualmente, o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual é composto por tratados e convenções administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), e

¹¹⁵ E. W. V. DE CASTILHO, *Patentes de produtos de origem biológica*, in M. F. S. PICARELLI e M. I. ARANHA (org.), *Política de patentes em saúde humana*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 70.

¹¹⁶ A. M. YOSHINO - P. C. ALVES – R. K. S. SOARES, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, p. 59.

¹¹⁷ Os autores ainda tratam de uma terceira modalidade de proteção industrial ligada às patentes: o certificado de adição, que é uma inovação no ordenamento jurídico. O certificado de adição de invenção trata-se da “proteção de uma solução técnica, obtida após o depósito do pedido, mas que, no entanto, não se trata de invenção nova, uma vez que não há a configuração da atividade inventiva em face da patente aditivada”. *Ibid.* p. 60.

pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS ou ADIPC), no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC).¹¹⁸

De maneira a facilitar o estudo desses sistemas e analisar o seu desenvolvimento histórico, recorrer-se-á, primeiramente, sobre os acordos, tratados e convenções que estão sob o âmbito de administração da OMPI, os quais, em grande parte, são anteriores ao TRIPS. Posteriormente, será aprofundado o estudo do acordo firmado aos auspícios do sistema GATT/OMC.

2.2.1 Da Convenção da União de Paris ao Tratado sobre Direitos de Patentes

Continuando o presente estudo, mostra-se imprescindível traçar um histórico a respeito dos instrumentos e marcos normativos que, de alguma forma, trataram da propriedade intelectual no âmbito internacional, antes que sobreviesse o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

Assim, primeiramente, é importante destacar a adoção da Convenção da União de Paris (CUP), de 20 de março de 1883, também conhecida como “Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial”, a qual, nos dizeres de Maristela Basso, foi o primeiro tratado multilateral de vocação universal.¹¹⁹ Tal Convenção entrou em vigor em 14 Estados em 1884 e contou com as seguintes revisões: Bruxelas, de 14.12.1900; Washington, de 02.06.1911; Haia, de 06.11.1925; Londres, de 02.06.1934; Lisboa, de 31.10.1958; Estocolmo, de 14.07.1967. Além disso, em 1891 a Convenção foi complementada por um “Protocolo Interpretativo”, em Madrid. Houve, ainda, uma emenda à CUP em 28 de setembro de 1979.¹²⁰

¹¹⁸ C. M. ADIERS, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, p. 14.

¹¹⁹ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 73.

¹²⁰ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 86. Tais informações também estão disponíveis em: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514>. Acesso em 27 de maio de 2016.

De acordo com o *website* da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a Convenção de Paris aplica-se à propriedade industrial no sentido amplo, incluindo patentes, marcas comerciais, desenhos industriais, modelos de utilidade, marcas de serviço, nome comercial, indicações geográficas e à repressão da concorrência desleal. Trata-se do primeiro acordo internacional que ajudou criadores a garantir a proteção de seus trabalhos intelectuais em outros países.¹²¹

Na visão de Patrícia Aurélia del Nero, a “Convenção da União de Paris (...) foi o primeiro instrumento internacional de caráter multilateral posto e institucionalizado no campo da propriedade intelectual e que possui disposições próprias e específicas para a proteção das patentes de invenção.”¹²²

Três anos depois, em 09 de setembro de 1886, foi elaborada a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. O texto foi revisado sete vezes (revisões de Paris, de 04 de maio de 1896; Berlim, de 13 de novembro de 1908; Berna, de 20 de março de 1914; Roma, de 02 de junho de 1928; Bruxelas, de 26 de junho de 1948; Estocolmo, de 14 de julho de 1967; e de Paris, de 24 de julho de 1971) e emendado em 28 de setembro de 1979.¹²³

É importante ressaltar que as funções administrativas, tanto da Convenção da União de Paris, quanto da Convenção da União de Berna, eram exercidas por seus respectivos escritórios (*bureaux*). Tal informação é de extrema importância, pois, como bem explica a internacionalista Maristela Basso:

(...) o “Bureau de Paris” e o “Bureau de Berna” eram secretarias internacionais que, por razões de praticidade, se uniram, em 1892, e, após receberem várias denominações, constituíram o “BIRPI – Bureaux Internationaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle”. Com o surgimento da “OMPI/WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual”, em 14 de julho de 1967, o

¹²¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Disponível em <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>>. Acesso em 27 de maio de 2016. No mesmo sentido, o artigo 1º da CUP, Revisão de Haia: “A proteção da propriedade industrial tem por objetivo os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e as indicações geográficas de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”.

¹²² P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

¹²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

BIRPI passou a ser denominado “Secretaria Internacional”, passando à administração da OMPI.¹²⁴

A assinatura das Convenções de Paris e Berna ocorre em um momento histórico em que diversas legislações nacionais tratavam dos assuntos com princípios e sistemas desarmoniosos. Assim, tratou-se de uma maneira de fixar pontos de consenso entre os países signatários.¹²⁵

Além disso, as Convenções de Paris e de Berna foram precursoras e inspiradoras para o surgimento de Convenções regionais, bilaterais e multilaterais. Destaca-se, aqui, o Tratado do México, celebrado em 1902 entre as nações da União Pan-Americana, posteriormente ampliado pela Convenção Pan-Americana do Rio de Janeiro de 1906, a qual foi responsável pela criação de um registro internacional de marcas e de todos direitos de propriedade intelectual na América.

Em 1910 foi celebrada, em Buenos Aires, outra convenção sobre propriedade intelectual de âmbito regional, a qual foi dividida em dois documentos: um sobre patentes, desenhos e modelos e outro sobre marcas de fábrica e comércio. De acordo com Maristela Basso, tal convenção foi considerada um retrocesso, pois os documentos, separados, tiraram a unicidade anteriormente conferida à matéria. Porém, em 1923 uma nova convenção foi celebrada, desta vez em Santiago do Chile, a fim de reformar a Convenção de 1910. Também foi celebrada uma Convenção em Havana em 1911, da qual pouco se fala.

Ainda, em 1929, tendo em vista o fracasso das convenções anteriores, uma nova tentativa de regular a propriedade intelectual nas Américas se deu com a assinatura da “Convenção Geral Interamericana de Proteção Marcária e Comercial”, em Washington. Tal Convenção segue a mesma estrutura da Convenção de Paris, sendo composta de uma Convenção Geral e de um Protocolo Especial que regula o registro de marcas. Em 1946, a

¹²⁴ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 91. A autora explica, mais detalhadamente: “Os *Bureaux* de Paris e de Berna, a partir de 1888, ficaram sob uma mesma direção. A experiência de quase cinco anos mostrou que a reunião dos dois *Bureaux* não apresentava nenhum inconveniente. Pelo contrário, registrou-se notável economia com a concentração das atividades e funcionários dos dois órgãos numa mesma administração. Por essas razões, o Conselho Federal Suíço decidiu confirmar, oficialmente, a reunião dos dois *Bureaux*, o que passou a se chamar “BIRPI”, através da decisão de 11 de novembro de 1892, com sede em Berna. A língua oficial, francesa, era empregada nas correspondências e redação dos periódicos. Em 1960, a sede do BIRPI foi transferida para Genebra”. Ibid. p. 124.

¹²⁵ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 19.

Convenção de Washington foi revisada por uma nova convenção também celebrada em Washington.¹²⁶

Além das Convenções Pan-Americanas acima destacadas, surgiram convenções bilaterais, multilaterais e particulares voltadas à regulação da matéria. Uma delas, destacada pela internacionalista Maristela Basso, é a “Convenção Literária, Científica e Artística”, celebrada entre o Brasil e a França em 15 de dezembro de 1913, no Rio de Janeiro.¹²⁷

De volta ao âmbito internacional após essa breve digressão, tendo em vista que a estrutura de proteção à propriedade intelectual criada pelas Convenções de Paris e de Berna já estava se mostrando arcaica e incapaz de atender às necessidades surgidas após a Segunda Guerra Mundial, mostrou-se imprescindível a criação de um novo sistema para tratar do assunto. Assim, em 1962, a Assembleia Geral da ONU adotou uma Resolução sobre a propriedade industrial – Resolução 375 (XIII) da Assembleia Geral da ONU.

Vislumbrou-se a necessidade de criar uma organização que tratasse da propriedade intelectual, instituindo mecanismos adequados para proteger e reduzir as disparidades crescentes entre os países industrializados e os países em desenvolvimento. Daí surgiu a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO)¹²⁸, criada através da Convenção de Estocolmo de 14 de julho de 1967.

¹²⁶ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 101-102 e 104.

¹²⁷ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 106.

¹²⁸ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, em inglês WIPO), criada pela Convenção de Estocolmo em 14 de julho de 1967 foi alçada ao status de Organismo Especializado da ONU em 17 de dezembro de 1974. Resumidamente, a OMPI conta com duas categorias de membros: (i) os Estados membros das Uniões de Paris e de Berna; e (ii) outros Estados que sejam membros da ONU, de algum de seus organismos especializados, da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), ou ainda, parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e que, concomitantemente, sejam convidados pela Assembleia da OMPI a fazer parte da Convenção. A Organização tem estrutura quadripartite, sendo seus quatro órgãos principais a Assembleia Geral, a Conferência, a Comissão de Coordenação e a Secretaria Internacional. Os objetivos da OMPI são, basicamente, apoiar as Uniões existentes, mantendo as atividades por elas desenvolvidas, e tomar novas iniciativas próprias. A Organização exerce seu papel através da conclusão de novos tratados internacionais, modernização das legislações nacionais, prestação de assistência técnica aos países em desenvolvimento, recolhimento e divulgação de informações, assistência na prestação de serviços que facilitem a obtenção da proteção de invenções, marcas, desenhos industriais e modelos industriais, em vários países. A OMPI administra, ainda, diversos tratados e Uniões, relativos tanto à propriedade intelectual, quanto ao direito do autor e conexos e, em razão da constante necessidade de adaptação, submete-os a estudos e conferências de revisão. Ademais, a OMPI auxilia e coopera com países em desenvolvimento para melhor proteção da propriedade intelectual e busca incentivar a cooperação entre os países membros, no que se refere ao registro internacional de marcas, desenhos e modelos industriais. Nos anos 90 a OMPI intensificou o seu programa de assistência técnico-jurídica a países em desenvolvimento, incentivando-os a

De acordo com Maristela Basso, “A OMPI unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão, existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores. A Convenção de Estocolmo destina-se à proteção da ‘propriedade intelectual’ (...)”¹²⁹ como um todo.

Em que pese à criação da OMPI pela Convenção de Estocolmo, o BIRPI subsistiu e as Uniões conservaram sua individualidade. Além disso, apesar da existência de uma organização internacional voltada à propriedade intelectual, nem todas as Convenções a ela se submeteram. Por exemplo, a “Convenção de Roma para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão” de 1961 passou a ser administrada de maneira compartilhada entre a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Outro exemplo é a “Convenção Universal sobre o Direito de Autor”, celebrada em Genebra em 1952, que nunca chegou a ser administrada pela OMPI, sendo de responsabilidade exclusiva da UNESCO.¹³⁰

Após a criação da OMPI, firmou-se, em 19 de junho 1970, o Tratado de Cooperação em Matéria de Patente (PCT), alterado em 28.09.1979, 03.02.1984 e 03.10.2001. Todos os países membros ou signatários da Convenção da União de Paris podem aderir ao PCT.

O objetivo do PCT é “facilitar e estabelecer a apresentação de pedidos de depósito de patentes no âmbito internacional”. Para tanto, o Tratado:

(...) estabelece, em nível internacional, procedimentos simplificados ou tendentes a simplificar o depósito de patentes em vários países do mundo, ou seja, a solicitação de depósitos internacionais. Outro objetivo do PCT é possibilitar o intercâmbio de informações técnicas nos documentos de patentes entre os países interessados e, igualmente, no âmbito da comunidade científica internacional.¹³¹

É o que se conclui da leitura do preâmbulo do PCT, que, inclusive, destaca o papel da cooperação internacional na consecução desses objetivos:

ingressar no sistema de proteção de propriedade intelectual ou de aperfeiçoar o sistema já vigente. Por fim, a organização é responsável pelo encorajamento e estímulo à atividade de criação, seja de indivíduos ou de empresas. Ibid. pp.130-131, 135, 143-146.

¹²⁹ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 129-130.

¹³⁰ Ibid. pp. 142-143.

¹³¹ P. A. DEL NERO, *Biotechnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 91-92.

Os Estados contratantes,
 Desejosos de contribuir para o desenvolvimento da ciência e da tecnologia,
 Desejosos de aperfeiçoar a protecção legal das invenções,
 Desejosos de simplificar e tornar mais econômica a obtenção de protecção das invenções quando a mesma for pedida em vários países,
 Desejosos de facilitar e apressar o acesso de todos às informações técnicas contidas nos documentos que descrevem as novas invenções,
 Desejosos de estimular e acelerar o progresso econômico dos países em desenvolvimento através da adopção de medidas destinadas a aumentar a eficácia dos seus sistemas legais de protecção das invenções, sejam eles nacionais ou regionais, proporcionando-lhes fácil acesso às informações referentes à obtenção de soluções técnicas adaptadas às suas necessidades específicas e facilitando-lhes o acesso ao volume sempre crescente da técnica moderna,
 Convencidos de que a cooperação internacional facilitará grandemente a realização destes objetivos,
 Concluíram o presente tratado (...) ¹³²

Além disso, vale destacar que após o advento do PCT, a OMPI passou a facultar o depósito eletrônico de pedidos internacionais de patentes através de um sistema denominado *Secure Applications Filed Electronically* (PCT-Safe).¹³³

Sobreveio então, em 1977, a assinatura do Tratado de Budapeste, também conhecido como “Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microorganismos para Efeitos do Procedimento em Matéria de Patentes” (em inglês, *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*), o qual foi modificado em 1980. Este tratado objetiva, em suma, “facilitar o depósito de culturas, estipulando que o país signatário deve exigir o depósito de microorganismos para fins de patente e deve reconhecer, para esse fim, o depósito feito em qualquer Autoridade Internacional de Depósito ou *International Depository Authority*, esteja ela em seu território ou não”.¹³⁴

Até janeiro de 2017 havia 46 autoridades internacionais de depósito¹³⁵, em diversas localidades do planeta, reconhecidas pelo Tratado de Budapeste¹³⁶.

¹³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT)*. Disponível em <<http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct.pdf>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

¹³³ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.

¹³⁴ *Ibid.* p. 89.

¹³⁵ De acordo com Aurélio Wander Bastos, uma “autoridade de depósito internacional é uma instituição científica capaz de conservar os microorganismos. Uma instituição adquire o status de autoridade de depósito internacional, quando um dos Estados contratantes dá garantias ao diretor-geral da OMPI de que a referida instituição respeitará as condições previstas no tratado.” A. W. BASTOS, *Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 32 *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 89-90. No que se refere ao depósito do material biológico, ensina Maria Margarida Rodrigues Mittelbach: “O

De acordo com o próprio resumo feito pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, a divulgação da invenção é um dos requisitos para a concessão das patentes, a qual é realizada, geralmente, por escrito. Entretanto, quando se trata do patenteamento de um microorganismo, a divulgação não pode ser feita por escrito, motivo pelo qual uma amostra do microorganismo deverá ser depositada.¹³⁷

O Tratado, assim, mostra-se vantajoso para aqueles que fazem o depósito em uma das Autoridades por ele reconhecidas, tanto do ponto de vista econômico, quanto de segurança. Conforme se extrai do *website* da OMPI:

Isso lhe trará uma economia de dinheiro, porque, ao invés de depositar o microorganismo em cada Estado contratante no qual se fizer a requisição de patente referente ao microorganismo, ele irá depositar somente uma vez, em uma autoridade de depósito. O Tratado aumenta a segurança do depositante, porque estabelece um sistema uniforme de depósito, de reconhecimento e fornecimento de amostras de organismos.¹³⁸ (tradução nossa)

A partir, porém, dos anos 70, iniciou-se um movimento de revisão dos tratados internacionais de propriedade intelectual, visto que os países chamados desenvolvidos, ou seja, Estados Unidos, Canadá e aqueles da Europa Ocidental, buscavam a implementação

depositante ao enviar o material para depósito deve atender as exigências das IDAs no tocante às formas de apresentação e número de amostras do material. De acordo com o Tratado de Budapeste a autoridade deve verificar a viabilidade do material biológico, expedir uma declaração de recebimento e de viabilidade do material, manter o material em sigilo enquanto o pedido de patente ou patente permanecerem em sigilo, manter o material biológico por no mínimo 30 anos contados da data de depósito do pedido de patente ou 5 anos após o último fornecimento de amostra, o que for mais longo”. M. M. R MITTELBACH, *Propriedade intelectual e biodiversidade*, Base de Dados Tropical, Programa Estadual para a Conservação da Biodiversidade, *apud* P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

¹³⁶ A lista completa se encontra no site da OMPI. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*, International Depositary Authorities Under Article 7 of the Budapest Treaty. Disponível em <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/registration/budapest/pdf/idalist.pdf>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Summary of the Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/registration/budapest/summary_budapest.html>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

¹³⁸ Do original: “It will save him money because, instead of depositing the microorganism in each and every contracting State in which he files a patent application referring to that microorganism, he will deposit it only once, with one depositary authority. The Treaty increases the security of the depositor because it establishes a uniform system of deposit, recognition and furnishing of samples of microorganisms”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Summary of the Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/registration/budapest/summary_budapest.html>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

de instrumentos que garantissem a execução dos tratados vigentes¹³⁹, bem como a criação de um mecanismo de solução de controvérsias.

A pressão por mudanças perdurou nos anos 80, dando início a um embate entre os países industrializados e países em desenvolvimento, aqueles buscando o acréscimo dos mecanismos supracitados na Convenção de Paris, e esses afirmando que a revisão da CUP “deveria se basear nos estudos da ‘Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD’, os quais apontavam a necessidade de se transferir tecnologia para os países em desenvolvimento.”¹⁴⁰

A internacionalista Maristela Basso se aprofunda no debate travado entre essas duas posições:

Como se vê, nos anos 80, duas eram as posições claramente colocadas no tabuleiro das negociações entre os Estados partes das convenções sobre propriedade intelectual. De um lado, aquela dos países desenvolvidos, no sentido de revisar as convenções existentes dotando-as de mecanismos que garantissem a sua efetiva execução nos Estados-Membros e, de outro, a dos países em desenvolvimento que, motivados pelos estudos da UNCTAD, buscavam a revisão das Convenções com vistas a garantir a eles a retenção do uso das licenças compulsórias e a administração das compensações pagas para os autores pelo trabalho protegido.

O debate, nas décadas de 70 e 80, partia de duas perspectivas. Para os países em desenvolvimento, a propriedade intelectual é um bem público que deve ser usado para promover o desenvolvimento econômico; para os países desenvolvidos é um direito privado que deve ser protegido como qualquer outra propriedade tangível.¹⁴¹

Nesse contexto, os Estados Unidos buscaram soluções internas para proteger os direitos de propriedade intelectual de seus nacionais, como por exemplo o a “Section 301” do “Trade Act” de 1984 e a “Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988” também conhecida como “Special 301”.¹⁴²

Concomitantemente, antes do início da Rodada Uruguai do GATT (General Agreement of Tariffs and Trade), mais especificamente, desde 1982, vinha-se discutindo a respeito da inclusão do tema de um “Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” (o TRIPS – Trade Related Aspects of Intellectual

¹³⁹ “Isso porque inexistia qualquer mecanismo de verificação do cumprimento dos deveres e obrigações dos Estados. A falta de garantias quanto à execução dos tratados encorajava a pirataria e a contrafação.” M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 147.

¹⁴⁰ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 147.

¹⁴¹ Ibid. p. 148.

¹⁴² Ibid. pp. 150-152.

Property Rights), na rodada de negociações. O objetivo era “formular um acordo multilateral sobre um nível mínimo de proteção para os direitos de propriedade intelectual”.¹⁴³

De acordo com Maristela Basso:

A inclusão do TRIPS no GATT demonstra o reconhecimento e a importância dos direitos de propriedade intelectual para o comércio internacional. Não se podia mais negar que o desenvolvimento do comércio internacional poderia ser afetado, se os standards adotados para a proteção dos direitos de propriedade intelectual divergissem de um país a outro. A negligência, regras ineficientes ou, mesmo, a inexistência de regras impositivas (obrigatórias), encorajavam a pirataria de mercadorias, além de prejudicar os interesses comerciais dos produtores, inventores, autores, programadores que possuísem ou tivessem adquirido esses direitos. Era imprescindível propor padrões mínimos de proteção, assim como procedimentos e remédios para os casos de inobservância, desrespeito e descumprimento destes direitos.

(...)

Pode-se dizer que duas são as razões fundamentais da inclusão do TRIPS no GATT: o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a segunda, a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional.¹⁴⁴

Assim, em 1994, encerrou-se a Rodada Uruguai do GATT, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e com a assinatura de diversos acordos, dentre eles o TRIPS.

Vale notar que, mesmo após o surgimento do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), a Convenção da União de Paris continua em vigor, complementando as disposições do acordo gerido pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Há, ainda, um novo tratado a respeito das patentes, mais recente que o TRIPS e administrado pela OMPI: o Tratado sobre Direito de Patentes (PLT), adotado pela Conferência Diplomática em 01 de junho de 2000 e regulamentado em 01 de janeiro de 2006. De acordo com a OMPI, o PLT tem como objetivo harmonizar e simplificar os procedimentos formais para concessão de patentes, tornando-os mais amigáveis ao

¹⁴³ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 153.

¹⁴⁴, *Ibid.*, pp. 155 e 159. Se por um lado, houve pressão dos países desenvolvidos para a inclusão da matéria no âmbito de discussão da Rodada Uruguai, os países em desenvolvimento, liderados por Brasil e Índia, opuseram-se a tal movimento, defendendo a continuação das discussões no âmbito da OMPI. Isso porque, claramente, a inclusão do tema no sistema GATT-OMC, ou seja, em um sistema de comércio internacional, era extremamente favorável aos interesses dos países centrais e de grandes empresas. NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 23.

requerente (“*user friendly*”).¹⁴⁵ O PLT é norteado pelos seguintes princípios: (i) requisitos mais favoráveis, o que permite que a parte contratante disponha sobre requisitos mais favoráveis daqueles previstos no tratado e em seu regulamento; e (ii) liberdade de regulamentação do direito substantivo de patentes, o qual prevê que as disposições do tratado não devem ser interpretadas como forma de limitação de uma parte contratante para estabelecer requisitos de direito substantivo relativo às patentes.¹⁴⁶

De acordo com Patrícia Aurélia del Nero:

O objetivo e o objeto do PLT consistem em harmonizar e, ao mesmo tempo, agilizar os procedimentos relacionados às solicitações das patentes nacionais e regionais para facilitar a tarefa dos usuários. Nesse sentido, o tratado estabelece a uniformização de um conjunto de requisitos formais aplicáveis aos requerimentos nacionais e aos regionais. Sendo assim, o objetivo do PLT, em última análise, é eliminar ou pelo menos reduzir, as diferenças de procedimentos existentes entre os sistemas de patentes nacionais, regionais e internacionais.¹⁴⁷

Além disso, o PLT estabeleceu o modelo do formulário eletrônico internacional a ser utilizado pelas partes contratantes, a simplificação de procedimentos e a facilitação da apresentação de requerimentos por meio eletrônico.¹⁴⁸

Paralelamente, vale analisar sucintamente a proteção conferida às variedades vegetais, também chamadas de “cultivares”, que se dá através da Convenção Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais, a qual estabeleceu a União Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV). A UPOV é uma organização intergovernamental, sediada em Genebra, independente e com personalidade jurídica própria, que visa criar um sistema eficaz de proteção para as variedades vegetais em benefício da sociedade. Já a Convenção da UPOV foi formalizada em 02 de dezembro de 1961, sendo revista em 10 de novembro de 1972, 23 de outubro de 1978 e 19 de março de 1991.¹⁴⁹

A Convenção da UPOV tem como objetivo principal garantir o reconhecimento de direitos aos obtentores de uma nova variedade vegetal e ao seu sucessor (obtentor), seja

¹⁴⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Summary of the Patent Law Treaty (PLT) (2000)*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/plt/summary_plt.html>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

¹⁴⁶ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 95.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 96.

¹⁴⁹ UNIÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DAS VARIEDADES VEGETAIS. Disponível em <<http://www.upov.int/portal/index.html.en>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

através da concessão de patentes para cultivares, seja por intermédio de um sistema *sui generis*.¹⁵⁰

Del Nero apresenta uma breve síntese a respeito da União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais:

As principais atividades da UPOV estão destinadas a promover a cooperação e a harmonização internacional, principalmente entre seus Estados membros, e a ajuda aos países para introduzir uma legislação relativa à proteção das obtenções vegetais. Objetivando que o comércio internacional opere de forma regular e efetiva, é necessário contar com regras uniformes ou, pelo menos, compatíveis entre os países, no tocante à proteção intelectual das variedades vegetais.¹⁵¹

A UPOV também estabelece um conjunto de princípios gerais voltados à análise dos requisitos de “distinção”, “homogeneidade” e “estabilidade das variedades vegetais”, além de ditar, especificamente, as diretrizes para aproximadamente 170 gêneros e espécies de variedades vegetais.

A UPOV realiza, ainda,

(...) atividades de cooperação, sendo que a mais importante delas é a referente ao exame das variedades. Essa atividade está baseada em Acordos, nos quais, um país membro realiza ensaios em nome de outros ou aceita os ensaios realizados por outros países membros, com base em sua decisão de reconhecer o direito do obtentor. Segundo a UPOV, mediante tais acordos, os países membros podem reduzir, ao mínimo, os custos de operação de seus sistemas de proteção e os obtentores podem solicitar proteção em vários países com valores relativamente baixos.¹⁵²

A respeito desse panorama geral traçado, conclui Patrícia Aurélio del Nero:

A partir da análise dos tratados e das convenções internacionais administrados pela OMPI e que disciplinam a propriedade intelectual, verifica-se que essas prescrições normativas multilaterais encontram espaço e fundamentam-se: na Convenção da União de Paris (patentes de invenção); no âmbito do Tratado de Budapeste (disciplina o depósito de cultura e de material biológico, especialmente vocacionado para a proteção da biotecnologia); no contexto do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT) e no contexto da proteção das cultivares, estabelecida na Convenção da UPOV.¹⁵³

¹⁵⁰ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 96-98 e 100.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 96.

¹⁵² *Ibid.* p. 97.

¹⁵³ *Ibid.* p. 101.

2.2.2 O TRIPS e suas revisões

Relevante para o estudo da propriedade intelectual a análise do Acordo TRIPS, bem como as principais mudanças que o documento sofreu ao longo de suas revisões.

A matéria relativa à propriedade intelectual foi inserida em discussões de rodadas do GATT que antecederam a criação da OMC, por pressão dos Estados Unidos da América e de outros países desenvolvidos. Inclusive, dentro do grupo de discussão a respeito de “novos temas”, a propriedade intelectual e sua relação com o comércio internacional era recorrentemente trazida à tona.¹⁵⁴

Além disso, a estrutura multilateral da Organização Mundial de Propriedade Intelectual aliada ao fato de não contar com mecanismos de controle para coibir o descumprimento dos tratados internacionais por ela geridos, corroboraram para a inserção do tema no âmbito do sistema GATT-OMC.¹⁵⁵

O TRIPS compõe o Anexo 1-C do “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”. Vale lembrar que a OMC foi criada na Rodada Uruguai do GATT, com o fim de conduzir as relações comerciais internacionais de seus membros.¹⁵⁶

¹⁵⁴ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

¹⁵⁵ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 20.

¹⁵⁶ A Organização Mundial do Comércio foi criada em 1995 como resultado de inúmeras negociações entre os países, vindo a substituir o modelo bipolar das relações internacionais pelo modelo multipolar. P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 104. O artigo I da Rodada Uruguai do GATT estabeleceu como objetivo principal da OMC “a constituição de um quadro institucional comum para a condução das relações comerciais entre seus membros nos assuntos relacionados aos acordos e instrumentos legais regulamentados naquele Tratado Internacional”. A OMC trata-se de um foro multilateral de negociações entre seus membros naquilo que se refere às relações comerciais entre eles. Compete à organização “administrar o entendimento relativo às normas de procedimentos que regem a solução de controvérsias, denominado entendimento sobre solução de controvérsias (ESC)” e “administrar o mecanismo de exame das políticas comerciais, denominado MEPC”. Quanto às decisões tomadas no âmbito da OMC, prevalece o consenso entre os países membros, ou seja, uma “matéria é tida como decidida quando nenhum dos membros presentes objeta formalmente a decisão proposta”. Ibid. pp. 104-106. Tem como funções, previstas em seu artigo 3º: “a) cuidar da aplicação, administração, funcionamento e execução do conjunto de Acordos que a constituem; b) ser o foro para as negociações entre seus Estados membros acerca das relações comerciais multilaterais descritas nos seus Acordos constitutivos, bem como o foro para negociações ulteriores entre seus membros neste domínio, bem como se encarregar da aplicação dos resultados destas negociações, conforme decisão da Conferência Ministerial; c) administrar o mecanismo de exame das políticas públicas, de acordo com o previsto no Anexo 3; d) cooperar com o Fundo Monetário Internacional e com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, bem como com seus organismos conexos.” M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 171-172.

Verifica-se, pois, que houve um deslocamento da disciplina acerca da propriedade intelectual da Organização Mundial da Propriedade Intelectual para a Organização Mundial do Comércio, o que resultou em um esvaziamento das atribuições da OMPI. Entretanto, importante lembrar que a OMPI e a OMC firmaram um convênio de cooperação, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1996, pelo qual as duas organizações se comprometem e se responsabilizam a colaborar com países menos desenvolvidos e em desenvolvimento para estabelecer normas em suas legislações internas a respeito da propriedade intelectual. Além disso, a OMPI também se comprometeu a assessorar a OMC na normatização internacional ou multilateral da propriedade intelectual.¹⁵⁷

Ao ler o preâmbulo do TRIPS é possível identificar os principais objetivos do Acordo, quais sejam, “reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional”, considerando “a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual”, bem como “a necessidade de assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo”.¹⁵⁸

Para tanto, é necessário que os Estados-Partes se comprometam com:

- a) a aplicação dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
- b) o estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
- c) o estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
- d) o estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre os Governos.¹⁵⁹

Quanto ao seu alcance, o TRIPS estabelece um padrão mínimo (“*standard mínimo*”) de proteção que deve ser seguido pelos Estados-partes, não os obrigando à uma proteção mais ampla que aquela prevista no Acordo (artigo 1.1).

Além disso, o TRIPS tem oito princípios gerais, quais sejam: (i) princípio do “*single undertaking*”¹⁶⁰; (ii) princípio do tratamento nacional¹⁶¹; (iii) princípio da nação

¹⁵⁷ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 109.

¹⁵⁸ Preâmbulo do TRIPS. BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

¹⁵⁹ Ibid.

mais favorecida¹⁶²; (iv) princípio do esgotamento internacional dos direitos (exaustão)¹⁶³; (v) princípio da transparência¹⁶⁴; (vi) princípio da cooperação internacional¹⁶⁵; (vii) princípio da interação entre os tratados internacionais¹⁶⁶; e (viii) princípio da interpretação evolutiva¹⁶⁷.

De acordo com Shubha Ghosh, a OMC e o TRIPS têm uma estrutura participativa federada. Isso significa que os signatários do Acordo TRIPS devem ser vistos como entes soberanos e independentes que operam sob o manto de restrições do acordo, o qual

¹⁶⁰ Previsto no art. 2º, incisos 2 e 3 da Ata Final da Rodada Uruguai, também chamado de Acordo Constitutivo da OMC. Prevê que não é possível aderir a somente uma parte dos Acordos, com exceção dos “Acordos Comerciais Plurilaterais” do Anexo 4. O princípio do *single undertaking* visa garantir a unidade, o equilíbrio e a lógica estrutural do sistema formado pelos Acordos Constitutivos da OMC. M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 178-179.

¹⁶¹ Previsto no art. 3.1 do TRIPS, o princípio do tratamento nacional prevê que “cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados (...)”. BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

¹⁶² O princípio da nação mais favorecida já existia no GATT-1947 e está previsto no artigo 4º do TRIPS, de seguinte teor: “Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros”. *Ibid.*

¹⁶³ Conforme o princípio da exaustão (art. 6º), o direito de exclusão comercial do titular de um direito de propriedade intelectual se exaure no momento em que ele introduz o produto patenteado (protegido) no comércio ou consente que um terceiro o introduza. O esgotamento pode ser nacional (limitado ao comércio interno de um Estado), internacional (previsto no TRIPS), ou supranacional (que ocorre no âmbito do Mercado Comum Europeu). M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 181.

¹⁶⁴ De fácil compreensão, o princípio da transparência, trazido no art. 63 do TRIPS, dispõe que “os Estados-Partes se comprometem a publicar, ou tornar público, as leis e regulamentos finais de aplicação relativos à matéria objeto do Acordo, de tal forma que os governos e os titulares dos direitos de propriedade intelectual deles tomem conhecimento”. Também se exige que acordos relativos à propriedade intelectual, que estejam em vigor entre o governo ou agência governamental de um membro e o governo ou agência governamental de outro membro sejam publicadas. *Ibid.* p. 183.

¹⁶⁵ O princípio da cooperação internacional, também conhecido como cooperação externa, está balizado na premissa de que a OMC, a OMPI e outras organizações internacionais relevantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual devem prestar assistência mútua e contínua. De acordo com o artigo 68, parte final, do TRIPS: “O Conselho para TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização”. *Ibid.* pp. 184-185.

¹⁶⁶ O artigo 2º do Acordo TRIPS deixa claro que a Convenção de Paris, a Convenção de Berna, a Convenção de Roma e o Tratado Sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados continuam vigentes. De acordo com o princípio ora analisado, tais documentos possuem uma relação de interação e não de conflito. *Ibid.* p. 187.

¹⁶⁷ Em razão da dinamicidade, as cláusulas do TRIPS podem, e até mesmo devem, ser diferentemente interpretadas ao longo do tempo ou em virtude de diferenças socioeconômicas dos diferentes Estados-Partes. De acordo com Maristela Basso, “o TRIPS estabelece os padrões mínimos de proteção a serem observados pelos Estados-Partes, os quais se comprometem a incorporá-los, submetendo-se às sanções previstas no Acordo.” *Ibid.* p. 188.

funciona como uma “constituição” para os Estados-Membros. Sob os termos dessa constituição, os membros devem respeitar certos direitos de propriedade de seus cidadãos, bem como estendê-los a cidadãos de outros Estados-membros, em virtude do princípio do tratamento nacional.

Os Estados-membros também podem aplicar limitações a tais direitos, desde que seguidas as regras substantivas e procedurais do Artigo 31 (sobre licenças compulsórias) e regras substantivas do Artigo 30 (aplicáveis a outros direitos de limitação).

Sobre o caráter participativo, o autor afirma significar “que os Estados membros têm espaço para moldar a estrutura dos direitos e poderes dentro dos contornos gerais do TRIPS”. Assim, podem definir direitos de propriedade intelectual de muitas maneiras dentro das previsões gerais do acordo. Ele ressalta a importância dessa “experimentação”, argumentando que o TRIPS não é um documento uniforme, mas que permite adaptações para que os objetivos políticos, sociais e econômicos dos membros sejam alcançados.¹⁶⁸

As normas previstas no Acordo TRIPS podem ser separadas em três categorias. A primeira é a categoria das “normas substantivas” ou “normas de observância”, que delineiam os padrões mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual. A segunda categoria é das “normas de procedimentos”, as quais trazem remédios civis, administrativos, penais, medidas cautelares e de fronteiras voltados à aplicação e efetividade das normas substantivas. Por fim, a terceira e última categoria é a das “normas de resultado”, que fixam a extensão do ressarcimento voltado à compensação de um dano sofrido pelo titular de um direito de propriedade intelectual ou a extensão do ressarcimento em casos “de abuso dos procedimentos de aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, prevenção e solução de controvérsias”.¹⁶⁹

O que mais interessa no âmbito do presente estudo são as normas substantivas do TRIPS, que tratam da proteção à propriedade intelectual em todas suas categorias: direito do autor e conexos; marcas; indicações geográficas; desenhos industriais; patentes; topografia de circuitos integrados; e proteção de informação confidencial.

¹⁶⁸ S. GHOSH, *Reflection on the Traditional Knowledge Debate*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 2003, pp. 501-502.

¹⁶⁹ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 192.

Vale destacar ainda a criação do Conselho do TRIPS, previsto no artigo 68 do Acordo, nos seguintes termos:

O Conselho para TRIPS supervisionará a aplicação deste Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos membros, das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecerá a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual, relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias. No desempenho de suas funções, o Conselho do TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização.¹⁷⁰

O Conselho é responsável não somente pela atividade de monitoramento da aplicação do TRIPS, mas também de coordenação e sistematização das alterações e revisões das disposições do Acordo. Ademais, o Conselho tem a missão de mediar diálogos por vezes conflituosos entre países membros a respeito de interesses e posições divergentes.¹⁷¹

Outro ponto a ser destacado é que o sistema da OMC se diferencia do sistema submetido à OMPI, uma vez que permite a aplicação de sanções comerciais. Ou seja, são previstos mecanismos de prevenção e de solução de controvérsias, que possibilitam retaliações no âmbito comercial contra os países membros que descumpram certas regras. Tais mecanismos são inexistentes no âmbito da OMPI.¹⁷²

Após a entrada em vigor do TRIPS, foram realizadas Conferências Ministeriais da OMC, as quais redefiniram algumas pautas e onde se travaram importantes discussões a respeito de temas como biotecnologia, recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

A primeira conferência realizada após a criação da Organização Mundial de Comércio foi a Conferência Ministerial de Singapura, realizada entre 09 e 13 de dezembro de 1996. Na ocasião, discutiu-se assuntos genéricos relativos ao Acordo Geral da OMC, principalmente relacionados ao primeiro ano de atividades da Organização, com foco nos

¹⁷⁰ BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 26 de janeiro de 2017.

¹⁷¹ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 123.

¹⁷² C. M. ADIERS, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, p. 15.

mecanismos institucionais e estruturais dos organismos criados pela OMC, como por exemplo, o Órgão de Solução de Controvérsias.¹⁷³

Posteriormente, a Conferência Ministerial de Genebra, realizada no período de 18 a 20 de maio de 1998 manteve o caráter amplo das discussões empreendidas na Conferência Ministerial de Singapura, podendo-se destacar os seguintes temas:

(...) reconhecimento da importância do sistema multilateral do comércio ao crescimento, emprego e estabilidade, por meio da promoção da liberalização e expansão do comércio; afirmação da necessidade de manutenção dos mercados abertos como elemento basilar para a obtenção de solução para as dificuldades de alguns membros com os distúrbios dos mercados financeiros.¹⁷⁴

Verifica-se que, até o momento, não houve a inclusão de assuntos polêmicos que levariam à polarização e acirramento de discussões entre os países membros. Entretanto, a Conferência de Seattle, ocorrida entre 30 de novembro e 03 de dezembro de 1999, resultou em um impasse quanto aos temas que deveriam ser incluídos na nova rodada de negociações. De acordo com Patrícia Aurélia del Nero, o motivo para os conflitos de interesse residiu nos diferentes pontos de vista a respeito de quais setores econômicos deveriam ser liberalizados. Ela afirma que a partir dessa Conferência começou a se delinear um cenário de enfrentamento à hegemonia dos países desenvolvidos. Assim, “Seattle marca o início de um movimento de insurgência e resistência quanto aos efeitos nocivos do neoliberalismo e da globalização, em nível mundial.”

Isso porque, “os países menos desenvolvidos, as organizações não governamentais, especialmente as ambientalistas e a sociedade mundial, como um todo, começam a perceber os efeitos concretos em seus países e em suas vidas quanto às discussões e as normas levadas a efeito pela OMC.”¹⁷⁵

Assim o tema da propriedade intelectual foi inserido na relação para debate, discussão e revisão. Nesse contexto, alguns Estados solicitaram a inclusão das disposições contidas na Convenção da Diversidade Biológica no TRIPS. Além disso, alguns países em desenvolvimento também solicitaram:

¹⁷³ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 124. E: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *La primera Conferencia Ministerial de la OMC*. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/min96_s.htm>. Acesso em 23 de abril de 2017.

¹⁷⁴ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 125.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 127.

(...) a proibição de patenteamento de invenções realizadas com material genético estrangeiro; a proteção da propriedade intelectual de natureza moral e econômica dos conhecimentos tradicionais de comunidades locais e indígenas; o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual dos titulares coletivos; a ampliação da lista de não patenteabilidade para incluir medicamentos considerados essenciais pela Organização Mundial da Saúde (OMS); estender os incentivos à promoção de transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento em relação aos países desenvolvidos membros da OMC. Além da revisão dos objetivos e princípios contidos no TRIPS para torná-los efetivos e operacionais, o apoio aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos a realizarem a transferência de tecnologia sobre bases comerciais mais razoáveis, bem como a prorrogação do prazo de entrada em vigor das patentes para setores tecnológicos que não eram protegidos pelos países de menor nível de desenvolvimento.¹⁷⁶

A Conferência de Seattle também foi de extrema importância no que tange à inclusão da disciplina da biotecnologia na revisão do TRIPS. Tal inclusão foi uma iniciativa dos Estados Unidos e se refere, especialmente, à aplicabilidade industrial de produtos e processos biotecnológicos na agropecuária. Propôs-se, ainda, que “entre os objetivos das negociações conste o exame de disciplinas que garantam que o comércio de produtos da biotecnologia agropecuária se baseie em procedimentos transparentes, previsíveis e adequados”.¹⁷⁷

De acordo com Patrícia Aurélia del Nero, tal proposta é propositalmente evasiva, pois a inserção da disciplina da biotecnologia no contexto das negociações da OMC relativas à agricultura favorece empresas e grandes corporações transnacionais atuantes nessa área.¹⁷⁸

Além disso, durante a Conferência de Seattle, Bolívia, Colômbia, Equador, Nicarágua e Peru apresentaram uma proposta de emenda a respeito da propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais de comunidades locais e indígenas. Constava da proposta o seguinte:

- a) Na condução de estudos, com colaboração de outras organizações internacionais competentes, com a finalidade de formularem recomendações a respeito da forma mais adequada de reconhecimento e proteção dos conhecimentos tradicionais como objeto de direitos de propriedade intelectual.
- b) No início das negociações, com base nas recomendações formuladas, com vistas ao estabelecimento de um marco normativo que permita uma proteção jurídica eficaz às expressões e manifestações desses conhecimentos.

¹⁷⁶ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 127-128.

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação dos Estados Unidos*, WT/GC/W288, de 04 de agosto de 1999.

¹⁷⁸ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 128.

c) Na conclusão do marco normativo previsto no item *b* em tempo hábil para que se faça parte dos resultados desta rodada de negociações comerciais.¹⁷⁹

Já o Japão apresentou uma proposta referente aos organismos geneticamente modificados (OGM), nos seguintes termos:

(...) faz-se necessário que a OMC examine a questão do comércio dos produtos geneticamente modificados, relacionando-o com seus demais Acordos, levando em conta e simultaneamente os resultados e os progressos alcançados nos foros internacionais e em outras partes. Ao se examinar questões relacionadas com os organismos geneticamente modificados, dever-se-á considerar os seguintes aspectos:

- 1) as grandes perspectivas da engenharia genética devem ser reconhecidas de maneira adequada;
- 2) o impacto da engenharia genética e suas aplicações na esfera do meio ambiente e da saúde humana deverão ser cuidadosamente avaliados, de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos mais avançados; e
- 3) deve ser dispensada atenção especial à preocupação dos consumidores em relação à engenharia genética.¹⁸⁰

Tal proposta foi relativamente importante, uma vez que os organismos geneticamente modificados estão inseridos no âmbito da biotecnologia. Além disso, trata-se de proposta abrangente, que se preocupa não somente com questões relativas ao comércio, mas também com os consumidores dos OGM e com o meio ambiente.

Em resumo: “As questões que mais repercutiram em Seattle estavam relacionadas com as indicações geográficas, a protecção da propriedade intelectual em material de invenções biotecnológicas e das variedades vegetais”.¹⁸¹

Entre 09 e 12 de dezembro de 2001, foi realizada a Conferência Ministerial de Doha. De acordo com Patrícia Aurélia del Nero, foi proposta uma agenda abrangente e longa de negociações. A propriedade intelectual foi, novamente, um dos temas de destaque. Na Declaração Ministerial de Doha foi tratada, mais especificamente, a questão do TRIPS e sua relação com a saúde pública, sendo

(...) ressaltado que o princípio da saúde pública se impõe no acordo, implicando que devem ser interpretados de modo a promover o acesso da população aos medicamentos. No que se refere às epidemias, bem como ao combate à AIDS fica franqueada a possibilidade de os Estados membros determinarem os motivos que podem gerar as licenças compulsórias, ou seja, as licenças que permitem a fabricação dos produtos patenteados sem o consentimento do seu titular. Além

¹⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação apresentada por Bolívia, Colômbia, Equador, Nicarágua e Peru*, WT/GC/W/362, de 12 de outubro de 1999.

¹⁸⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação apresentada pelo Japão*, WT/GC/W/365, de 12 de outubro de 1999.

¹⁸¹ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 451.

do mais, esse acordo não limita a possibilidade de os Estados membros da OMC estabelecerem seus próprios regimes de importação paralela.¹⁸²

Ademais, ao longo da Conferência Ministerial de Doha, o Brasil¹⁸³, juntamente com outros países em desenvolvimento (China, Índia, Tailândia, Venezuela, Equador, Paquistão, Cuba, República Dominicana, Zâmbia e Zimbábue), lançou uma proposta de emenda ao Acordo TRIPS para inclusão de certos requisitos para a aquisição de direitos patentários, quais sejam: “(a) identificação da fonte e do país de origem do recurso biológico e dos conhecimentos tradicionais utilizados na invenção; (b) prova de consentimento prévio informado da autoridade nacional do país de origem; e (c) repartição justa e equitativa de benefícios sob o regime nacional do país de origem.”¹⁸⁴

Tal proposta foi apoiada por Colômbia, Filipinas, Indonésia, Quênia e Egito. A Comissão Europeia e a Noruega mostraram-se abertos ao debate do tema proposto, ao contrário dos Estados Unidos e Japão, que foram resistentes.¹⁸⁵

¹⁸² P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 133; e ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001. Conforme consta da “Declaração relativa ao Acordo TRIPS e a saúde”, adotada em 14 de novembro de 2001, os Estados-membros “3. Reconhecem que a proteção da propriedade intelectual é importante para o desenvolvimento de novos medicamentos. Reconhecem igualmente as preocupações a respeito de seus efeitos sobre os preços. 4. Convencionam que o Acordo TRIPS não impede e nem deverá impedir que os Membros adotem medidas para proteger a saúde pública. Em consequência, ao mesmo tempo em que reiteramos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, afirmamos que o Acordo pode e deverá ser interpretado e aplicado de uma maneira que apoie o direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso aos medicamentos para todos. A esse respeito, reafirmamos o direito dos Membros da OMC de utilizar, ao máximo, as disposições do Acordo TRIPS, que dão flexibilidade para tal efeito. 5. Em consequência, e à luz do parágrafo 4 supra, ao mesmo tempo que mantemos os compromissos que contraímos no Acordo TRIPS, reconhecemos que essas flexibilidades incluem: a) Ao aplicar as normas consuetudinárias de interpretação do direito internacional público, cada disposição do Acordo TRIPS será lida à luz do objeto e fim do Acordo, tal como expressa, em particular, nos seus objetivos e princípios. b) Cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias e a liberdade de determinar as bases sobre as quais se concedem tais licenças. c) Cada Membro tem o direito de determinar o que constitui uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, ficando entendido que as crises de saúde pública, incluídas as relacionadas à HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias podem representar uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência. (...)” (tradução nossa).

¹⁸³ A respeito da atuação do Brasil na Conferência de Doha: “(...) o Brasil teve atuação decisiva nos entendimentos que levaram à adoção de texto com obrigações mais flexíveis, ressaltando que o princípio de saúde pública se sobrepõe no acordo. Isso significa que deve ser interpretado de modo a promover o acesso da população aos medicamentos. No caso de epidemias e combate a AIDS está consolidada a liberdade de os Estados-Membros determinarem os motivos que podem gerar licenças compulsórias”. L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 453.

¹⁸⁴ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 136. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, IP/C/W/356, de 24 de junho de 2002.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 137.

Em sequência, no período de 10 a 14 de setembro de 2003, realizou-se a Conferência Ministerial de Cancun, a qual teve como foco as discussões sobre regras multilaterais para proteção de indicações geográficas.¹⁸⁶ Também foi levantada a necessidade de se examinar o parágrafo 3 do artigo 27 do Acordo TRIPS, no que diz respeito à diversidade biológica e aos conhecimentos tradicionais.

As Notas Informativas da Conferência trazem as principais propostas relativas ao assunto que foram apresentadas desde a finalização da Conferência de Doha:

UE (IP/C/W/383): inclui uma proposta para examinar o requisito de que os solicitantes de patentes divulguem a origem do material genético; as consequências jurídicas de não respeitar esse requisito deveriam se situar fora do âmbito de direitos de patentes.

Suíça (IP/C/W/400): propõe uma modificação do Regulamento do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT) da OMPI e, por consequência, do Tratado sobre Direitos de Patentes (PLT) da OMPI, com o fim de que as legislações nacionais exijam aos solicitantes de patentes que declarem a fonte dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais. O descumprimento deste requisito pode fazer com que a tramitação da solicitação não siga adiante ou que afete sua validade.

Bolívia, Brasil, Cuba, Equador, Índia, Peru, República Dominicana, Tailândia e Venezuela (IP/C/W/403): neste documento se desenvolvem as propostas anteriores sobre a divulgação das fontes dos recursos biológicos e dos conhecimentos tradicionais, o “consentimento prévio fundamentado” (termo que se utiliza na Convenção sobre Diversidade Biológica) para exploração desses recursos e conhecimentos, assim como a distribuição equitativa de benefícios. Este grupo de países deseja que o Acordo do TRIPS se modifique para fazer com que a divulgação seja obrigatória. No documento se examinam também os pontos fracos de métodos alternativos, tais como os contratos.

Grupo Africano (IP/C/W/404): neste documento se examinam as possíveis esferas de acordo e divergência, e se inclui um projeto de decisão sobre os conhecimentos tradicionais desenhado para impedir a “apropriação indevida”. O

¹⁸⁶ De acordo com as Notas Informativas da Conferência Ministerial de Cancun, após a Conferência de Doha foram apresentadas duas propostas distintas a respeito das indicações geográficas. A primeira se trata de um “documento conjunto”, formado por dois documentos, o TN/IP/W/5, apresentado por Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Filipinas, Guatemala, Honduras, Japão, Namíbia, Nova Zelândia, República Dominicana e Taipei, e o TN/IP/W/6, apresentado por Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Nova Zelândia e Estados Unidos. Este grupo de países propunha a criação de um sistema voluntário, conforme o qual as indicações geográficas seriam registradas em uma base de dados. Os países que fizessem parte do sistema seriam obrigados a consultar o sistema, enquanto que os países que não participassem do sistema seriam recomendados a consulta-lo, porém não seriam obrigados a fazê-lo. De outro lado, a “proposta da União Europeia” (documento IP/C/W/107/Rev.1 e documento TN/IP/W/3), apresentado por Bulgária, Chipre, Comunidade Europeia e seus Estados membros, Eslovênia, Geórgia, Hungria, Islândia, Malta, República de Maurício, Moldávia, Nigéria, República Tcheca, Eslováquia, Romênia, Sri Lanka, Suíça e Turquia, objetivava estabelecer a presunção de que a indicação geográfica registrada estará protegida nos demais países. Também havia um grupo de países (Bulgária, China, Eslovênia, Hungria, Quênia, Liechtenstein, República de Maurício, Nigéria, Paquistão, República Tcheca, Eslováquia, Sri Lanka, Tailândia, Turquia e União Europeia) interessados em elevar o nível de proteção outorgado a vinhos e destilados, previsto no artigo 23 do Acordo TRIPS. Outro grupo de países (Japão, Taipei, alguns países asiáticos, Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Argentina, e vários países da América Latina) reputava o nível de proteção conferido pelo artigo 22 adequado. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Negociaciones, aplicación y labor del Consejo de los ADPIC*. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/brief_s/brief06_s.htm#geographical%20indication>. Acesso em 23 de abril de 2017.

Grupo Africano deseja que se proibam patentes sobre todas as formas de vida (plantas, animais e microorganismos), assim como uma proteção *sui generis* para as obtenções vegetais a fim de preservar o direito dos agricultores de utilizar e compartilhar as sementes colhidas. Propõe requisitos de divulgação similares aos contidos no documento IP/C/W/403 (*supra*).¹⁸⁷

Apesar das discussões e propostas, não houve avanço expressivo e tampouco a tomada de decisões concretas em relação aos assuntos anteriormente tratados na reunião de Doha, como as patentes farmacêuticas e a Convenção de Diversidade Biológica.¹⁸⁸

Posteriormente, entre 13 e 18 de dezembro de 2005, foi realizada a Conferência Ministerial de Hong Kong. Foi dada ênfase às questões relativas às indicações geográficas, bem como à compatibilização de normas de propriedade intelectual internacional, a área da saúde pública e a Convenção de Diversidade Biológica.¹⁸⁹

A Sétima Conferência Ministerial da OMC aconteceu em Genebra, entre 30 de novembro e 2 de dezembro de 2009. O tema geral da discussão foi “A OMC, o sistema comercial multilateral e o ambiente econômico mundial atual”. Nessa Conferência, o Conselho para o TRIPS deixou claro em seu relatório que a questão da relação entre o TRIPS, a Convenção de Diversidade Biológica e a proteção de conhecimentos tradicionais e folclóricos continuaria sendo discutida com base em contribuições e propostas dos próprios Membros.¹⁹⁰

A Conferência Ministerial seguinte também ocorreu em Genebra, entre 15 e 17 de dezembro de 2011. Nessa oportunidade, o Conselho do TRIPS continuou a discussão a respeito do TRIPS, CDB e conhecimentos tradicionais, destacando-se a apresentação do Protocolo de Nagoya¹⁹¹ na Conferência de Partes da Convenção de Diversidade Biológica, que havia ocorrido em outubro de 2010. Desse modo, houve uma sugestão para que o

¹⁸⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Negociaciones, aplicación y labor del Consejo de los ADPIC*. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/brief_s/brief06_s.htm#geographical%20indications>. Acesso em 23 de abril de 2017.

¹⁸⁸ P. A. DEL NERO, *Biotecnología – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 145. Ver parágrafos 29 e 40 da Declaração Ministerial de 18 de dezembro de 2005: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Declaración Ministerial*, WT/MIN(05)/DEC, de 22 de dezembro de 2005. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/final_text_s.htm>. Acesso em 23 de abril de 2017.

¹⁹⁰ “Por consiguiente, dado que la práctica seguida en las anteriores reuniones del Consejo era que los delegados abordaran estos tres puntos del orden del día conjuntamente, se siguió procediendo de esa manera sobre la base de las contribuciones de los Miembros.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Annual Report (2009) of the Council for TRIPS*, IP/C/52, de 05 de novembro de 2009.

¹⁹¹ “Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity”.

Secretariado do CDB fosse convidado a informar ao Conselho do TRIPS a respeito dos resultados advindos do Protocolo de Nagoya.¹⁹² Destaca-se também que, na reunião do Conselho do TRIPS que fora realizada em 07 junho, a Bolívia havia apresentado um documento intitulado “Article 27.3(b) and the Legalization of Biopiracy: Trends, Impacts and Why it Needs to Be Amended”(IP/C/W/554).¹⁹³ Da Declaração Ministerial final, porém, não houve menção a tais assuntos, havendo destaque aos elementos de orientação política e às questões debatidas, relativas à resistência ao protecionismo, acordos regionais, segurança alimentar e a implantação das negociações da Rodada Doha (WT/MIN(11)/11).

Entre 3 e 6 de dezembro de 2013, realizou-se a Conferência Ministerial de Bali, na Indonésia, mais focalizada na retomada das negociações comerciais, principalmente relacionadas à agricultura. O Acordo de Facilitação do Comércio foi um dos resultados da Conferência.¹⁹⁴ À Declaração Ministerial de Bali (WT/MIN(13)/DEC) e as posteriores que a acompanharam deu-se o nome informal de “Pacote de Bali”.¹⁹⁵

A décima Conferência Ministerial ocorreu em Nairóbi, entre 15 e 19 de dezembro de 2015, e culminou na adoção do “Pacote de Nairóbi” (“*Nairobi Package*”), que é a reunião de seis decisões ministeriais sobre agricultura, algodão e assuntos relacionados a países menos desenvolvidos.¹⁹⁶

Do exposto é possível concluir a existência de uma estreita relação entre o comércio internacional e os direitos de propriedade intelectual, motivo pelo qual a matéria foi objeto de regulamentação pelo TRIPS e sujeita à administração da Organização Mundial do Comércio. Ademais, resta evidente que a temática relativa à biotecnologia, ao acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais foi recorrentemente trazida às reuniões e Conferências Ministeriais, não se limitando ao âmbito da Organização das

¹⁹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Annual Report (2011) of the Council for TRIPS*, IP/C/59, de 07 de novembro de 2011.

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Article 27.3(b) and the Legalization of Biopiracy: Trends, Impacts and Why it Needs to be Amended*, Communication from the Plurinational State of Bolivia, IP/C/W/554, de 26 de março de 2011.

¹⁹⁴ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, *IX Conferência Ministerial da OMC (Bali, 2013)*. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/697-xi-conferencia-ministerial-da-omc-bali-2013>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

¹⁹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *El Paquete de Bali y las decisiones de noviembre de 2014*. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm#baliministerialdeclaration>. Acesso em 23 de abril de 2017.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Tenth WTO Ministerial Conference*. Disponível em <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/mc10_e.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

Nações Unidas. Cumpre, enfim, aguardar pela próxima Conferência Ministerial que acontecerá em Buenos Aires, na Argentina, entre 11 e 14 de dezembro de 2017.

2.3 REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Nesse momento, é necessário analisar o arcabouço jurídico-normativo da propriedade industrial, ou seja, quais são os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que tratam do tema e quais as principais regras por eles estabelecidas.

Os dois princípios basilares da Convenção da União de Paris são: a) o tratamento nacional, segundo o qual todos seus Membros gozam, em todos os outros países da União, das vantagens concedidas por suas leis; e b) o tratamento unionista, pelo qual as disposições mais vantajosas do Direito da União prevalecem sobre disposições nacionais (artigo 2º).¹⁹⁷

Patrícia Aurélia del Nero destaca as principais disposições da Convenção da União de Paris. A autora chama de “procedimento nacional” a concessão do mesmo direito de proteção às solicitações vindas do próprio país ou do exterior. A autora também cita o direito de prioridade, também conhecido como “prioridade unionista”, segundo a qual:

(...) quando uma patente é solicitada em um determinado país signatário ou membro da Convenção, o solicitante terá 12 meses para requerer a patente em qualquer outro país, também signatário, e a data do pedido será aquela apontada na primeira solicitação da patente.¹⁹⁸

Além disso, a CUP garante a autonomia e independência das decisões dos países membros, no sentido de que uma patente pode ser concedida em um país e, concomitante, negada em outro.¹⁹⁹ Ademais, “cada país membro ou signatário da Convenção pode conceder licenças não voluntárias para evitar abusos no exercício dos direitos patentários, como a não exploração industrial do invento”.²⁰⁰

Fábio Ulhoa Coelho ressalta que o Brasil é um país *unionista*, ou seja, signatário da Convenção de Paris e que, em razão disso, aqui vigoram princípios e normas consagrados

¹⁹⁷ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 75-76.

¹⁹⁸ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

¹⁹⁹ Estabelece o artigo 4 *bis* da CUP que: “As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União”.

²⁰⁰ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

em tal convenção. Ele destaca o princípio da assimilação (chamado por del Nero de “procedimento nacional”), pelo qual é proibida a distinção entre nacionais e estrangeiros no que tange o direito industrial. Também menciona o princípio da prioridade (denominado por del Nero de “direito de prioridade”), que permite que qualquer cidadão de um país signatário da CUP reivindique prioridade de patente ou registro industrial no Brasil, desde que obtida semelhante concessão em seu país de origem anteriormente; tal princípio equivale para o autor “à eliminação das fronteiras nacionais, para fins de proteção da propriedade industrial” em todos países signatários da Convenção.²⁰¹

A Convenção da União de Paris (CUP) estabelece os requisitos universais para a patenteabilidade de invenções e de modelos de utilidade, quais sejam: a novidade, a atividade inventiva e a aplicabilidade industrial.

A novidade é entendida como o desconhecimento da criação pela comunidade científica, técnica ou industrial, ou seja, pelos *experts* da área. Já a atividade inventiva refere-se ao progresso trazido pela invenção, afastando-a do chamado “estado da técnica”.²⁰² Por fim a aplicação industrial relaciona-se à possibilidade de aproveitamento industrial da invenção ou do modelo de utilidade.

O comercialista Fabio Ulhoa Coelho ainda traz um quarto requisito à concessão de patentes: o não impedimento²⁰³. De acordo com ele, a lei proíbe o patenteamento de determinadas invenções ou modelos de utilidade²⁰⁴. No Brasil, tais proibições estão previstas no artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), podendo se destacar a vedação de patentear aquilo que for contrário à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas, além de substâncias resultantes de transformação

²⁰¹ F. U. COELHO, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 120-121.

²⁰² Estado da técnica é assim definido pela regra 33.1 da Regulamentação do PCT: “(...) prior art shall consist of everything which has been made available to the public anywhere in the world by means of written disclosure (including drawings or other illustrations) and which is capable of being of assistance in determining that the claimed invention is or is not new and that it does or does not involve an inventive step (i.e. that it is or is not obvious), provided that the making available to the public occurred prior to the international filing date.”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Regulations under the Patent Cooperation Treaty*. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/texts/pdf/pct_regs.pdf> Acesso em 2 de setembro de 2017.

²⁰³ O requisito de “não-impedimento” citado por Fábio Ulhoa Coelho encontra guarida apenas no Acordo TRIPS, no qual, como se verá adiante, há certas restrições impostas ao patenteamento. A Convenção de Paris não previa quaisquer restrições ao patenteamento em nenhuma área tecnológica, deixando ao livre arbítrio das partes a imposição de proibições que lhes fossem convenientes. V. A. BERTOINA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 89.

²⁰⁴ F. U. COELHO, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 113-114.

do núcleo atômico e seres vivos, no todo ou em parte, exceto se forem seres transgênicos.²⁰⁵

A Convenção, que “foi o primeiro instrumento internacional de caráter multilateral posto e institucionalizado no campo da propriedade intelectual, possui disposições próprias e específicas para a proteção das patentes de invenção”.²⁰⁶

Diferentemente da Convenção da União de Paris, o Acordo TRIPS tem um vasto número de princípios gerais, quais sejam: (i) princípio do *single undertaking*; (ii) princípio do tratamento nacional; (iii) princípio da nação mais favorecida; (iv) princípio do esgotamento internacional dos direitos (exaustão); (v) princípio da transparência; (vi) princípio da cooperação internacional; (vii) princípio da interação entre os tratados internacionais sobre a matéria; e (viii) princípio da interpretação evolutiva.²⁰⁷

O TRIPS, atualmente, prevê a possibilidade de patenteamento de produtos e processos em diversos setores tecnológicos, desde que cumpridos certos requisitos e que não se tratem de matérias não patenteáveis. Os requisitos para a patenteabilidade estão previstos na primeira parte do artigo 27.1 do TRIPS, nos seguintes termos: “(...) 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 (...)”.²⁰⁸

De acordo com Maristela Basso, os termos “passo inventivo” e “passível de aplicação industrial”, devem ser entendidos como “não óbvio” e “utilizável”, respectivamente. Além disso, a internacionalista afirma que essa primeira parte do artigo foi uma concessão feita pelos países em desenvolvimento, aos países desenvolvidos, uma

²⁰⁵ De acordo com a lei brasileira os seres transgênicos são organismos que expressam, “mediante a intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais” (art. 18, parágrafo único, Lei nº 9.279/96). BRASIL, *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 26 de maio de 2016.

²⁰⁶ P. A. DEL NERO, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

²⁰⁷ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 178-187. Tendo em vista que o conteúdo de tais princípios já foi destrinchado anteriormente, eles não serão novamente analisados aqui.

²⁰⁸ BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

vez que se comprometeram a não estabelecer exceções à patenteabilidade além daquelas previstas no TRIPS²⁰⁹.

Já Alberto do Amaral Júnior, ao tratar especificamente do patenteamento de plantas e vegetais, leciona a respeito dos requisitos elencados:

A novidade se consuma, segundo a legislação de numerosos países desenvolvidos, quando o produto ou o processo biotecnológico não tinha existência prévia. O passo inventivo ou a não obviedade representa um certo nível de intervenção técnica, promovida pelo homem, sobre a arte anterior que não seja óbvia a uma pessoa de habilidade ordinária naquela matéria.²¹⁰

Vê-se, portanto, que os requisitos para a patenteabilidade previstos no TRIPS não diferem daqueles da CUP: novidade, atividade inventiva e susceptibilidade de aplicação industrial.

Já a segunda parte do artigo 27.1 trata da “cláusula de não-discriminação” nos seguintes termos: “(...) 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”.²¹¹

Importante anotar, a respeito desta cláusula, que nada impede um país de adotar em sua legislação interna licenças obrigatórias, bastando que não discriminem imponham uma discriminação em relação ao local de invenção, ao seu setor tecnológico e ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.²¹²

Finalmente, uma das regras mais interessantes a ser estudada é a ressalva prevista nos artigos 27.2 e 27.3 do TRIPS, os quais têm a seguinte redação:

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:

²⁰⁹ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 229.

²¹⁰ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 668.

²¹¹ BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017. As exceções à segunda parte do artigo 27.1 são as previsões do artigo 65, parágrafo 4, artigo 70, parágrafo 8 e artigo 27, parágrafo 2 do TRIPS.

²¹² M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 230.

- 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 sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.²¹³

Verifica-se que, diferentemente da Convenção de Paris, o TRIPS prevê restrições quanto à possibilidade de patenteamento em certas áreas tecnológicas. Tais restrições encontram justificativa no equilíbrio de interesses entre os detentores dos direitos e dos usuários. Nesse sentido: “(...) os direitos exclusivos concedidos são geralmente submetidos a uma série de limitações e exceções, que objetivam encontrar um ponto ideal no balanço entre os interesses legítimos dos detentores dos direitos e dos usuários.”²¹⁴ (tradução nossa)

Como se vê, o artigo 27.2 prevê a possibilidade de países Membros vetarem o patenteamento de invenções que possam afetar a ordem pública ou a moralidade, bem como quando necessária a proibição do patenteamento para proteger a vida e a saúde humana, animal ou vegetais, e, ainda, para evitar danos ao meio ambiente.

Na lição de Maristela Basso, as exceções previstas em tal artigo, bem como na alínea “a” o artigo 27.3, não geram grandes controvérsias. É bem aceito que não podem ser patenteadas invenções por questões prejudiciais à ordem pública, à saúde, à moralidade e ao meio ambiente. Também não há grandes discussões acerca da impossibilidade de se patentear métodos médicos, diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos, tanto para tratamento de seres humanos, quanto de animais²¹⁵.

²¹³ BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf/view>>. Acesso em 27 de maio de 2016.

²¹⁴ Do original: “(...) the exclusive rights given are generally subject to a number of limitations and exceptions, aimed at fine-tuning the balance that has to be found between the legitimate interests of right holders and of users.”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *What are intellectual property rights?*. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel1_e.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

²¹⁵ A autora cita Berman e Lambrecht, os quais afirmam que já houve a proteção de alguns poucos procedimentos médicos nos Estados Unidos, um dos únicos países a admitir a patenteabilidade na área. M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 231.

Seguindo a mesma lógica dos artigos 27.2, os artigos 7(c) e 8º, ambos da Convenção sobre Diversidade Biológica, preveem a possibilidade dos Estados identificarem processos e atividades prejudiciais ao meio ambiente.²¹⁶

A polêmica reside, portanto, na alínea “b” do artigo 27.3, fruto de uma proposta da Comunidade Europeia durante a Rodada do Uruguai. Interessante notar, inicialmente, a divergência existente entre as versões original e a traduzida, adotada pelo Decreto nº 1.355/94 no Brasil, que pode gerar uma interpretação diversa daquela pretendida no TRIPS. Lê-se no original: “3. Members may also exclude from patentability: (...); (b) plants and animals other than microorganisms, and essentially biological processes for the production of plants and animals other than non-biological and micro-biological processes.”

Na tradução constante na lei brasileira, porém, está previsto que: “Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: (...) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos.”²¹⁷ O texto é ambíguo, pois poder-se-ia entender que os “processos essencialmente biológicos” também seriam uma exceção à exclusão, juntamente com os microorganismos.

Porém, o que se conclui do texto original é que a intenção era excluir da patenteabilidade animais, plantas e “processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais”. Por outro lado, permite-se que “microorganismos” e “processos não biológicos e microbiológicos” sejam patenteados.

²¹⁶ Um caso notório em que se negou a concessão de patente com base em prejuízo ao meio ambiente, é narrada por Alberto do Amaral Júnior: “O Greenpeace protestou, no caso Sistemas Genéticos das Plantas, contra a outorga de patente a uma invenção voltada ao desenvolvimento de plantas e sementes que resistem a certos tipos de herbicida, por serem prejudiciais ao meio ambiente. O Conselho Técnico de Apelação do Escritório Europeu de Patentes confirmou, na oportunidade, a posição manifestada em outras ocasiões, segundo a qual a ordem pública abarca a proteção ambiental.” No caso dos medicamentos, a atuação do Brasil resultou na adoção de regras flexíveis para que fosse atingida a proteção à saúde. A Declaração de Doha assim estatuiu: “Nós salientamos a importância que concedemos à implementação e interpretação do Acordo sobre o Comércio de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPs) de maneira a apoiar a saúde pública, promovendo o acesso aos medicamentos existentes, à pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos e, nesse sentido, adotamos uma declaração em separado.” O autor Alberto do Amaral Júnior ainda sugere que a interpretação do artigo 27.2 se dê à luz do princípio da precaução: “Tais flexibilidades, no caso do art. 27.2 do TRIPs, compreendem a não concessão de patente às inovações lesivas à conservação da biodiversidade e prejudiciais ao meio ambiente. É recomendável que o art. 27.2 seja interpretado à luz do princípio de precaução que, segundo alguns autores, é parte integrante do direito internacional consuetudinário. A patente não deverá ser concedida, sob esse ângulo, às invenções que possam causar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente, fato que lhe dá grande abrangência, pois será preciso apenas demonstrar as evidências que indicam a probabilidade do dano.” A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 668-669.

²¹⁷ BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

Ou seja,

(...) todos os tipos de microorganismos são patenteáveis, “transgênicos” ou não, desde que preencham os requisitos de patenteabilidade. Nos transgênicos existe a intervenção direta do homem na composição genética do microorganismo, que não alcançaria aquela característica em suas condições naturais.²¹⁸

Ademais, ressalta-se que a falta de conceituação pelo Acordo de termos utilizados no artigo, como “microorganismos” e “processos essencialmente biológicos e não biológicos” enseja a diversidade de interpretações quanto à extensão da proteção por patentes.²¹⁹

Tendo em vista a nebulosidade de tais artigos, o “Brasil sugeriu aos membros do TRIPS, através de um comunicado enviado à OMC²²⁰, a revisão do artigo 27.3(b), para que, entre outras coisas, fossem definidos, tecnicamente, os conceitos de “microorganismos”, assim como de “processos essencialmente biológicos”, “não biológicos” e “microbiológicos”. Sustentou o governo brasileiro que a não definição técnica desses termos pode ensejar a concessão de patentes sem o adequado preenchimento dos requisitos de novidade, passo inventivo e aplicação industrial, com a consequente perda destes critérios”, o que poderia levar à restrição de pesquisas e à concessão de rígidos direitos exclusivos de exploração do material genético.²²¹

Levando isso em consideração, a Diretiva Europeia sobre Biotecnologia definiu que os “processos essencialmente biológicos” se restringiriam aos fenômenos da natureza, quais sejam, cruzamento e seleção natural, enquanto que “processo microbiológico é aquele que produz material pertencente à microbiologia”. Já os “microorganismos” foram definidos “ora como organismos microscópios ou ultramicroscópicos, ora como organismos unicelulares.”²²²

²¹⁸ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 232.

²¹⁹ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 147.

²²⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Review of article 27.3(b), Comunicação do Brasil*, IP/C/W/228, de 24 de novembro de 2000. Destaca-se do documento: “Patentes amplas sobre micro-organismos, plantas e animais resultam em direitos de monopólio para a exploração da matéria patenteada, restringindo assim, a exploração de tais recursos. Ademais, as patentes sobre um recurso genético dos membros, mas conferida fora do seu território levanta o problema de conflito potencial com o princípio da soberania das partes contratantes da CDB sobre seus próprios recursos genéticos.”

²²¹ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 90.

²²² A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 670.

Uma das principais questões polêmicas decorrentes da dificuldade de interpretação dos termos utilizados no Acordo, reside na patenteabilidade ou não de réplica de uma substância encontrada na natureza. O TRIPS nada menciona sobre o assunto, ensejando a discussão entre países acerca dessa possibilidade, tendo em vista que ela tem grande impacto na indústria farmacêutica de base biotecnológica. Os Estados Unidos e alguns países europeus admitem a patenteabilidade de substâncias encontradas na natureza, sempre que isolada ou apresentada na forma purificada. Outros países, por sua vez, afirmam que nesse caso não haveria invenção, requisito essencial para a patenteabilidade, mas tão somente um “descobrimento”.²²³

Para Maristela Basso, a réplica de substância encontrada na natureza não é invenção, e, portanto, não pode ser patenteada. Para ela, o TRIPS expressamente determina que a matéria patenteável é “qualquer invenção de produto ou de processo” que “envolva um passo inventivo” (art. 27.1 do TRIPS).

Por fim, cumpre elucidar a questão da proteção de variedades vegetais. O artigo 27.3, “b”, prevê a possibilidade das variedades vegetais serem protegidas tanto por meio de patentes, quanto por meio de um sistema “sui generis”, ou ainda por uma combinação de ambos.

Na lição de Alberto do Amaral Júnior, a expressão utilizada pelo artigo 27.3(b) do TRIPS, “sistema *sui generis* eficaz”, não é clara, porém parece se referir à Convenção Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais.²²⁴

Assim, aos Estados fica facultada a adoção do regime da União para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), que implementou a Convenção Internacional de Proteção de Novas Variedades de Plantas (Genebra, 1961; modificada em 1978 e 1991). Tal Convenção, justamente, admite para as variedades vegetais a proteção via patentes ou através do regime especial “sui generis”.²²⁵

Diferentemente do Acordo TRIPS, os requisitos previstos para a proteção de variedades vegetais no regime da UPOV são: distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade. A distinguibilidade é a capacidade de distinguir a variedade, através de uma ou várias características, de todas as demais existentes que sejam notoriamente

²²³ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 232.

²²⁴ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 671.

²²⁵ M. BASSO, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 233.

conhecidas.²²⁶ A homogeneidade, por sua vez, diz respeito à reprodução sexuada e multiplicação vegetativa da variedade vegetal, enquanto a estabilidade refere-se a capacidade da variedade manter suas características essenciais, mesmo após reproduções ou multiplicações sucessivas.²²⁷

A dúvida que paira sobre qual a melhor forma de proteção a ser utilizada, o direito de propriedade industrial ou o direito melhorista, já foi objeto de decisões proferidas na jurisprudência de outros países. De acordo com a lição de Patrícia Aurélia Del Nero:

(...) os Estados Unidos e alguns países da Europa adotam, paralelamente, as duas formas de regulamentação e existem casos reconhecidos e dupla incidência da legislação em um mesmo objeto, ou seja, sobre a cultivar.

Cabe aqui registrar um caso que se tornou conhecido internacionalmente, foi o ocorrido em 1980 entre as partes *Diamonds versus Chakrabarty*, julgado pela Suprema Corte Americana. A decisão, nesse caso, consistiu na concessão e na manutenção de patente sobre uma bactéria, obtida por processo artificial. Essa decisão anulou as determinações iniciais do Escritório de Patentes dos Estados Unidos (esfera administrativa, que faz as vezes do INPI brasileiro) que entendia que “coisas vivas” não podiam ser patenteadas, devendo ser protegidas por outras formas de regulamentação referentes à proteção de plantas e suas variedades (direito melhorista).

A fundamentação daquele Tribunal consistiu no argumento de que a bactéria não era o resultado do trabalho da natureza, mas da “descoberta” de um inventor, preenchendo, pois, os critérios de novidade e utilidade, podendo, portanto, ser patenteada.

Em 1978, o Tribunal da Irlanda adotou decisão contrária à concessão de patente nessa área. Essa decisão envolveu uma variedade de fungo, isolada a partir de amostras de solo, depositada para identificação em uma instituição governamental, que havia sido “cultivada” e não fabricada ou montada e que, portanto, não era passível de proteção por patente. Essa mesma hipótese foi submetida na Austrália, ao exame do “Comissário de Patentes” e recebeu decisão semelhante à adotada nos Estados Unidos pela Suprema Corte: caso o fungo tivesse sido obtido por um método microbiológico, controlado pelo homem, produzindo um organismo novo, com propriedades úteis, a patente poderia ser concedida. A questão básica que envolve esses casos de proteção, por via de patentes ou de cultivares, diz respeito ao método empregado (por consequência, também ao processo) para criação do organismo (produto).

Em 1985, nos Estados Unidos, no julgamento *Ex parte Hibberd*, a Comissão de Apelação e Interferências de Patentes, do Escritório Americano de Patentes, analisou a questão que lhe foi submetida à interpretação, referente às formas de vida vegetal. Nesse caso específico, que envolve a proteção de vegetais, também, houve conflito quanto à aplicação da lei. Ou seja, se deveriam ser aplicadas ao caso as condições do mecanismo de funcionamento da patente ou do direito de melhorista. A decisão adotada foi pela aplicação da lei de patentes, pois essa proteção pode ser concedida, desde que a forma de vida cumpra os requisitos essenciais dessa proteção. A UPOV (União Internacional de Proteção de Novas Variedades de Plantas) insurgiu-se em face dessa decisão; contudo, sua objeção foi rejeitada, mantendo-se o patenteamento da planta.

²²⁶ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 672. A respeito da notoriedade, insta destacar: “Essa notoriedade pode ser estabelecida em referência a vários elementos, tais como: cultivo ou comercialização já em curso, inscrição efetuada ou pendente num registro de variedades, inclusão numa coleção de referência ou descrição precisa numa publicação.”

²²⁷ *Ibid.*

Em 1988, o Escritório de Patentes e Marcas Registradas dos Estados Unidos permitiu o patenteamento de camundongos, sendo concedida uma patente em favor da Universidade de Harvard para uma variedade de camundongo extremamente suscetível ao câncer.

(...)

Os casos das jurisprudências internacionais destacados revelam que em havendo a dupla possibilidade de proteção, por intermédio das patentes e do direito de melhorista, a opção feita, em termos interpretativos, tem sido sempre no sentido da primeira forma de proteção. Essa é a tendência que pode ser observada nos Estados Unidos e na Europa, e que poderia manifestar-se, em tese, no Brasil, pois as duas formas de regulamentação estão sendo implantadas no ordenamento jurídico.²²⁸

Tal questão é analisada também por Alberto do Amaral Júnior:

As nações mais desenvolvidas parecem interessadas em criar um amplo sistema de proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual para as plantas, integrado tanto pela tutela das variedades surgidas com o concurso de métodos de produção, inclusive com o auxílio da engenharia genética, quanto pela proteção patentária para as invenções biotecnológicas aplicáveis à agricultura, cabendo a escolha, em cada caso, ao titular dos direitos protegidos.

Vale recordar, a esse respeito, que durante longo tempo a patente destinava-se a salvaguardar apenas os produtos e processos industriais. Os notáveis avanços no campo da microbiologia e a evolução sem par da engenharia genética estão na raiz de iniciativas que favoreceram o patenteamento de organismos vivos.²²⁹

Finalmente, tendo em vista todas as discussões a respeito da biotecnologia e variedades vegetais e a falta de consenso em relação a tais temas, levantou-se a possibilidade de revisão do artigo 27.3 “b”, *in fine*, após quatro anos da entrada em vigor do Acordo TRIPS.

²²⁸ P. A. DEL NERO, *Propriedade intelectual – a tutela jurídica da biotecnologia*, 2^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 299-300 e 303.

²²⁹ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 674.

PARTE II

3. COMUNIDADES E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

3.1 CONCEITOS

Inicialmente, dever-se-á analisar o conceito de “comunidades tradicionais”, para, posteriormente, adentrar na definição e no estudo dos “conhecimentos tradicionais”.

3.1.1 Comunidades Tradicionais

Não há dúvidas de que a conceituação do termo “comunidades tradicionais” não é tarefa fácil, tendo em vista que muitos conceitos apresentam ambiguidades ou problemas técnicos (de tradução, por exemplo), o que dificulta na definição de populações ou comunidades tradicionais.²³⁰

O Grupo de Estudos sobre Populações Indígenas do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) tinha como posição acordada que não era necessário e, tampouco, desejável a elaboração de uma definição formal do que seriam os “povos indígenas”. Em 1997, o grupo chegou à conclusão de que uma definição global seria impossível, bem como desnecessária para a adoção de uma Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas.²³¹

Andressa Caldas, por sua vez, critica a tentativa de conceituar as “comunidades tradicionais”, afirmando que:

(...) a delimitação teórica das condições ideais, modelos ou padrões contemporâneos que pretendam traçar um panorama descritivo das comunidades tradicionais seria, no mínimo, incoerente e falsa. Incoerente, porque estabelecer definições fechadas de realidades díspares e dinâmicas se opõe frontalmente ao discurso que vem sendo construído neste trabalho acadêmico. Falsa, porque a

²³⁰ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 19.

²³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *The Concept of Indigenous Peoples*, Department of Economic and Social Affairs, PFII/2004/WS.1/3.

formulação de características comuns a estas comunidades contradiz sua natureza, que é diversa e variada.²³² (tradução nossa)

Ademais, há de se levar em conta que existem incontáveis “comunidades tradicionais” ao redor do mundo, as quais possuem diferentes línguas, religiões, organizações políticas, sociais e jurídicas²³³, dentre outros. Assim, inegável que agrupá-las sob o manto de um único conceito estanque mina a própria diversidade que lhes é inerente.

Nesse sentido, Fernanda Kaingang, do INBRAPI (Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual), afirmou, em uma mesa de discussão a respeito de conhecimentos tradicionais, que expressões como “populações indígenas” e “comunidades locais” se prestam a massificar uma enorme diversidade social, tendo em vista que somente no Brasil existem seringueiros, extrativistas, ribeirinhos, caiçaras, andirobeiras, pescadores, babaçueiros, além de 230 povos indígenas, todos com culturas, línguas, organizações sociais e sistemas jurídicos próprios.²³⁴

Em que pese tal posicionamento, mostra-se importante elucidar os diversos conceitos ou ao menos tentativas de conceituação e caracterização dos chamados “povos tradicionais”, de forma a facilitar o presente estudo.

Em verdade, há uma ampla gama de termos similares utilizados em documentos, tratados, convenções e na doutrina, como “populações tradicionais”, “populações nativas”, “populações tribais”, “povos indígenas” e suas variações, o que nos força a uma análise abrangente dessas expressões e seus significados.

Primeiramente, em 26 de junho de 1957, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção nº 107 de 05 de junho de 1957, intitulada de “Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais”, da qual se extrai:

Artigo 1º

1. A presente Convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;

²³² A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 85.

²³³ *Ibid.* p. 93.

²³⁴ F. KAINGANG, *Conhecimentos Tradicionais e Circulação de Informação* in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 45-46.

b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

2. Para os fins da presente convenção, o termo “semitribal” abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional.²³⁵

Posteriormente, sobreveio a Convenção nº 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 27 de junho de 1989, que revisou a Convenção anterior. Em seu artigo 1º constou:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.²³⁶

As Convenções são geralmente lembradas como dois dos instrumentos jurídicos internacionais pioneiros a tratar dos povos indígenas e tribais. Em seus artigos elaboram conceitos, trazendo as características relevantes a respeito de tais grupos. Interessante notar algumas distinções entre a Convenção de 1957 e a de 1989. Na segunda deixou-se de utilizar o termo “estágio menos avançado” para tratar das condições sociais e econômicas de tais grupos. Ademais, abandonou-se a conceituação de “povos semitribais”. Por outro lado, ambas as Convenções ressaltam o valor das tradições e costumes para tais

²³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957*. Disponível em <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em 27 de abril de 2017. Versão original: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957*. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107>. Acesso em 27 de abril de 2017.

²³⁶ BRASIL, *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 29 de abril de 2017.

populações, bem como das distinções sociais, econômicas e culturais que apresentam em face ao restante da sociedade. Em relação aos indígenas propriamente ditos, as Convenções chamam atenção ao fato de serem povos que estavam no território colonizado antes da “época da conquista” e que mantiveram suas instituições intactas.

Em 1992, no bojo da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (também conhecida como “Conferência do Rio”, “ECO-92” e “Cúpula da Terra”), foi assinada a Agenda 21²³⁷, que trata, em suma, de um plano de ação para que todos países se comprometessem com o desenvolvimento ambiental sustentável. Em seu capítulo 26, a Agenda 21 abordou a questão das populações indígenas, podendo ser extraído de seu item 1 que:

As populações indígenas e suas comunidades têm uma relação histórica com suas terras e, em geral, descendem dos habitantes originais dessas terras. No contexto deste capítulo, o termo “terras” abrange o meio ambiente das zonas que essas populações ocupam tradicionalmente. As populações indígenas e suas comunidades representam uma porcentagem significativa da população mundial. Durante muitas gerações, eles desenvolveram um conhecimento científico tradicional holístico de suas terras, recursos naturais e meio ambiente. (...) Sua capacidade de participar plenamente das práticas de desenvolvimento sustentável em suas terras tendeu a ser limitada, em consequência de fatores de natureza econômica, social e histórica. (...) Tendo em vista a inter-relação entre o meio natural e seu desenvolvimento sustentável e o bem estar cultural, social, econômico e físico das populações indígenas (...).²³⁸

Não se trata de um conceito propriamente dito, porém a Agenda 21 apresenta características importantes das populações indígenas, como a relação histórica que mantêm

²³⁷ “A Agenda 21 é um plano de ação adotado mundialmente, nacionalmente e localmente por organizações do sistema das Nações Unidas, governos e entidades em todas as áreas que o homem impacta no meio ambiente. A Agenda 21, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Declaração de Princípios sobre Florestas foram adotadas por mais de 178 países na Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, Brasil, de 3 a 14 de junho de 1992. A Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS) foi criada em 1992 para assegurar o efetivo acompanhamento da Conferência das Nações Unidas, para monitorar e reportar sobre a implementação dos acordos em nível local, nacional, regional e internacional. Foi convencionado que uma revisão do progresso da Cúpula da Terra ocorreria em 1997 por reunião especial da Assembleia Geral das Nações Unidas. A implementação total da Agenda 21, do Programa para Implementação da Agenda 21 e o comprometimento com os Princípios do Rio foram fortemente reafirmados na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+10), ocorrida em Johannesburgo, África do Sul, de 26 de agosto a 4 de setembro de 2002.” (tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Agenda 21*. Disponível em <<https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>>. Acesso em 30 de abril de 2017. O Ministério do Meio Ambiente traz um pequeno resumo acerca da Agenda 21: “(...) pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Agenda 21*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em 29 de abril de 2017.

²³⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Agenda 21 Global*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap26.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2017.

com as suas terras, os conhecimentos que detêm sobre os recursos naturais e o meio ambiente, bem como a adoção de práticas ambientalmente sustentáveis.

Também em 1992, a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), adotada na Conferência do Rio (ECO-92), trouxe importantes elementos caracterizadores dos povos tradicionais, conforme se depreende do artigo 8(j): “(...) comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (...)”.²³⁹

A Diretiva Operacional 4.10 de 2005 do Banco Mundial apresenta um conceito de “povos indígenas”, nos seguintes termos:

(...) grupo distinto, vulnerável, social e cultural que possua as seguintes características em diferentes graus:

- (a) auto-identificação como membros de um grupo cultural indígena distinto, sendo que os outros reconhecem esta identidade;
- (b) ligação coletiva²⁴⁰ a habitat geograficamente distinto ou a território ancestral na área do projeto e a recursos naturais neste habitat e território;
- (c) instituições culturais, econômicas, sociais ou políticas tradicionais separadas da sociedade e cultura dominante; e
- (d) um idioma indígena, muitas vezes diferente do idioma oficial do país ou região.²⁴¹

²³⁹ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biosseguranca/item/7513-conven%25C3%25A7%25C3%25A3o-sobre-diversidade-biol%25C3%25B3gica-cdb>>. Acesso em 20 de maio de 2017. Interessante apontar que a Convenção não menciona os “agricultores”, os quais também possuem modos de vida e tradições extremamente importantes para a conservação da diversidade biológica. De acordo com Viviane Alves Bertogna, a explicação é que os direitos dos agricultores já haviam sido objeto de regulamentação no âmbito da FAO (Food and Agriculture Organization), “sob o Sistema Global para a Conservação e Utilização dos Recursos Genéticos Vegetais (*Global System for the Conservation and Utilization of Plant Genetic Resources*), nos termos de um acordo de caráter não obrigatório, aberto a qualquer Estado-Membro da ONU, o *International Undertaking on Plant Genetic Resources*, cujos objetivos são “assegurar a exploração, coleta, conservação, avaliação, utilização e disponibilidade de recursos genéticos vegetais de importância presente e futura, para fins de pesquisa científica, novas obtenções vegetais e conservação dos recursos genéticos. Tal acordo regulamentava pontos comuns à Convenção da Diversidade Biológica e passou por revisões para com ela se harmonizar. Em 2001 transformou-se no “International Treaty on Plant Genetic Resources”, prevendo os “Direitos dos Agricultores”, geralmente conhecidos como “Farmer’s Rights”. V. A. BERTOIGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 22.

²⁴⁰ Importante para melhor compreensão do assunto transcrever o conceito elaborado pelo Banco Mundial para a expressão “ligação coletiva”: “(...) significa que por gerações existe a presença física nas terras e territórios e uma ligação econômica a eles, tradicionalmente de propriedade, uso ou ocupação do grupo interessado, inclusive áreas que possuem um significado especial, tais como os locais sagrados. “Ligação coletiva” também se refere à ligação de grupos transitórios / nômades ao território, que utilizam esta área de forma sazonal ou cíclica”. BANCO MUNDIAL, *Manual Operacional do Banco Mundial*, OP 4.10, pp. 3-4. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2017.

²⁴¹ BANCO MUNDIAL, *Manual Operacional do Banco Mundial*, OP 4.10, pp. 3-4. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2017.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 26 de fevereiro de 1997, previu em seu artigo 1º: “Esta Declaração aplica-se aos povos indígenas, bem como àqueles cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cujo *status* jurídico é, parcial ou totalmente, regulado por seus próprios costumes e tradições ou por regulamentos ou leis especiais.”²⁴²

Em 2016, porém, foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos a “Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, a qual cuida de afastar a definição do termo “povos indígenas”, dando preferência, em seu artigo I.2, ao critério da autoidentificação: “A autoidentificação como povos indígenas será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente Declaração. Os Estados respeitarão o direito à dita autoidentificação como indígena na forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo indígena.”²⁴³ (tradução nossa)

Ainda no âmbito regional, é possível destacar a Decisão nº 391 do Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos, adotada em 1996, que define “comunidade indígena, afro-americana ou local” como:

(...) o grupo humano cujas condições sociais, culturais e econômicas o distinguem de outros setores da coletividade nacional, que está regido por seus próprios costumes ou tradições e por uma legislação especial, e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conserva suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou parte delas.²⁴⁴

De acordo com o Dicionário de Geografia Humana, publicado pela Oxford University Press, o termo “povo indígena” é aquele utilizado “para definir culturas derivadas de ou enraizadas em uma terra ou espaço específico. O termo se refere

²⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em <<https://cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>. Acesso em 09 de maio de 2017.

²⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/Res.2888 (XLVI-O/16). Disponível em <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2017. O Projeto da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas também ressaltou a questão da autoidentificação, dispondo em seu artigo 8º que “os povos indígenas têm o direito coletivo e individual de manter e desenvolver suas identidades e características distintas, incluindo o direito de se identificarem como indígenas e de serem reconhecidos como tal”.

²⁴⁴ COMUNIDADE ANDINA, *Decision No. 391 establishing the Common Regime on Access to Genetic Resources*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=223610>. Acesso em 08 de julho de 2017.

especificamente aos povos com relações ancestrais e espirituais significativas com a terra que posteriormente foram colonizadas pelas sociedades colonizadoras.”²⁴⁵ (tradução nossa)

No Dicionário de Direito, a definição de povos indígenas é mais extensa:

Aquelas pessoas e nações que têm uma continuidade histórica com as sociedades pré-invasão e pré-colonização que se desenvolveram em seus territórios e que consideram a si mesmas diferentes de outros setores da sociedade agora prevaletentes em tais territórios (ou em parte deles). Formando um setor não-dominante da sociedade prevaletente, eles exibem a determinação de preservar, desenvolver, e transmitir para as futuras gerações os territórios ancestrais, e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como pessoas, de acordo com seus próprios padrões culturais, instituições sociais, e sistemas legais. Exemplos de povos indígenas incluem os Sami (Lapões) na Escandinávia e os Cymry (Galeses) no Reino Unido.²⁴⁶ (tradução nossa)

Na doutrina, Andressa Caldas assinala que “a ampla denominação de ‘comunidade’ associada ao qualificativo ‘tradicional’ vem sendo utilizado para designar os povos ou o conjunto de pessoas que estão ligados culturalmente, ancestralmente” (tradução nossa). Ela ressalta que a expressão “comunidades tradicionais” tem origem nas ciências sociais, onde é usualmente encontrada em estudos antropológicos, e afirma, ainda, que a antropologia clássica costuma distinguir as comunidades ditas tradicionais das sociedades “modernas” ou “complexas”, através de critérios divisores.²⁴⁷

Como características primordiais desses povos tradicionais, ela destaca, em suma: (i) uma concepção diversa da natureza e dos modos de produção; (ii) uma organização social distinta; (iii) o predomínio da ideia de coletividade; (iv) o forte papel desempenhado pela cultura; e (v) a estreita vinculação com seu território.²⁴⁸

Em seu trabalho a autora adota a seguinte definição de “comunidades tradicionais”:

²⁴⁵ N. CASTREE – R. KITCHIN – A. ROGERS, *A Dictionary of Human Geography*, Oxford University Press, 2016.

²⁴⁶ J. LAW – E. A. MARTIN, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 7 ed., 2014.

²⁴⁷ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 86.

²⁴⁸ A autora traz o ensinamento de Fernando Antônio de Carvalho Dantas, o qual afirma que a contraposição entre o individualismo (das sociedades modernas) e o coletivismo, supõe a existência de racionalidades distintas e, conseqüentemente, de modelos de sociedade diferentes, com identidades diversas. Ela acrescenta: “Quando se ressalta o coletivismo como uma característica que predomina na maior parte das comunidades tradicionais, não se quer afirmar que ditas sociedades ignoram ou renegam totalmente a esfera individual de seus integrantes. Apenas se quer dizer que, geralmente, na conformação social de tais grupos, o sujeito se encontra no interior da estrutura e não como opositor ou suporte da mesma.” Quanto à vinculação dos povos com seus territórios, importante destacar que está intrinsecamente relacionada à sua sobrevivência. As referências culturais dos povos dependem do território e do meio ambiente onde se encontram, sendo determinantes para sua própria existência. Desse modo, a perda do território implica necessariamente a dissolução desses povos. Assim, em suma, os “territórios possuem uma importância espiritual, social, cultural, política e econômica para a sobrevivência das comunidades tradicionais.”. *Ibid.* pp. 89 e 91-92.

(...) grupo humano que mantém sistemas de conhecimento tradicional e práticas a nível comunitário, que se organiza total ou parcialmente por meio de seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação especial e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conserva suas representações políticas, sociais, econômicas, religiosas, culturais ou parte delas. São comunidades indígenas, negras, campesinas, ribeirinhas, enfim, grupos sociais que consolidaram e conservaram suas culturas próprias, e que em geral estão estreitamente relacionados com a preservação e o uso sustentável do meio ambiente.²⁴⁹

O sociólogo Antônio Carlos Diegues, da Universidade de São Paulo, ressalta a importância dos sistemas de manejo de recursos naturais desenvolvidos pelos povos tradicionais, que denotam não somente o respeito pelos ciclos naturais, mas também a consciência de exploração de animais e plantas dentro de suas capacidades de recuperação.²⁵⁰ Além disso, tais povos possuem um sistema de representações, símbolos e mitos através dos quais agem sobre o meio.²⁵¹

Desse modo, na obra “Biodiversidade e Comunidades Tradicionais no Brasil”, Diegues reuniu as seguintes características das sociedades ditas tradicionais:

- a) dependência, geralmente, simbiótica entre a natureza, ciclos naturais e recursos naturais com os quais constroem seu modo de vida;
- b) “conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos (...) transferido por oralidade de geração em geração”;
- c) noção de território onde o grupo se reproduz econômica e socialmente;
- d) estabelecimento no território por gerações;
- e) desenvolvimento de atividades de subsistência, ainda que possa haver a produção de mercadorias;
- f) reduzida acumulação de capital;
- g) importância da unidade familiar, doméstica ou comunal, bem como das relações de parentesco e compadrio para as atividades econômicas, sociais e culturais;

²⁴⁹ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 89.

²⁵⁰ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 20.

²⁵¹ *Ibid.* p. 21.

h) importância das simbologias, mitos e rituais;

i) tecnologia relativamente simples e de baixo impacto no meio ambiente, além da reduzida divisão técnica e social do trabalho;

j) fraco poder político;

k) auto-identificação e identificação pelos outros de pertencer a uma cultura diferente das demais.²⁵²

Assim, sintetiza o autor que as sociedades tradicionais são “grupos humanos culturalmente diferenciados que historicamente reproduzem seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base em modos de cooperação social e formas específicas de relações com a natureza, caracterizados tradicionalmente pelo manejo sustentado do meio ambiente.”²⁵³

Ele ainda afirma que, no caso específico brasileiro, entrou-se em consenso a respeito do uso da expressão “população indígena” para se referir a “etnia” ou a povos que aqui se estabeleciam antes da colonização da América. Há uma clara distinção, portanto, entre as populações indígenas e não-indígenas, com base no reconhecimento da continuidade histórica, sociocultural e identitária de tais comunidades em relação ao restante da sociedade.²⁵⁴

Ademais, levando em conta a importância dos povos indígenas no Brasil, Diegues os difere das populações tradicionais não-indígenas. Até os anos 2000, haviam sido identificados 206 povos indígenas no Brasil, que falam 180 línguas diferentes, e estão espalhados por todos os Estados do país, com exceção do Rio Grande do Norte e Piauí.²⁵⁵

Já as populações tradicionais não-indígenas, no Brasil, diferentemente das etnias indígenas, não têm uma história sociocultural anterior e distinta da sociedade nacional atual, além de não possuírem língua própria.²⁵⁶ No estudo foram listadas as seguintes

²⁵² A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, pp. 21-22.

²⁵³ Ibid. p. 22.

²⁵⁴ Ibid. pp. 16-17.

²⁵⁵ Ibid. p. 66.

²⁵⁶ Ibid. p. 40.

populações tradicionais não-indígenas identificadas no Brasil: caiçaras²⁵⁷; jangadeiros²⁵⁸; caboclos e ribeirinhos amazônicos²⁵⁹; sertanejos e vaqueiros²⁶⁰; caipiras²⁶¹; açorianos²⁶²; varjeiros (ribeirinhos não-amazônicos)²⁶³; pantaneiros²⁶⁴; quilombolas²⁶⁵; pastoreio (campeiro)²⁶⁶; pescadores²⁶⁷; babaçueiros²⁶⁸; sitiantes²⁶⁹; e praiheiros²⁷⁰.

²⁵⁷ Mescla da contribuição étnica-cultural de povos indígenas, colonizadores portugueses e, em menor grau, de escravos africanos. Desenvolvem atividades de agricultura itinerante, pesca, extrativismo vegetal e artesanato. Estão localizados, principalmente, na região costeira do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e norte de Santa Catarina. A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 42.

²⁵⁸ Os jangadeiros são pescadores marítimos da área costeira compreendida entre o Ceará e o sul da Bahia. *Ibid.* p. 46.

²⁵⁹ Os caboclos (ribeirinhos), seringueiros e castanheiros da Amazônia são populações extrativistas. Os ribeirinhos vivem às margens dos rios e em áreas de várzea, dependendo da pesca; já os seringueiros e castanheiros vivem ou à beira dos rios ou em terra firme e têm uma menor dependência da atividade pesqueira. *Ibid.* p. 48.

²⁶⁰ Os sertanejos estão localizados no agreste, caatingas e cerrados, e desenvolvem, em suma, uma economia pastoril, fornecedora de carne, couro e bois de serviço. Além disso, “o sertanejo caracteriza-se por sua religiosidade singela tendente ao messianismo fanático, por um carrancismo de hábitos, laconismo e rusticidade, predisposição ao sacrifício e à violência. E ainda pelas qualidades morais características das formações pastoris do mundo inteiro: o culto da honra pessoa, o brio e a fidelidade a suas chefaturas.” *Ibid.* pp. 50-51.

²⁶¹ Atualmente são sitiantes, meeiros e parceiros de pequenas propriedades do Sudeste e Centro-Oeste do país, nas quais desenvolvem atividade agrícola e pecuária voltada à subsistência e ao mercado. *Ibid.* p. 52.

²⁶² Descendentes dos imigrantes do Arquipélago de Açores, da Ilha da Madeira e de portugueses continentais, estabelecidos no litoral de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, que se miscigenaram com negros e índios e que desenvolvem atividade agrícola e pesqueira. *Idem.* p. 53.

²⁶³ Também chamados de varzeiros, são populações que habitam às margens de rios e várzea, como o rio São Francisco e o rio Paraná. *Ibid.* p. 55.

²⁶⁴ Os pantaneiros residem no Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e vivem de atividades agrícolas e pastoris, em fazendas ou à beira de rios. *Ibid.* p. 56.

²⁶⁵ Descendentes dos escravos negros que vivem em comunidades, muitas vezes nas próprias fazendas deixadas por antigos proprietários. Desenvolvem atividades ligadas à pequena agricultura, artesanato, extrativismo e pesca. *Ibid.* p. 57.

²⁶⁶ São os gaúchos que vivem em estâncias nos pampas e nas coxilhas sulinas e que desenvolvem, como atividade principal, a pecuária voltada à produção de gado de corte e ao fornecimento de lã. “São fruto da miscigenação entre os habitantes originais, os Guarani e os colonizadores espanhóis e portugueses”. *Ibid.* pp. 57-58.

²⁶⁷ Os pescadores estão espalhados pela costa litorânea, ou por rios e lagos e praticam principalmente a pesca, tendo como atividades secundárias o extrativismo vegetal, o artesanato e a pequena agricultura. *Ibid.* p. 58.

²⁶⁸ Os babaçueiros “são populações extrativistas que vivem principalmente da coleta do babaçu e da utilização dessa palmeira, sobretudo no Meio-Norte, na zona do cerrado e floresta: Maranhão, Piauí e algumas áreas de Estados vizinhos, incluindo o norte de Goiás (...)”. *Ibid.* p. 59.

²⁶⁹ Assim como os pescadores, é uma categoria ampla, que abrange as populações que desenvolvem, primordialmente, a agricultura, complementada com atividade de pesca, artesanato e trabalho assalariado. São os pequenos produtores rurais que moram em sítios, sendo, em algumas regiões, confundidos com os caboclos ou caipiras. *Ibid.* p. 60.

²⁷⁰ Moradores da faixa litorânea da região amazônica compreendida entre Piauí e Amapá. De acordo com Diegues “apresentam características socioculturais que os diferenciam das outras comunidades litorâneas, como os caiçaras e jangadeiros. Os praiheiros são muito influenciados por uma grande diversidade de ecossistemas e habitats que se caracterizam por grandes extensões de mangue, litoral muito recortado e marcado por uma grande amplitude de maré, ilhas e também praias arenosas e dunas, como ocorrem nos Lençóis Maranhenses. (...) A atividade principal dos praiheiros é a pesca, ainda que em muitos lugares eles

O autor também traz termos e conceitos elaborados por outros sociólogos. George M. Foster, por exemplo, antropólogo americano da Universidade de Berkeley, fala das comunidades tradicionais como “sociedades parciais” (“part society”).²⁷¹ Em seu artigo “What is folk culture”, Foster diferencia as sociedades primitivas das sociedades parciais (“folk”), levando em consideração que essas não são completamente isoladas. Assim discorre ele:

É uma “sociedade parcial”, parte de uma unidade social maior (usualmente uma nação) que é vertical e horizontalmente estruturada. O componente tradicional dessa unidade maior suporta uma relação simbiótica espacial e temporal com o componente mais complexo, que é formado pelas classes superiores dos centros urbanos pré-industriais. Nesse sentido, “folk” e urbano não são conceitos polares; pelo contrário, ambos são partes integrais de uma definição de um certo tipo de unidade sociocultural na qual a cidade pré-industrial é o ponto focal. Longe de ameaçarem a sociedade “folk”, esse tipo de unidade urbana é uma pré-condição para sua existência. Isso deixa claro porque – como antropólogos reconheceram na prática – é necessário saber muito acerca da história, estrutura e conteúdo das culturas nacionais (incluindo as cidades) das quais as comunidades “folk” fazem parte, de modo a descrever essa unidade “folk”. (...) Por essa definição, os grupos primitivos verdadeiros estão excluídos dessa categoria. Eles são, em teoria, isolados, que se completam em si mesmos. (...) Para entender a maioria dos grupos primitivos, nós precisamos saber relativamente pouco sobre outros povos, e o que desejamos saber concerne aos relacionamentos ao invés de história da cultura, estrutura e conteúdo.”²⁷² (tradução nossa)

O antropólogo, assim, distingue as sociedades primitivas, das sociedades “folk”, explicando que, as últimas, ao longo dos anos, tiveram contato com centros de pensamento e desenvolvimento intelectual – com a civilização. Ele também ressalta o caráter dinâmico dessas sociedades.²⁷³

Já, o antropólogo, sociólogo e etnolinguista, Robert Redfield, da Universidade de Chicago, é criticado por Foster, por suas publicações e monografias do período entre 1930 e 1947, pois entende que as sociedades “folk” são grupos pequenos, isolados, autossuficientes e homogêneos racial e costumeiramente. Para Redfield, os componentes dessas sociedades são interdependentes, têm relações extremamente pessoais, desenvolvem

complementem sua renda com atividades agrícolas em pequena escala, o extrativismo e, mais recentemente, o turismo.” A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 61.

²⁷¹ Ibid. p. 17.

²⁷² G. M. FOSTER, *What is folk culture?*, in *American Anthropologist*, New York, 1953, p. 163. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1953.55.2.02a00020/epdf>>. Acesso em 30 de abril de 2017.

²⁷³ Ibid. p. 164.

tecnologias simples e apresentam uma divisão de trabalho mínima ou imperceptível. A completar tal cenário, discorre Foster sobre o entendimento de Redfield:

A família tem um papel importante nas instituições da sociedade, as sanções que governam as condutas são predominantemente sagradas, devoção é enfatizada, e os rituais são altamente desenvolvidos e expressam vividamente os desejos e medos do povo. Tal sociedade é relativamente imóvel, a mudança é lenta, os modos de vida formam uma rede de significados inter-relacionados, e os hábitos de seus membros tendem a corresponder ao costume.²⁷⁴

Percebe-se que Redfield desenvolvera, à época, uma sociedade “ideal”. Assim, Foster resume sua crítica à Redfield: “Qualquer sociedade real teria muitos, mas não necessariamente todos esses elementos. Em um sentido teórico, ele coloca as sociedades “folk” em um sistema lógico inventado com dois polos ideais, representados por sociedades urbanas e não-urbanas (“folk”).”²⁷⁵

Porém, após 1955 Redfield notou que não poderia estudar as sociedades como estruturas completamente isoladas, motivo pelo qual, mudou seu posicionamento. Por tal motivo, Diegues afirma que tanto Foster, quanto Redfield enfatizavam a importância das relações entre as sociedades tradicionais camponesas e as cidades, “das quais em grande parte dependem para sua reprodução social, econômica e cultural”, sendo essa dependência também política.²⁷⁶

Já Raymond Firth, professor de antropologia na London School of Economics, trata de sociedades de camponeses, os quais, segundo ele, dependem fundamentalmente do cultivo da terra, podendo desempenhar atividades complementares como pescadores, artesãos e extrativistas, de acordo com as estações do ano. Além disso, eles necessitam de dinheiro para realizar compras na cidade.²⁷⁷

Raymond F. Dasmann, biólogo americano, por sua vez, apresenta seu estudo sobre povos tradicionais com um enfoque sobre a natureza. O estudioso distingue os “povos do ecossistema” (“*ecosystem people*”) dos “povos da biosfera” (“*biosphere people*”). Os

²⁷⁴ G. M. FOSTER, *What is folk culture?*, in *American Anthropologist*, New York, 1953, p. 163. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1953.55.2.02a00020/epdf>>. Acesso em 30 de abril de 2017. p. 160.

²⁷⁵ *Ibid.* p. 160.

²⁷⁶ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, pp. 17-18.

²⁷⁷ *Ibid.* p. 17.

“povos do ecossistema” são aqueles que “se estabelecem em simbiose com os ecossistemas e conseguem viver por longo tempo, mediante o uso sustentado dos recursos naturais de um ecossistema ou de ecossistemas contíguos”, enquanto que os “povos da biosfera” são “as sociedades interligadas a uma economia global, de alto consumo e poder de transformação da natureza, causando grande desperdício de recursos naturais”. Diegues ainda discorre a respeito da classificação de Dasmann, afirmando que ele próprio considera sua distinção “simplificadora”, tendo em vista que há um espaço intermediário entre os dois polos, no qual o “equilíbrio entre as populações humanas e o ambiente não é mantido por decisões conscientes, mas por um conjunto complexo de padrões de comportamento, fortemente marcados por valores éticos, religiosos e por pressão social.”²⁷⁸

Diegues traz, ainda, uma visão marxista, que entende serem os povos tradicionais aqueles associados a estruturas pré-capitalistas, em que a força de trabalho não se tornou uma mercadoria. Não se trata, porém, de uma total rejeição ao mercado. Explica Antônio Carlos Diegues:

(...) a dependência do mercado já existe, mas não é total. Essas sociedades desenvolveram formas particulares de manejo dos recursos naturais que não visam diretamente o lucro mas a reprodução cultural e social como também percepções e representações em relação ao mundo natural marcadas pela ideia de associação com a natureza e a dependência de seus ciclos. Culturas tradicionais, nessa perspectiva, são aquelas que se desenvolvem do modo de produção da pequena produção mercantil.²⁷⁹

De acordo com Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Almeida, o termo “populações tradicionais” é propositalmente abrangente. Para eles:

Definir as populações tradicionais pela adesão à tradição seria contraditório com os conhecimentos antropológicos atuais. Defini-las como populações que têm baixo impacto sobre o ambiente, para depois afirmar que são ecologicamente sustentáveis, seria mera tautologia. Se as definirmos como populações que estão fora da esfera do mercado, será difícil encontrá-las hoje em dia. Nos textos acadêmicos e jurídicos descrevem-se em geral as categorias por meio das propriedades ou características dos elementos que as constituem. Mas as categorias sociais também podem ser descritas “em extensão” – isto é, pela simples enumeração dos elementos que as compõem.²⁸⁰

²⁷⁸ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 18.

²⁷⁹ *Ibid.* p. 18.

²⁸⁰ M. C. DA CUNHA – M. W. B. DE ALMEIDA, *Populações tradicionais e conservação ambiental*, in M. C. DA CUNHA, *Cultura com aspas e outros ensaios*, São Paulo, Cosac Naify, 2009, p. 278.

Assim, eles apresentam um conceito “extensional”, pelo qual são enumerados os “membros” atuais ou candidatos a “membros” de tais comunidades. Para os autores, essa abordagem condiz com a ênfase dada à criação e à apropriação de categorias e, principalmente, aponta para a formação de sujeitos através de novas práticas.²⁸¹

Posteriormente, os autores traçam um conceito analítico, nos seguintes termos:

(...) grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar (prática e simbolicamente) uma identidade pública conservacionista que inclui algumas das seguintes características: uso de técnicas ambientais de baixo impacto, formas equitativas de organização social, presença de instituições com legitimidade para fazer cumprir suas leis, liderança local e, por fim, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados.²⁸²

Já Srividhya Ragavan aponta que o termo “povos indígenas” refere-se aos povos que estão submetidos a uma condição desvantajosa em relação aos outros dentro dos Estados que se formaram e que, em razão de tais desvantagens, seriam deficientes econômica e socialmente. Além disso, afirma ela que a coesão de tais grupos foi danificada ou ameaçada, e que a sua integridade foi minada.

A autora também apresenta a seguinte lista de características dos “povos indígenas”, dando ênfase aos seus conhecimentos:

- a) viver em pequenas sociedades que podem não ter acesso à educação formal e, às vezes, não têm ciência do valor do conhecimento que possuem;
- b) geralmente, tal conhecimento é de toda comunidade e fica a ela restrito;
- c) ocasionalmente, um conhecimento específico ou uma arte é restringido a apenas alguns membros da comunidade;
- d) tais conhecimentos são necessários para o dia-a-dia e são transmitidos entre as gerações;

²⁸¹ M. C. DA CUNHA – M. W. B. DE ALMEIDA, *Populações tradicionais e conservação ambiental*, in M. C DA CUNHA, *Cultura com aspas e outros ensaios*, São Paulo, Cosac Naify, 2009, p. 278. E ainda completam: “Termos como “índio”, “indígena”, “tribal”, “nativo”, “aborígene” e “negro” são todos criações da metrópole, são frutos do encontro colonial. E embora tenham sido genéricos e artificiais ao serem criados, esses termos foram progressivamente habitados por gente de carne e osso. É o que acontece, mas não necessariamente, quando ganham *status* administrativo ou jurídico. Não deixa de ser notável o fato de que com muita frequência os povos que de início foram forçados a habitar essas categorias tenham sido capazes de se apossar delas, convertendo termos carregados de preconceito em bandeiras mobilizadoras.”

²⁸² *Ibid.* p. 300.

e) a arte, a música e o folclore desenvolvidos podem não ter reconhecimento formal;

f) descrença na necessidade ou desejabilidade de proteção do conhecimento através de direitos de propriedade intelectual.²⁸³

O Relatório submetido pelo Sr. José Martinez Cobo à Divisão de Políticas Sociais e de Desenvolvimento dos Povos Indígenas, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), cuida, em seu capítulo V, de explicar a metodologia utilizada para a formulação de um conceito do termo “povos tradicionais”. Assim, Cobo menciona quais foram os critérios utilizados²⁸⁴, bem como apresenta as definições enviadas por diversos países, as quais foram usadas posteriormente para um estudo comparativo.²⁸⁵ Na conclusão do “Cobo Report” (Capítulos XXI-XXII), recomendou-se a adoção da seguinte definição para fins internacionais:

Comunidades, povos e nações indígenas são aqueles que, em continuidade histórica com sociedades pré-invasoras e pré-coloniais que se desenvolveram em seu território, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade agora predominantes nesses territórios ou em parte deles. Eles formam, no presente, setores não-dominantes da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir para futuras gerações seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, de acordo com seus próprios padrões culturais, instituições sociais e sistemas legais.²⁸⁶ (tradução nossa)

²⁸³ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in Minnesota Intellectual Property Review, vol. 2, 2001, pp. 6-7.

²⁸⁴ Resumidamente, o José Martinez Cobo afirma que deve ser utilizada uma abordagem de critérios múltiplos (“multiple criterion”) combinadamente, os quais são utilizados de maneiras diferentes em cada país. Os critérios são divididos em três grupos: (a) critério biológico, que engloba a ancestralidade (embora sejam feitas críticas à adoção de tal critério, tendo em vista que todos indivíduos descendem do *homo sapiens*); (b) critérios culturais, que seriam: (i) a cultura em geral; (ii) religião; (iii) o fato de se viver em um sistema tribal; (iv) o fato de ser membro de uma comunidade indígena; (v) vestimentas; (vi) modo de vida; e (c) critério linguístico, que, na realidade, estaria incluído no grupo de critérios culturais, porém foi tratado separadamente tendo em vista sua grande importância. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6, de 20 de junho de 1982. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

²⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6, de 20 de junho de 1982. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

²⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations Final Report*, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, par. 379, de 30 de setembro de 1983. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_xxi_xxii_e.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017. É possível completar ainda: “Essa continuidade histórica pode consistir na continuação, por um período estendido até o presente, de um ou mais dos seguintes fatores: a) ocupação de terras ancestrais, ou ao menos parte delas; b) ancestralidade comum com os ocupantes originais dessas terras; c) cultura em geral ou em manifestações específicas (como religiões, viver sob um sistema tribal, ser membro de uma comunidade indígena, vestimentas, modos de viver, estilo de vida etc.); d) língua (seja utilizada como única língua, língua

O “Cobo Report” ainda se preocupou em analisar a situação do indivíduo isoladamente, destacado da comunidade. Assim, definiu a pessoa indígena como sendo aquela que pertence a uma população indígena através da auto-identificação como indígena (consciência de grupo) e que é reconhecida e aceita por essas populações como um de seus membros (aceitação pelo grupo).²⁸⁷

Em publicação sobre Protocolos Comunitários Bioculturais, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente²⁸⁸ utiliza o termo “povos indígenas e comunidades locais” (“indigenous peoples and local communities” – ILC) ao invés de simplesmente “comunidades tradicionais”. De acordo com a publicação, as comunidades locais e os povos indígenas compartilham de uma concepção de si mesmos como uma unidade, que não está separada do mundo sobre o qual eles teriam direitos de propriedade. Pelo contrário, eles se enxergam como integrados à terra, com a qual mantêm uma relação ética.²⁸⁹

Já em publicação desenvolvida pelo Ministério da Justiça brasileiro foram elencados os elementos comumente identificados em conceitos elaborados pela legislação brasileira e por tratados internacionais: (i) relação de abrigo da comunidade em relação a um ambiente natural; (ii) relação de dependência da comunidade em relação a um ambiente natural; (iii) relação de adaptação da comunidade em relação a um ambiente natural; (iv) determinada territorialidade, no sentido de que um espaço físico determinado é vital para a reprodução material, sociocultural e/ou religiosa de uma comunidade; (v) temporalidade, sendo tradicional a comunidade que está estabelecida ou em determinado lugar ou com determinadas características por um tempo que lhe garanta estabilidade, falando-se ou em “gerações sucessivas” (no que estão implicadas no mínimo duas gerações) ou num número determinado, sempre a partir de dois; (vi) desempenho de atividade de exploração relacionada ao ambiente natural e que lhe cause baixo impacto

materna, como meio habitual de comunicação em casa ou na família, ou como a língua principal, preferida, habitual, geral ou normal); e) residência em certas partes do país ou em certas regiões do mundo; f) outros fatores relevantes.” (tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Department of Economic and Social Affairs, *The Concept of Indigenous Peoples*, PFII/2004/WS.1/3.

²⁸⁷ Assim fica preservado a essas comunidades a soberania e o poder de decidir quem pertence ao grupo, sem interferência externa. Organização das Nações Unidas, *The Concept of Indigenous Peoples*, Department of Economic and Social Affairs, PFII/2004/WS.1/3.

²⁸⁸ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Bio-Cultural Community Protocols: a community approach to ensuring the integrity of environmental law and policy*, S. DUNLOP (org.), 2009, p. 9.

²⁸⁹ K. BAVIKATTE – H. JONAS, *A bio-cultural critique of the CBD and ABS*, in S. DUNLOP (org.), *Bio-Cultural Community Protocols: a community approach to ensuring the integrity of environmental law and policy*, United Nations Environmental Programme, 2009. p. 14.

ambiental; (vii) desempenho de atividade de exploração relacionada ao ambiente natural e que atue no sentido da proteção e/ou conservação e/ou sustentabilidade do meio ambiente e/ou da biodiversidade; (viii) desempenho de atividade extrativista; (ix) costumes próprios e/ou formas próprias de organização, diferentes daqueles da sociedade circundante, com conservação de instituições culturais, sociais e/ou econômicas; (x) utilização de conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.²⁹⁰

Lyssandro Norton Siqueira, assim, bem sintetiza todo o exposto a respeito das “populações tradicionais”, conceituando-as como “grupos de pessoas, indígenas ou não, com organização social e atividades culturais próprias, transmitidas historicamente através de sucessivas gerações, e que utilizam de forma sustentável os recursos naturais, dos quais dependem para sua subsistência.”²⁹¹

Cumprido destacar, por fim, definições elaboradas pelas legislações brasileira e peruana. No Brasil, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) previu, em seu artigo 3º:

Art. 3º Para os efeitos da lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I- Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II- Comunidade Indígena e Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.²⁹²

A Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000) trouxe uma definição de “populações tradicionais”, que acabou por influenciar leis posteriores. Assim prevê o seu artigo 20:

Art. 20. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um

²⁹⁰ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 40.

²⁹¹ L. N. SIQUEIRA, *A propriedade intelectual em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade*, Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2007, p. 15.

²⁹² BRASIL, *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.²⁹³

Em 2006, a lei que trata da gestão de florestas, definiu as comunidades locais, em seu artigo 3º, inciso X, como: “populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica”.²⁹⁴

Posteriormente, a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007), veio a definir os povos e comunidades tradicionais, da seguinte maneira:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:
I- Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.²⁹⁵

Já a Medida Provisória nº 2.126 de 26 de abril de 2001²⁹⁶, definia o termo “comunidade local” como sendo um “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza,

²⁹³ BRASIL, *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2017. Assim, o artigo prevê como características das populações tradicionais: (i) a relação com uma área natural; (ii) a sua dependência com a exploração dos recursos naturais de tal área; (iii) a sustentabilidade dessa exploração; (iv) que os sistemas de exploração tenham se desenvolvido ao longo de gerações; (v) adaptação às condições ecológicas locais; e (vi) proteção da natureza e manutenção da biodiversidade através de tais atividades. NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 41.

²⁹⁴ BRASIL, *Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11284.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

²⁹⁵ BRASIL, *Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017. Uma crítica feita a tal dispositivo é a falta de previsão dos requisitos de baixo impacto ambiental e do uso sustentável, o que poderia levar ao enquadramento de atividades não sustentáveis, como a garimpagem, no conceito. NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 44.

²⁹⁶ A MP nº 2.126/01 regulamentava o artigo 225, inciso II, § 1º e 4º da Constituição Federal, além dos artigos 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, todos da Convenção de Diversidade Biológica. Sendo assim, tratava do acesso ao patrimônio genético, proteção e acesso ao conhecimento tradicional associado, repartição de benefícios e acesso à tecnologia e sua transferência voltado à sua conservação e utilização.

tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas.” (artigo 7º, inciso III) ²⁹⁷

A Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015 revogou a Medida Provisória nº 2.126 de 2001, e substituiu a expressão “comunidade local” por “comunidade tradicional”, valendo-se de definição quase idêntica à constante do Decreto nº 6.040/07:

(...) grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição” (artigo 2º, inciso IV).²⁹⁸

Na América do Sul, vale destacar o teor da Lei nº 27.811, de 24 de julho de 2002, do Peru, que estatuiu em seu artigo 2º a definição de povos indígenas como sendo

(...) povos originários que têm direitos anteriores à formação do Estado peruano, mantêm sua cultura própria, um espaço territorial e se reconhecem como tais. Neles se incluem os povos voluntariamente isolados ou não contactáveis, assim como as comunidades camponesas e nativas. A denominação indígenas compreende e pode ser empregada como sinônimo de “originários”, “tradicionalistas”, “étnicos”, “ancestrais”, “nativos” ou outros vocábulos.²⁹⁹ (tradução nossa)

3.1.2 Conhecimentos Tradicionais

Tendo sido apresentados os conceitos e as características dos “povos tradicionais”, tanto na literatura acadêmica, quanto em leis, tratados e convenções, passa-se à análise do que seriam os chamados “conhecimentos tradicionais”, objeto central desse estudo.

De maneira breve, conhecimento tradicional poderia ser definido como “o conjunto de conhecimentos e crenças passado de geração a geração, dentro de comunidades” ³⁰⁰ (tradução nossa).

²⁹⁷ BRASIL, *Medida Provisória nº 2.126-11, de 26 de abril de 2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2126-11.htm>. Acesso em 08 de maio de 2017.

²⁹⁸ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 08 de maio de 2017.

²⁹⁹ PERU, *Ley nº 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129335>. Acesso em 23 de julho de 2017.

³⁰⁰ C. PARK – M. ALLABY, *Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 3.ed, 2017. Do original: “The body of knowledge and beliefs that is handed down from generation to generation, within communities”.

Porém, é importante se ter em mente que “o conhecimento dos povos tradicionais (indígenas e não-indígenas) não se enquadra em categorias e subdivisões precisamente definidas como as que a biologia tenta, artificialmente produzir”.³⁰¹

Em 1999, o Documento WIPO/RT/LDC/1/4, preparado pelo International Bureau of WIPO, foi distribuído aos participantes do *High Level Interregional Roundtable on Intellectual Property*. Nele constava que conhecimentos tradicionais são “uma noção multifacetada”, podendo abranger termos como “conhecimento indígena”, “folclore”, “conhecimento de medicina tradicional”, dentre outros. Além disso, ressaltou-se que não se tratavam necessariamente de conhecimentos antigos, pois eles são criados diariamente como resposta das comunidades aos desafios surgidos no meio social e físico.³⁰²

Na 13ª Sessão do Comitê Intergovernamental de Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, ocorrida de 13 a 17 de outubro de 2008, ficou estabelecido que não há definição formal internacional do que são os conhecimentos tradicionais. Foi, porém, apresentada uma definição possível, a qual, frise-se, não possui *status* legal, e que caracteriza o conhecimento tradicional como sendo aquele que se refere:

(...) ao conteúdo ou substância do conhecimento que é resultado de atividade intelectual e de percepções em um contexto tradicional, e inclui o know-how, habilidades, inovações, práticas e aprendizados que formam parte dos sistemas de conhecimento tradicional, e conhecimento que está incorporado no modo de vida tradicional de uma comunidade ou povo, ou que está contido em sistemas de conhecimento codificados transmitidos entre as gerações. O conhecimento tradicional não é limitado a uma área técnica específica, e pode incluir conhecimento agrícola, ambiental e medicinal, e conhecimento associado a recursos genéticos.³⁰³ (tradução nossa)

³⁰¹ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 10. No mesmo sentido: “O conhecimento dos povos tradicionais (indígenas e não-indígenas) não se enquadra em categorias e subdivisões precisamente definidas como as que a biologia tenta, artificialmente, organizar (Posey, 1987).” *Ibid.*, p. 38. Destaca-se de publicação da OMPI: “What is traditional knowledge? Can the astonishing diversity of indigenous and local intellectual traditions and cultural heritage be bundled together into one single definition, without losing the diversity that is its lifeblood? (...) No single definition would fully do justice to the diverse forms of knowledge that are held by traditional communities”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p. 4.

³⁰² C. M. ADIERS, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, p. 31.

³⁰³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Thirteenth Session*. Disponível em

Atualmente, é possível extrair do *website* da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) a seguinte definição de “conhecimentos tradicionais” (*traditional knowledge*): “Conhecimento tradicional (TK) é o corpo vivo de conhecimentos passado de geração para geração dentro de uma comunidade. Geralmente, é parte da cultura de um povo e de sua identidade espiritual.” (tradução nossa)³⁰⁴

Em seu glossário, a OMPI se estende na explicação, distinguindo o conhecimento tradicional *lato senso* e o conhecimento tradicional *stricto senso*:

Ainda não há definição aceita de conhecimento tradicional no nível internacional.

‘Conhecimento tradicional’ em uma descrição abrangente da questão, geralmente inclui a herança cultural intelectual e intangível, práticas e sistemas de conhecimento de comunidades tradicionais, incluindo indígenas e comunidades locais (conhecimento tradicional em um sentido geral ou *lato senso*). Em outras palavras, conhecimento tradicional em um sentido amplo abarca o conteúdo do conhecimento em si, assim como as expressões culturais tradicionais, incluindo sinais distintivos e símbolos associados ao conhecimento tradicional.

No debate internacional, ‘conhecimento tradicional’ no sentido estrito refere-se ao conhecimento, em particular aquele resultante da atividade intelectual em um contexto tradicional, que inclui know-how, práticas, habilidades, e inovações. Os conhecimentos tradicionais podem ser encontrados em uma variedade de contextos, incluindo: conhecimento agrícola; conhecimento científico; conhecimento técnico; conhecimento ecológico; conhecimento médico, incluindo relacionados a medicamentos e remédios; e conhecimento relacionado à biodiversidade, etc.³⁰⁵ (tradução nossa)

O artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, que trata da proteção ao patrimônio cultural e da propriedade intelectual, traz em seu primeiro item características de tais conhecimentos, quais sejam, a natureza coletiva dos mesmos e a sua transmissão através de gerações. Já no item 2 do artigo, a Declaração apresenta os conhecimentos e expressões culturais tradicionais que compõem a chamada “propriedade intelectual coletiva” dos povos indígenas, nos seguintes termos:

A propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas compreende, *inter alia*, os conhecimentos e expressões culturais tradicionais, dentre os quais se encontram os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, os desenhos e procedimentos ancestrais, as manifestações culturais, artísticas, espirituais, tecnológicas e científicas, o patrimônio cultural material e imaterial, assim como os conhecimentos e desenvolvimentos próprios relacionados com a

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_7.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2017.

³⁰⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Traditional Knowledge*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

³⁰⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Glossary*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html#49>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

biodiversidade e a utilidade e qualidade das sementes, plantas medicinais, fauna e flora.³⁰⁶ (tradução nossa)

Graham Dutfield corrobora com a assertiva de que é difícil definir e distinguir os conhecimentos tradicionais de outros conhecimentos. Assim, como forma de contornar tal empecilho, o professor sustenta que simplesmente poder-se-ia dizer que: “conhecimentos tradicionais são os conhecimentos detidos por povos e comunidades tradicionais”. O problema de tal definição é que os conhecimentos tradicionais muitas vezes subsistem em sociedades ocidentais, sem a presença de tais povos e comunidades.

Outra opção seria negar a existência dos “conhecimentos tradicionais”, afirmando que existe apenas o “conhecimento”. Essa, porém, não é a alternativa adotada pelo autor, que argumenta existirem conhecimentos tradicionais, os quais possuem semelhanças e diferenças em relação ao conhecimento científico ocidental e de sociedades ocidentais.³⁰⁷

O Guia de Conhecimentos Tradicional para Países em Transição elaborado pela Divisão de Conhecimentos Tradicionais e Departamento para Países em Transição e Desenvolvidos da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), também diferencia os conhecimentos tradicionais em “lato senso” e “stricto senso”. Aqueles incluem a herança cultural, práticas e sistemas de conhecimento de povos indígenas e comunidades locais. Ou seja, abarcam os conhecimentos em si e expressões culturais tradicionais, além de sinais distintivos e símbolos associados ao conhecimento tradicional. Os conhecimentos tradicionais em sentido estrito, por sua vez, estão relacionados ao conhecimento resultante de uma atividade intelectual em um contexto tradicional, nas mais diversas áreas, como agrícola, ecológica, medicinal, dentre outras. Inclui know-how, habilidades, práticas e inovações.³⁰⁸

Em outra publicação a OMPI, novamente, afirma que os conhecimentos tradicionais não são antigos ou inertes, mas sim parte dinâmica e vital da vida contemporânea de sociedades tradicionais atualmente. Trata-se de conhecimento transmitido dentro da própria comunidade e entre as gerações, às vezes através de sistemas costumeiros de transmissão de conhecimento. E completa:

³⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/Res.2888 (XLVI-O/16). Disponível em <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

³⁰⁷ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 240.

³⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 4.

(...) uma comunidade pode enxergar o conhecimento tradicional como parte de sua identidade cultural e espiritual. Então, é a sua relação com a comunidade que o torna “tradicional”. O conhecimento tradicional é criado diariamente e evolui conforme indivíduos e comunidades respondem aos desafios impostos pelo ambiente social.³⁰⁹

Em uma publicação do Ministério da Justiça brasileiro, foram listadas as seguintes características recorrentemente encontradas em conceitos doutrinários e institucionais:

- Ideais e pressupostos relativos a um conhecimento interno, diferente do conhecimento da sociedade circundante, centrado na localidade em que é utilizado e abarcando o conhecimento exógeno introduzido na comunidade ao longo de determinado período;
- Informação sistemática, mas que se mantém na informalidade, na oralidade;
- Conjunto de todos os saberes e práticas, implícitas e explícitas, aplicados na vida sócio-econômica e ecológica;
- Conjunto de experiências e conhecimento de um grupo étnico, base para decisões no âmbito de conflitos familiares, criados de forma endógena, com elementos externos, mas que são integrados internamente, por meio de capacidade intrínseca de absorção de conhecimentos relevantes;
- Conhecimento local, tradicional e único, desenvolvido em razão de condições específicas de uma dada comunidade numa dada área geográfica.³¹⁰

Seguindo o entendimento da OMPI já esposado, Dutfield ressalta que o que diferencia o conhecimento tradicional da ciência moderna não é a sua “falta de novidade” e, tampouco, a sua antiguidade. Para tanto, o autor se baseia na lição de Russel L. Barsh: “O que é ‘tradicional’ no conhecimento tradicional não é sua antiguidade, mas o modo como é adquirido e utilizado. Em outras palavras, o processo social de aprender e compartilhar conhecimento, que é único em cada cultura indígena, reside no centro da ‘tradicionalidade’.”³¹¹

Também nesse sentido, Viviane Alves Bertogna: “Os sistemas de conhecimento tradicional associado são dinâmicos. Não é a antiguidade do conhecimento que o caracteriza como “tradicional”, esta característica reflete a maneira pela qual se adquire e se usa tal conhecimento”.³¹²

Jay Erstling corrobora com tal entendimento, ao afirmar que os conhecimentos tradicionais não precisam ser antigos, estáticos ou desprovidos de uma base científica ou

³⁰⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication nº 920(E), p. 6.

³¹⁰ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 47.

³¹¹ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 242.

³¹² V. A. BERTOOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 163.

tecnológica. Eles são tradicionais por serem parte dos costumes e da cultura da comunidade que os desenvolveram e que os mantêm.³¹³

De outro turno, o artigo 8 (j), da Convenção de Diversidade Biológica (CDB) trata dos conhecimentos tradicionais como um conglomerado de conhecimentos, práticas e inovações das comunidades indígenas e tradicionais³¹⁴. A Convenção não traz uma definição do termo especificamente, mas é isso que se depreende da redação do artigo:

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”.³¹⁵

Nesse contexto, Antônio Carlos Diegues define conhecimento tradicional como “o conjunto de saberes e saber-fazer a respeito do mundo natural, sobrenatural, transmitido oralmente de geração em geração.”³¹⁶ Os conhecimentos tradicionais (indígenas) aproximam-se do conhecimento científico atual pelo fato de ambos basearem-se no empirismo.³¹⁷ Por outro lado, eles se distinguem, pois enquanto a ciência moderna é comunicada através da escrita, os conhecimentos tradicionais são transmitidos através da oralidade.³¹⁸

³¹³ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 296.

³¹⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Bio-Cultural Community Protocols: a community approach to ensuring the integrity of environmental law and policy*, S. DUNLOP (org.), 2009, p. 26.

³¹⁵ Convenção de Diversidade Biológica, artigo 8 (j).

³¹⁶ A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 30.

³¹⁷ M. BALICK– P. COX *apud* A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 31

³¹⁸ W. L. BALÉE *apud* A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 31.

Andressa Caldas, por sua vez, conceitua os conhecimentos tradicionais como sendo “um conjunto de usos, costumes, informações, formas de vida que uma determinada comunidade desenvolve para sua existência espiritual e material” (tradução nossa).³¹⁹

Na mesma linha, Marta A. Uetela, da ONG Prometra (“Promotion of Traditional Medicine”), em artigo denominado “Conhecimento Tradicional/Nativo, Medicina Tradicional e Direitos Humanos: Analisando dois contextos – Brasil e Moçambique”, definiu o conhecimento tradicional como “um sistema herdado da acumulação e transmissão de saberes de gerações a gerações ao longo do tempo, através da oralidade ou mesmo da participação direta nas experiências do cotidiano.”. Ela ainda afirma que os saberes tradicionais estão assentados na relação dialética entre o homem e natureza.³²⁰

Viviane Alves Bertogna, ao reproduzir a lição de Cristiane Derani, afirma que os conhecimentos tradicionais advêm do convívio direto das comunidades indígenas e tradicionais com a natureza, sendo resultado de práticas reiteradas de diferentes gerações. Ela ressalta que tais conhecimentos estão desprovidos de valor de troca e que são desprovidos de uma noção de propriedade.³²¹

A pesquisadora Silke von Lewinski, do Instituto Max-Planck, em Munique, discorre a respeito dos conhecimentos tradicionais como sendo os recursos e conhecimentos no campo da medicina, da agricultura e ecológico, os quais foram preservados por um longo período de tempo em comunidades locais e indígenas, sendo por elas utilizados. Tais conhecimentos pertencem a tais comunidades e, concomitantemente, são descobertos e utilizados por indústrias, que claramente possuem o interesse de explorá-los, visando a produção de produtos farmacêuticos e cosméticos, dentre outros.³²²

Já Lowell B. Bautista, em publicação denominada “Bioprospecting or Biopiracy: Does the TRIPS Agreement Undermine the Interests of Developing Countries?”, afirma que os conhecimentos tradicionais (conhecimentos indígenas ou conhecimento local) se referem a “tradições e práticas maduras vigentes há muito tempo em certas comunidades

³¹⁹ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 107.

³²⁰ M. A. UETELA, *Conhecimento tradicional/nativo, medicina tradicional e direitos humanos: analisando dois contextos – Brasil e Moçambique*, in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, p. 101.

³²¹ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 162.

³²² S. VON LEWINSKI, *Commentary on Traditional Knowledge*, in *International Intellectual Property Law and Policy*, chapter 77, 2002, p. 2

regionais, indígenas ou locais”, podendo incluir sabedorias, conhecimentos e ensinamentos de tais comunidades, transmitidas oralmente e pessoalmente entre as gerações. Podem ser expressadas através de estórias, lendas, folclores, rituais, músicas e leis. Assim como a lição de Barsh trazida por Dutfield, Bautista assinala que o que caracteriza um conhecimento como tradicional não é sua antiguidade, mas a própria característica de ser parte vital e dinâmica da vida de tais comunidades.³²³

Seguindo uma linha antropológica, Juliana Santilli afirma que os conhecimentos tradicionais são desenvolvidos através de práticas e atividades coletivas dos povos tradicionais, envolvendo a observação, especulação, experimentação e a troca de informações. Além disso, tais conhecimentos e inovações têm importância primordial tanto para a conservação da diversidade biológica, quanto para a sobrevivência física e cultural das próprias comunidades.³²⁴

De acordo com Srividhya Ragavan os conhecimentos tradicionais são aqueles detidos pelos povos indígenas, em uma ou mais sociedades, em uma ou mais formas, e que inclui, dentre outros, arte, dança, música, medicamentos e remédios, folclore, biodiversidade, conhecimento e proteção de variedade de plantas, artesanato, desenhos e literatura.³²⁵

O PNUMA, em sua publicação sobre Protocolos Comunitários Bioculturais, afirma que os conhecimentos tradicionais não são informações neutras; mas que estão interconectadas com o modo de pensar que é resultado da interação entre as comunidades indígenas e tradicionais e suas terras. O conhecimento de tais povos tem raízes em práticas culturais, valores espirituais e leis costumeiras.³²⁶

³²³ L. B. BAUTISTA, *Bioprospecting or biopiracy: does the TRIPS agreement undermine the interests of developing countries?*, in *Philippine Law Journal*, vol. 82., 2007, pp. 28-29.

³²⁴ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 343-344. Diegues também destaca o papel dos conhecimentos tradicionais para a conservação da biodiversidade e preservação dos ecossistemas. A. C. DIEGUES – R. S. V. ARRUDA – V. C. F. DA SILVA – F. A. B. FIGOLS – D. ANDRADE, *Saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, A. C. DIEGUES (org.), São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000, p. 15.

³²⁵ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, p. 4.

³²⁶ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Bio-Cultural Community Protocols: a community approach to ensuring the integrity of environmental law and policy*, S. DUNLOP (org.), 2009, p. 14.

Em resumo, os conhecimentos tradicionais são aqueles desenvolvidos e acumulados por populações tradicionais, transmitidos oralmente de geração e geração, e que podem ou não estar associados à biodiversidade.³²⁷

Do exposto, conclui-se que é possível destacar os “conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”, ou simplesmente, “conhecimentos tradicionais associados” do conceito mais amplo de “conhecimentos tradicionais”, tendo em vista que esses podem estar relacionados a outras áreas de criação, como a artística, literária e religiosa, dentre outras.

Nesse sentido, vale destacar a lição da Promotora de Justiça, Juliana Santilli:

(...) evidentemente, os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais produzem conhecimentos (tradicionais) e inovações em diversas áreas. Como exemplo, podemos citar suas criações artísticas, literárias e científicas, tais como desenhos, pinturas, contos, lendas, músicas, danças, etc., que devem ser tutelados por meio do reconhecimento por meio de seus direitos autorais coletivos.³²⁸

Ao definir os “conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”, a autora apresenta um rol exemplificativo, do qual constam:

(...) técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais.³²⁹

Assim, em resumo, o conhecimento tradicional associado à biodiversidade, especificamente, é tido como informações e práticas de comunidades indígenas, locais e quilombolas, associadas ao patrimônio genético da diversidade biológica, transmitidas através de gerações e que possuem valor real ou potencial.³³⁰

Tal conceito muito se assemelha àquele trazido por Dutfield ao citar Martha Johnson, que se refere ao “conhecimento tradicional ecológico” (“traditional ecological knowledge” – TEK), o qual seria uma subcategoria dos conhecimentos tradicionais

³²⁷ L. N. SIQUEIRA, A propriedade intelectual em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2007, p. 14.

³²⁸ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 341.

³²⁹ Ibid. p. 342.

³³⁰ L. N. SIQUEIRA, A propriedade intelectual em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2007, p. 14.

(“traditional knowledge” – TK). Para tanto, ele explica que a antropóloga Martha Johnson define conhecimento tradicional ecológico como: “(...) um corpo de conhecimentos construído por um grupo de pessoas através de gerações vivendo em contato próximo com a natureza, incluindo um sistema de classificação, observações empíricas do ambiente local e um sistema de autoadministração que governa o uso dos recursos.”³³¹ (tradução nossa)

De acordo com o autor, Martha Johnson lista as seguintes características do “conhecimento tradicional ecológico”: (i) é gravado e transmitido através de tradição oral; (ii) é aprendido através da observação e experiência prática; (iii) é baseado no entendimento de que todos elementos da matéria têm força de vida (todas partes do mundo natural têm um espírito); (iv) não vê a vida humana como superior a outros elementos animados ou inanimados: todas formas de vida têm parentesco e são interdependentes; (v) é holístico (enquanto a ciência ocidental é reducionista); (vi) é intuitivo no seu modo de pensar (enquanto a ciência ocidental é analítica); (vii) é qualitativa (enquanto a ciência ocidental é quantitativa); (viii) é baseada em dados gerados pelos usuários dos recursos (sendo assim mais inclusiva que a ciência ocidental, na qual os dados são coletados por grupos de pesquisadores, que tendem a ser mais seletivos); (viii) é baseado em dados diacrônicos (enquanto a ciência ocidental é baseada em dados sincrônicos); (ix) está enraizado em um contexto social que vê o mundo como relações espirituais e sociais entre todas formas de vida (em contraste, a ciência ocidental é hierarquicamente organizada e verticalmente compartimentalizada); e (x) explica fenômenos ambientais através de experiências acumuladas, coletivas e, muitas vezes, espirituais (tais explicações são checadas, validadas e revisadas diariamente e regularmente através do ciclo de atividades anuais).³³²

Uma definição de “conhecimento tradicional ecológico” pode ser extraída do Dicionário de Geografia Humana publicado pela Oxford University Press:

O que povos indígenas sabem e entendem sobre seu meio ambiente imediato, incluindo classificações botânicas (às vezes denominado etnobotânica), relações ecológicas, mudanças ambientais, e os valores infundidos neles. O desafio para cientistas ambientais é documentar tal conhecimento como base de referência

³³¹ M. JOHNSON, *Research on Traditional Environmental Knowledge: Its Development and Its Role*, in LORE, *Capturing Traditional Knowledge*, 1992 *apud* G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 240.

³³² G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 241.

dos conhecimentos sobre meio ambiente e traduzi-los em formas compatíveis com direitos de propriedade internacional.³³³ (tradução nossa)

Juliana Santilli também explica os chamados “conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”, nos seguintes termos:

Os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais, até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas – os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.³³⁴

Assim discorre Jay Erstling a respeito dos conhecimentos tradicionais associados:

Em resumo, então, há uma categoria de conhecimento que podemos chamar de conhecimentos tradicionais, da qual os conhecimentos tradicionais ecológicos são uma subcategoria, e que se diferem dos conhecimentos científicos ocidentais em alguns aspectos fundamentais. Apesar disso, o conhecimento tradicional, até certo grau pelo menos, é científico (...).³³⁵

Vale ainda ressaltar algumas definições do termo constantes em legislações nacionais. O artigo 3º do Decreto-Lei nº 118/2002, de Portugal prevê a seguinte definição de “conhecimentos tradicionais”:

São considerados conhecimentos tradicionais todos os elementos intangíveis associados à utilização comercial ou industrial das variedades locais e restante material autóctone desenvolvido pelas populações locais, em colectividade ou individualmente, de maneira não sistemática e que se insiram nas tradições culturais e espirituais dessas populações, compreendendo, mas não se limitando a conhecimentos relativos a métodos, processos, produtos e denominações com aplicação na agricultura, alimentação e actividades industriais em geral, incluindo o artesanato, o comércio e os serviços, informalmente associados à utilização e preservação das variedades locais e restante material autóctone espontâneo abrangidos pelo disposto no presente diploma.³³⁶

A Lei nº 27.811/02 do Peru, por seu turno, apresenta uma definição de “conhecimentos coletivos” como sendo “conhecimento acumulado e transgeracional desenvolvido pelos povos e comunidades indígenas a respeito das propriedades, usos e

³³³ N. CASTREE – R. KITCHIN – A. ROGERS, *A Dictionary of Human Geography*, Oxford University Press, 2016.

³³⁴ J. SANTILLI, *Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos*, in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 84-85.

³³⁵ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 242.

³³⁶ PORTUGAL, *Decreto-Lei nº 118/2002 de 20 de Abril (Material vegetal autóctone)*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181397>. Acesso em 23 de julho de 2017.

características da diversidade biológica. O componente intangível contemplado na Decisão 391 da Comissão do Acordo de Cartagena inclui esse tipo de conhecimento coletivo.”³³⁷

No continente africano, destaca-se a definição desenvolvida pela legislação queniana (“The Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Bill, 2015”), segundo a qual, conhecimento tradicional pode ser: (i) o conhecimento originário de um indivíduo, de uma comunidade local ou de uma comunidade tradicional, resultante de sua atividade intelectual e percepção em um contexto tradicional, incluindo-se aí *know-how*, habilidades, inovações, práticas e aprendizado, incorporados no modo de vida tradicional da comunidade; ou (ii) o conhecimento contido nos sistemas de conhecimento codificados passados entre as gerações, incluindo o conhecimento sobre agricultura, meio ambiente e medicina, bem como o conhecimento associado a recursos genéticos ou outros componentes da diversidade biológica, e o *know-how* sobre arquitetura tradicional, tecnologias de construção, *designs*, marcas e indicações.³³⁸

Já a Proclamação nº 482 de 2006 da Etiópia, que trata do acesso a recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e sobre direitos comunitários, definiu o “conhecimento comunitário” de maneira objetiva: “conhecimentos, práticas, inovações e tecnologias criadas e desenvolvidas através de gerações por comunidades locais sobre conservação e uso de recursos genéticos.”³³⁹ (tradução nossa).

No Brasil, o conhecimento tradicional associado fora definido, inicialmente, no artigo 7º, inciso II, da Medida Provisória nº 2.186 de 23 de agosto de 2001, como sendo: “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.”³⁴⁰

A Medida Provisória, porém, foi revogada em 2015, com o advento da Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015. O conceito foi estendido para abarcar também os conhecimentos de agricultores, nos seguintes termos: “Art. 2º (...) II – conhecimento

³³⁷ PERU, *Ley n° 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129335>. Acesso em 24 de julho de 2017.

³³⁸ QUÊNIA, *The Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Act, 2016*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=415121>. Acesso em 24 de julho de 2017.

³³⁹ ETIÓPIA, *Access to Genetic Resources and Community Knowledge, and Community Rights Proclamation No. 482/2006*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179080>. Acesso em 24 de julho de 2017.

³⁴⁰ BRASIL, *Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 21 de maio de 2017.

tradicional associado – informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedade ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético.”³⁴¹

Relevante ressaltar que, na nova lei brasileira foi introduzido o conceito de “conhecimento tradicional associado de origem não-identificável”, que recebe tratamento distinto do “conhecimento tradicional associado”. O inciso III do artigo 2º prevê: “III – conhecimento tradicional associado de origem não-identificável – conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”.³⁴²

Frise-se, enfim, que o enfoque deste trabalho são os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e não os conhecimentos tradicionais em sentido amplo, os quais abrangem as chamadas práticas folclóricas, tais como religião, nomes, símbolos, música, dança, poesias, e outras expressões artísticas. Evidente que a proteção ao folclore tradicional e indígena é de grande importância, razão pela qual é igualmente regulado por diversos tratados internacionais, bem como é constantemente debatido em fóruns internacionais, organismos internacionais e pelos Estados.³⁴³

Por outro lado, é importante salientar e se ter como premissa que uma divisão estanque entre os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e os conhecimentos tradicionais relacionados ao folclore não é recomendada. Como já ressaltado, os conhecimentos tradicionais possuem uma característica holística, o que leva os pesquisadores e estudiosos a considerar a inter-relação dos conhecimentos com a natureza e entre si. Assim, interessante trazer a consideração de Viviane Alves Bertogna:

(...) muitas vezes a criação de produtos terapêuticos pelas comunidades indígenas ou locais envolve a prática de ritos religiosos, a utilização de objetos sagrados na preparação, não se restringindo a determinada forma de utilização de recursos genéticos. Por exemplo, determinados recursos têm inúmeras

³⁴¹ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm#art50>. Acesso em 21 de maio de 2017.

³⁴² BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm#art50>. Acesso em 21 de maio de 2017.

³⁴³ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual tem grupo de estudo voltado à proteção do folclore. Igualmente, a UNESCO mostrou preocupação em relação ao “conhecimento tradicional” em sentido amplo, aí incluindo-se o folclore. A questão foi abordada na Conferência Internacional de Washington da UNESCO, ocorrida em 1999, na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, e na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em outubro de 2003.

finalidades e são utilizados em cada paciente de uma maneira diferente, segundo o entendimento do detentor do conhecimento, após a prática de rituais religiosos.³⁴⁴

Nesse mesmo sentido, a Série Pensando o Direito esclarece como a relação entre os conhecimentos tradicionais e a natureza é tratada no debate sobre o patrimônio cultural. Por exemplo, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, prevê em seu artigo 1º a necessidade de se preservar a diversidade cultural, por ser ela tão importante quanto a diversidade biológica. O plano de ação anexo à Declaração, deixa claro o papel dos conhecimentos tradicionais para a questão ambiental:

14. Respeitar e proteger os sistemas de conhecimentos tradicionais, especialmente os das populações autóctones; reconhecer a contribuição dos conhecimentos tradicionais para a proteção ambiental e a gestão dos recursos naturais e favorecer as sinergias entre a ciência moderna e os conhecimentos locais.³⁴⁵

A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003, por sua vez, assim define o “patrimônio imaterial”, em seu artigo 2º:

Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

Consta, ainda, um rol dos campos em que o patrimônio cultural imaterial se manifesta:

³⁴⁴ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 165.

³⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017. “Aqui há clara afirmação da relação entre patrimônio cultural e a proteção de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: preservar os conhecimentos transmitidos de geração em geração por esses povos significaria garantir a diversidade cultural, expressa sob a forma de patrimônio tangível e também imaterial, bem como garantir a preservação da natureza, uma vez que esses grupos não utilizariam de práticas predatórias do meio-ambiente. Tais práticas serão, em tempos mais recentes, vinculadas aos debates internacionais sobre desenvolvimento sustentável.” NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 49.

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.³⁴⁶

Assim, inevitavelmente, o conhecimento tradicional associado à biodiversidade está relacionado às práticas culturais e folclóricas de um povo.

O que se busca a seguir é compreender e analisar quais as formas de proteção possíveis e cabíveis ao chamado “conhecimento tradicional associado à biodiversidade”, contrabalanceando diversas soluções e propostas surgidas na doutrina, jurisprudência e organismos internacionais.

3.2 DIREITOS DE COMUNIDADES TRADICIONAIS E POVOS INDÍGENAS

Não é dessabido que os povos tradicionais e as comunidades indígenas por muitos anos sofreram, dentre outros problemas, com a exploração de suas terras, com o descaso de políticas públicas e com o desrespeito a suas culturas e tradições. Assim, para que seja possível a real proteção aos seus conhecimentos tradicionais, é de extrema importância a implementação prévia de uma série de direitos básicos. O que se busca, nesse momento, é estudar quais são os direitos assegurados às comunidades indígenas e tradicionais, tanto no âmbito internacional, quanto na legislação interna brasileira.

Como visto, o primeiro instrumento internacional que tratou dos povos tradicionais foi a Convenção nº 107, de 05 de junho de 1957, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulada de “Convenção sobre as Populações Indígenas e Tribais”. O

³⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017. Deste modo, “fica clara a ideia de que os usos e saberes tradicionais relacionados com a natureza são uma forma de expressão do patrimônio imaterial, unindo debates que se desenrolavam separadamente em âmbito internacional. Essa aproximação pode ser entendida de forma estratégica, de modo a superar alguns dos impasses travados entre a CDB e a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).” NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 50.

objetivo da Convenção era a “proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”.³⁴⁷

Em seu artigo 2º foi definido que caberia aos governos a implantação de programas de proteção às suas populações tradicionais, os quais deveriam incluir: (i) igualdade de direitos aos demais indivíduos da população; (ii) promoção do desenvolvimento social, econômico e cultural de tais populações, bem como melhoria em seu padrão de vida; e (iii) possibilidade de integração, sem a utilização de medidas de assimilação artificial e sem o uso de coerção ou força.³⁴⁸

Atualmente, o principal instrumento internacional a tratar dessa questão é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 27 de junho de 1989, a qual relega aos governos o dever de “desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (artigo 2º, *caput*). Dentre as medidas a serem adotadas, a Convenção destaca: (i) aquelas que assegurem o gozo, em posição de igualdade, de direitos e oportunidades outorgadas pela lei aos demais membros da sociedade; (ii) a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos tradicionais, com respeito a sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e instituições; e (iii) a eliminação de diferenças socioeconômicas entre indígenas e a comunidades nacional, garantindo o respeito a seu modo de vida.³⁴⁹

Outro documento de vital importância para o estudo dos povos indígenas, foi o Relatório elaborado por José R. Martínez Cobo, ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. O relatório visava estudar, em suma, o problema da discriminação aos indígenas. Foram apresentadas as medidas tomadas no âmbito das Nações Unidas, por agências especializadas, pela Organização dos Estados Americanos e por governos nacionais. Além disso, Cobo cuidou de sugerir uma definição para o termo “povos

³⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957*. Disponível em [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Convenção%20OIT%20nº%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Convenção%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Convenção%20OIT%20nº%20107).pdf). Acesso em 21 de maio de 2017.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ BRASIL, *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 28 de maio de 2017.

indígenas” e de apresentar recomendações para a eliminação da propalada discriminação.³⁵⁰

Como decorrência do “Cobo Report”, em 13 de setembro 2007, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual prevê o direito à igualdade, à autodeterminação, à autonomia, ao autogoverno, à nacionalidade, à vida e à integridade física, ao consentimento livre, prévio e informado, à reparação por furto de suas propriedades, à preservação de suas culturas e à comunicação, dentre outros.³⁵¹

A Declaração cuida de conferir parâmetros mínimos a serem respeitados em outros instrumentos internacionais ou nas legislações nacionais que versem a respeito dos direitos dos povos indígenas.

No âmbito regional, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou, em 2016, a Declaração Americana sobre os Direitos de Povos Indígenas. A Declaração reconhece as injustiças históricas sofridas pelos povos indígenas da América e destaca a necessidade de reconhecer a grande importância e contribuições de tais povos para o desenvolvimento, pluralidade e diversidade cultural das sociedades americanas. Desta feita, assume o compromisso de garantir o seu bem-estar econômico e social, além de respeitar seus direitos e identidade cultural. Pode-se destacar do preâmbulo da Declaração:

(...) Reconhecendo a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua filosofia, especialmente os direitos a suas terras, territórios e recursos;

Reconhecendo igualmente que o respeito ao conhecimentos, culturas e práticas tradicionais indígenas contribui para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a adequada ordem do meio ambiente;

(...)

Convencidos que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na presente Declaração fomentará as relações harmoniosas e de cooperação entre os Estados

³⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/476, de 30 de julho de 1981. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS_intro_1981_en.pdf> Acesso em 30 de maio de 2017.

³⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007*. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SO_BRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

e os povos indígenas, baseadas nos princípios de justiça, democracia, respeito aos direitos humanos, não-discriminação e boa-fé (...).³⁵² (tradução nossa)

A Declaração elenca os direitos dos povos indígenas, dividindo-os nas seguintes sessões: (i) direitos humanos e direitos coletivos; (ii) direitos de identidade cultural; (iii) direitos organizativos e políticos; e (iv) direitos sociais, econômicos e de propriedade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio, preveem os direitos indígenas, dentre os quais vale citar o respeito à sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições³⁵³.

Ao contrário dos povos indígenas, somente recentemente foi instituída uma política para as populações tradicionais em sentido amplo. Trata-se do Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

O artigo 2º do Decreto que instituiu a Política Nacional relega à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) a coordenação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicional (PNPCT).

Vale destacar ainda o teor do artigo 2º do referido Decreto, que trata do objetivo desta política:

Art. 2º A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais,

³⁵² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/Res.2888 (XLVI-O/16). Disponível em <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

³⁵³ Artigo 231 da Constituição Federal: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017. Vide ainda o artigo 47 do Estatuto do Índio: “Art. 47. É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.” BRASIL, *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.³⁵⁴

3.3 CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

Cumprido, no momento, debruçar-se sobre a questão do acesso a recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais a eles associados, bem como da repartição de benefícios daí decorrente. Assim, dever-se-á analisar, inicialmente a disciplina da matéria no âmbito internacional, tratando da Convenção sobre Diversidade Biológica, para posteriormente relembra algumas legislações nacionais que trataram do assunto.

3.3.1 Convenção sobre Diversidade Biológica

Primeiramente, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) é um tratado internacional multilateral adotado em 22 de maio de 1992 na Conferência de Nairóbi. A Convenção foi aberta para assinaturas em 05 de junho de 1992, durante a Conferência do Rio de Janeiro (RIO-92 ou ECO-92), entrando em vigor em 29 de dezembro de 1993.

Conforme lecionam Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, a Convenção sobre Diversidade Biológica é uma Convenção-Quadro, ou seja, contém objetivos, obrigações e procedimentos genéricos, que deverão ser atingidos e implementados através de novos tratados, protocolos e pelos órgãos criados pela própria Convenção.³⁵⁵

Quanto à sua estrutura, a Convenção é composta: (i) pela Conferência de Partes, mais conhecida como COP, a qual é o órgão decisório responsável pela instituição de

³⁵⁴ BRASIL, *Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

³⁵⁵ H. ACCIOLY – G. E. DO N. E SILVA – P. B. CASELLA, *Manual de Direito Internacional Público*, 18ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 758. Também nesse sentido, Viviane Alves Bertogna: “Trata-se de uma convenção-quadro, típico instrumento do Direito Internacional do Meio Ambiente, em que é comum a instituição de normas de cooperação e a criação de um “espaço normativo” a ser preenchido, senão pela legislação interna dos países signatários, pela regulamentação dos órgãos internacionais criados pela convenção. Assim, entre as obrigações assumidas pelos Estados, através da Convenção ora em estudo, está a de promover a sua regulamentação, especialmente no que tange ao acesso aos recursos genéticos, à transferência de tecnologia, intercâmbio de informações, cooperação técnica e científica, gestão da biotecnologia.” V. A. BERTOOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 21.

órgãos subsidiários; (ii) pelo Secretariado, órgão administrativo e executivo; (iii) pelo Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico (SBTTA) formado por representantes dos governos e de caráter multidisciplinar, que acaba sendo responsável por prestar assessoria técnica e científica às partes da Convenção.³⁵⁶

O internacionalista Alberto do Amaral Júnior discorre a respeito do cenário vigente antes da assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinalando que a proteção ao meio ambiente era vista como uma restrição à liberdade das pessoas, das empresas e dos Estados, encontrando obstáculo na prevalência das políticas voltadas a melhorias do comércio e economia, e prossegue a respeito da mudança que levou a sua adoção:

O sistema jurídico em geral e o direito internacional em particular não absorveram, durante longo período, o conhecimento que o homem acumulou sobre o funcionamento e modificação dos ecossistemas naturais. Como corolário, a regulação do meio ambiente, seja ela doméstica ou internacional, notabilizava-se pela excepcionalidade, ajustando-se com grande dificuldade aos princípios informadores do ordenamento. Nos Estados Unidos, à guisa de ilustração, os direitos e deveres relacionados à atividade econômica que causam dano ao meio ambiente são definidos em relação ao *Common Law* e ao *Corporate Law*, de tal sorte que a propriedade privada, o contrato, o *tort* e a responsabilidade limitada dos acionistas gozam de inegável primazia.

Ao contrário, as regras ambientais, não obstante buscarem a proteção da saúde pública ou de outro valor relevante, são vistas como restrição à liberdade inerente aos cidadãos e às corporações. Esta perspectiva, por anos a fio, penetrou o direito internacional, pois os tratados ambientais, à semelhança dos demais, eram vistos como limitação ao poder intrínseco ao Estado de agir como melhor lhe aprouvesse.

Os tratados clássicos, indiferentes à transversalidade temática, peculiar ao final do século XX e limiar do século XXI, não distinguiam o comércio internacional de outras atividades humanas, exibindo notória insensibilidade para os efeitos que irradia em outros domínios. Os direitos humanos e a conservação da natureza eram, quando muito, mencionados de forma marginal. A crença de que o comércio representava o único instrumento para a melhoria do bem-estar dos indivíduos, ao invés de ser um meio para a satisfação dessa finalidade, permeou, desde a criação do GATT, a redação dos acordos internacionais. O direito internacional, em oposição à tendência predominante até os anos 70, tem incorporado princípios ambientais, numa clara alteração da racionalidade que presidia o comportamento externo dos governos.³⁵⁷

Assim, em resumo, o autor destaca, em sua obra “Curso de Direito Internacional Público”, a capacidade da Convenção agregar questões e temas que antes eram vistos como incompatíveis e, conseqüentemente, tratados separadamente. Trata-se de uma

³⁵⁶ H. ACCIOLY – G. E. DO N. E SILVA – P. B. CASELLA, *Manual de Direito Internacional Público*, 18ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 762.

³⁵⁷ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 660.

maneira de buscar a implementação do tão almejado “desenvolvimento sustentável”³⁵⁸, harmonizando as questões social, econômica e ambiental.

Cumpra, assim, destacar alguns dispositivos da CDB que são de vital importância para a discussão que se seguirá a respeito do acesso à recursos genéticos, bem como da proteção aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos.

O Artigo 8 (j) da Convenção assim dispõe sobre as obrigações das Partes em relação aos conhecimentos tradicionais:

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.

A questão relativa ao acesso a recursos genéticos é tratada pelo artigo 15 da Convenção, nos seguintes termos:

Artigo 15 Acesso a Recursos Genéticos

1. Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.
2. Cada Parte Contratante deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras Partes Contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção.
3. Para os propósitos desta Convenção, os recursos genéticos providos por uma Parte Contratante, a que se referem este artigo e os artigos 16 e 19, são apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção.
4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo.
5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.
6. Cada Parte Contratante deve procurar conceber e realizar pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos providos por outras Partes Contratantes com sua plena participação e, na medida do possível, no território dessas Partes Contratantes.
7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas e políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua

³⁵⁸ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 660-661. Nas palavras do autor: “A Convenção sobre Diversidade Biológica reúne, em uma unidade sistemática, temas econômicos e ambientais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável.”

utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo.³⁵⁹

A complementar a Convenção de Diversidade Biológica, foi adotada, em abril de 2002, na Conferência de Partes realizada em Haia (COP VI), as Diretrizes de Bonn sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de seu Uso.

De maneira geral, pode-se sintetizar o objetivo das Diretrizes destacando o teor de seu artigo 1º:

³⁵⁹ Outros dispositivos relevantes para a discussão são os artigos 16 e 19 da Convenção sobre Diversidade Biológica. O artigo 16, disciplina o acesso e a transferência de tecnologia em decorrência da pesquisa e do desenvolvimento de material genético: “Artigo 16 Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia. 1. 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 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. 2. O acesso a tecnologia e sua transferência a países em desenvolvimento, a que se refere o § 1 acima, devem ser permitidos e/ou facilitados em condições justas e as mais favoráveis, inclusive em condições concessionais e preferenciais quando de comum acordo, e, caso necessário, em conformidade com o mecanismo financeiro estabelecido nos arts. 20 e 21. No caso de tecnologia sujeita a patentes e outros direitos de propriedade intelectual, o acesso à tecnologia e sua transferência devem ser permitidos em condições que reconheçam e sejam compatíveis com a adequada e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual. A aplicação deste parágrafo deve ser compatível com os §§ 3, 4 e 5 abaixo. 3. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que as Partes Contratantes, em particular as que são países em desenvolvimento, que proveem recursos genéticos, tenham garantido o acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, quando necessário, mediante as disposições dos arts. 20 e 21, de acordo com o direito internacional e conforme os §§ 4 e 5 abaixo. 4. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que o setor privado permita o acesso à tecnologia a que se refere o § 1 acima, seu desenvolvimento conjunto e sua transferência em benefício das instituições governamentais e do setor privado de países em desenvolvimento, e a esse respeito deve observar as obrigações constantes dos §§ 1, 2 e 3 acima. 5. As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a este respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção.” Já o artigo 19 trata da gestão da biotecnologia e da distribuição de seus benefícios nos seguintes termos: “Artigo 19 Gestão da Biotecnologia e Distribuição de seus Benefícios. 1. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para permitir a participação efetiva, em atividades de pesquisa biotecnológica, das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, que proveem os recursos genéticos para pesquisa, e se possível nessas Partes Contratantes. 2. Cada Parte Contratante deve adotar todas as medidas possíveis para promover e antecipar acesso prioritário, em base justa e equitativa 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. 3. As Partes devem examinar a necessidade e as modalidades de um protocolo que estabeleça procedimentos adequados, inclusive, em especial, a concordância prévia fundamentada, no que respeita a transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo vivo modificado pela biotecnologia, que possa ter efeito negativo para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. 4. Cada Parte Contratante deve proporcionar, diretamente ou por solicitação, a qualquer pessoa física ou jurídica sob sua jurisdição provedora dos organismos a que se refere o parágrafo § 3 acima, à Parte Contratante em que esses organismos devam ser introduzidos, todas as Informações disponíveis sobre a utilização e as normas de segurança exigidas por essa Parte Contratante para a manipulação desses organismos, bem como todas as Informações disponíveis sobre os potenciais efeitos negativos desses organismos específicos.”

Essas Diretrizes podem servir como uma contribuição no desenvolvimento e elaboração de medidas legislativas, administrativas e políticas sobre o acesso e repartição de benefícios, em particular os referentes às disposições dos artigos 8(j), 10(c), 15, 16 e 19; e contratos e outros acordos sob termos mutuamente acordados para acesso e repartição de benefícios.³⁶⁰ (tradução nossa)

Após a adoção das Diretrizes de Bonn, a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável (CMDS) convocou países a formular e negociar um sistema internacional para a repartição justa e equitativa de benefícios. Como consequência, o Grupo de Trabalho *Ad Hoc* sobre acesso e repartição de benefícios elaborou uma série de recomendações que foram apresentadas como termo de referência para a negociação na Conferência de Partes VII (COP VII), realizada em fevereiro de 2004, em Kuala Lumpur, na Malásia.³⁶¹

O Grupo de Países Megadiversos³⁶², posteriormente, reuniu-se na Índia, em 2005, para preparar uma posição conjunta a favor da criação de um Regime Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios que tenha natureza vinculante, e não apenas voluntária

³⁶⁰ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Disponível em <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2017. De acordo com Ana Lúcia Assad e Maria José Amstalden Sampaio, as Diretrizes de Bonn foram o primeiro passo da CDB em direção à regulação da questão do acesso aos recursos genéticos e da repartição de benefícios. Entretanto, o documento sozinho não poderia combater a biopirataria, especialmente pelo fato de sua adoção ser voluntária. A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 4.

³⁶¹ D. HARRY – L. M. KANEHE, *A RB no acesso e repartição de benefícios (ARB): questões críticas para povos indígenas*, in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, p. 167.

³⁶² Nas palavras de Assad e Sampaio: “O Grupo dos Países Megadiversos (GPM) reuniu-se pela primeira vez em fevereiro de 2002. Este evento marcou o início das atividades do Grupo que domina mais de 70% da biodiversidade mundial. Um dos principais objetivos do GPM, de acordo com a “Declaração de Cancun” é lutar pela criação de um regime internacional que promova e proteja efetivamente a divisão justa e equitativa de benefícios do uso da biodiversidade e de seus componentes. (...) Outras duas reuniões ocorreram em Cusco, Peru (2002) e em Kuala Lumpur, Malásia (2003), no qual o GPM decidiu os princípios básicos para a proposta do regime internacional de ABS: Assegurar o direito soberano dos países sobre seus recursos biológicos; Promover o acesso regulamentado aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado para propósitos ambientalmente úteis incluindo sua conservação e uso sustentado, com base no consentimento prévio e informado do país detentor dos direitos ou da comunidade indígena ou local que forneça o recurso e termos mutuamente acordados, incluindo acordos apropriados de repartição de benefícios e transferência de material como definidos pela CDB e pelas “Guias de Bonn”; Promover o desenvolvimento tecnológico, econômico e sócio-cultural de todos os países participantes do processo de Acesso e Repartição de Benefícios (ARB), e em particular dos países megadiversos. (...) Em sua quarta reunião realizada em janeiro, 2005, na Índia, o GPM aprovou a “Declaração Ministerial de New Dehli dos Países Megadiversos” nos quais reiteram sua decisão de lutar por um Regime Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios.” A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, pp. 7-8.

como ocorre com as Diretrizes de Bonn. Entretanto, os países não chegaram a um acordo naquela ocasião.³⁶³

Ademais, o artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica foi regulamentado pelo “Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa de Benefícios Derivados de sua Utilização”, também chamado de “Protocolo de Nagoya” e adotado em 29 de outubro de 2010, na COP X. Extraí-se do artigo 1º seu objetivo:

O objetivo do presente Protocolo é a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e à transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado, contribuindo desse modo para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.³⁶⁴

No que tange aos conhecimentos tradicionais, prevê o artigo 12, do Protocolo de Nagoya:

1. No cumprimento das obrigações oriundas do presente Protocolo, as Partes, de acordo com a lei nacional, levarão em consideração leis consuetudinárias, protocolos e procedimentos comunitários das comunidades indígenas e locais, quando apropriado, em relação ao conhecimento tradicional associado a recursos genéticos.
2. As Partes, com a participação efetiva das comunidades indígenas e locais concernentes, estabelecerão mecanismos para informar potenciais usuários de conhecimento tradicional associado a recursos genéticos sobre suas obrigações, incluindo medidas disponibilizadas por meio do Centro de Intermediação de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios para acesso a esse conhecimento e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização.
3. As Partes empenhar-se-ão em apoiar, conforme o caso, o desenvolvimento, pelas comunidades indígenas e locais, incluindo mulheres dessas comunidades, de:
 - (a) protocolos comunitários relativos ao acesso a conhecimento tradicional associado a recursos genéticos e à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de tal conhecimento;
 - (b) requisitos mínimos para termos mutuamente acordados para assegurar a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização de conhecimento tradicional associado a recursos genéticos; e
 - (c) cláusulas contratuais modelo para repartição de benefícios derivados da utilização de conhecimento tradicional associado a recursos genéticos.
4. As Partes, na implementação do presente Protocolo, não restringirão, na medida do possível, a utilização costumeira e a troca de recursos genéticos e

³⁶³ A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 6.

³⁶⁴ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya sobre Acesso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

conhecimento tradicional associado nas comunidades indígenas e locais e entre elas, de acordo com os objetivos da Convenção.³⁶⁵

Em suma, a Convenção sobre Diversidade Biológica cuidou, especialmente, em seus artigos 8(j) e 15 de tratar do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais. Suas disposições foram posteriormente complementadas pelas Diretrizes de Bonn e pelo Protocolo de Nagoya, os quais se aprofundaram na matéria e buscaram auxiliar os países na implementação da Convenção.

3.3.1.1 Breves considerações

Neste momento serão tecidas considerações e destacadas as críticas voltadas à Convenção sobre Diversidade Biológica, especialmente aos artigos 8(j) e 15, os quais regulamentam a questão do acesso aos conhecimentos tradicionais e recursos genéticos.

De acordo com Juliana Santilli, a Convenção sobre Diversidade Biológica tem como objetivo primordial equilibrar as relações entre países desenvolvidos, detentores de biotecnologia e de direitos de propriedade intelectuais, tais como as patentes, e países em desenvolvimento, detentores de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais. Os principais mecanismos eleitos pela CDB na busca de tal equilíbrio são o “consentimento prévio e informado” e a “repartição de benefícios”.

A respeito do tratamento dado ao acesso aos recursos genéticos pela CDB, destacam-se as considerações feitas pelos internacionalistas Accioly, Nascimento e Silva e Borba Casella, na obra “Manual de Direito Internacional Pública”:

(...) a questão mais delicada no âmbito das negociações e de extrema dificuldade no âmbito da implementação são as disposições da Convenção acerca do acesso aos recursos genéticos e à (bio)tecnologia e transferência de tecnologia. Primeiramente, o acesso aos recursos genéticos foi regulamentado a fim de preservar direitos soberanos dos estados sobre seus respectivos recursos, mas a própria Convenção excepciona o caráter protetório excessivo, em relação a estes recursos, por meio da garantia de acesso das partes da Convenção aos recursos genéticos nacionais, desde que destinados à utilização “ambientalmente saudável”, utilizados de forma não contrária aos objetivos da Convenção e

³⁶⁵ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

sempre de forma a garantir a distribuição justa e equitativa dos benefícios gerados pelos recursos genéticos (artigo 15).³⁶⁶

Os autores destacam ainda o papel dos artigos 16 e 19 na implementação do artigo 15 da Convenção, notadamente por tratarem de questões como a transferência de tecnologia, a transferência de recursos financeiros e a cooperação técnica e científica, levando em consideração a preservação da biodiversidade e a observância de regras de segurança.³⁶⁷

O artigo 16, especificamente, buscou facilitar tanto o acesso à tecnologias voltadas à conservação e à utilização sustentável da biodiversidade, como a transferência dessas tecnologias, sendo que, quando se tratar do acesso ou transferência a países em desenvolvimento, as condições devem ser justas e mais favoráveis.³⁶⁸ Nota-se, portanto, que o artigo trata da transferência da tecnologia para as Partes Contratantes, ou seja, para Estados, não se voltando à transferência de tecnologia a comunidades ou povos tradicionais.

Assim, na análise de Luiz Otávio Pimentel e Patrícia Aurélia del Nero, no que tange a utilização de material genético, o objetivo primordial da Convenção é:

(...) a utilização sustentável dos seus componentes e a repartição justa e equitativa de benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante

³⁶⁶ H. ACCIOLY – G. E. DO N. E SILVA – P. B. CASELLA, *Manual de Direito Internacional Público*, 18ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 761.

³⁶⁷ “Para a consecução do objetivo, formulado no artigo 15, tratam os artigos 16 a 19 do tema do acesso à transferência de tecnologia de forma bastante ampla, cuidando sempre de estimular a cooperação entre as partes, especialmente por meio de apoio e incentivos aos países em desenvolvimento, nas mais diversas formas, o que incluiu a transferência de recursos financeiros, formação de capacidade, troca de informações, cooperação técnica e científica e acesso aos benefícios resultantes do uso de recursos genéticos advindos de países em desenvolvimento. Acesso e transferência, nos termos do artigo 16, devem ser facilitados de forma compatível com direitos de propriedade intelectual. Na prática isto significa que, nos casos em que a tecnologia, cujo acesso ou transferência se pretende permitir, estiver em poder de agentes privados e protegida por direitos de propriedade intelectual, a sua aquisição ou cessão pelos meios jurídicos adequados se faz necessária. Recursos para esse fim devem ser providos pelas próprias partes contratantes ou por organizações internacionais, como o Banco Mundial, através de seu agente financeiro GEF, ou mesmo com a ajuda de instituições privadas e ONGs. O artigo 19, parágrafos 3º e 4º, trata ainda de relevante matéria envolvendo a segurança da biotecnologia aplicada a organismos vivos geneticamente modificados e a compatibilidade dessas tecnologias com a preservação da biodiversidade. Dada a relevância e, em especial, as questões econômicas envolvidas, o tema foi objeto de protocolo próprio, que será tratado mais adiante. De qualquer forma, a COP e a SBSTTA e o Grupo de Trabalho sobre Acesso e Repartição de Benefícios (*Working Group on Access and Benefit-sharing*) desempenham papel bastante ativo com relação à regulamentação e implementação dos dispositivos 15 e 19, uma vez que os termos da Convenção são muito vagos e abstratos a possibilitar a concretização dessas medidas sem intensivo desenvolvimento prático e técnico da matéria.” H. ACCIOLY – G. E. DO N. E SILVA – P. B. CASELLA, *Manual de Direito Internacional Público*, 18ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 761-762.

³⁶⁸ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, pp. 163-164.

o acesso adequado a esses recursos e a transferência de tecnologia deles advinda, levando-se em consideração todos os direitos sobre tais recursos e tecnologia, mediante financiamento adequado.³⁶⁹

Já em relação à disciplina de proteção dos direitos de comunidades tradicionais, destaca-se o teor do artigo 8(j)³⁷⁰, através do qual a Convenção reconhece de maneira cristalina o papel central das comunidades locais e das populações indígenas como responsáveis pela conservação e pelo uso sustentável da diversidade biológica. Assim, prevê o dever de repartir os benefícios derivados dos conhecimentos tradicionais, bem como de inovações e práticas relevantes para a conservação da biodiversidade.³⁷¹

Não obstante, pode-se afirmar que o artigo 8 da Convenção possui um caráter utilitarista, bem exposto por Andressa Caldas em sua obra “La Regulación Jurídica del Conocimiento Tradicional: La Conquista de los Saberes”:

(...) é possível identificar o sentido teleológico que permeia quase a totalidade das regulações jurídicas ocidentais sobre o tema. Assim, a obrigação imposta aos Estados de respeitar, preservar e conservar o conhecimento, inovações e práticas, não se aplica a todo e qualquer conhecimento, nem tampouco a toda e qualquer comunidade indígena ou local, senão única e somente a aquela que sejam relevantes (ou pertinentes) para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Uma vez mais, portanto, se reafirma a visão utilitarista que subjaz ao súbito interesse pela proteção dos saberes ancestrais.³⁷²

Interessante notar, ainda, a respeito do artigo 8(j) que não há menção expressa aos “agricultores” no teor do dispositivo. Isto porque a questão dos agricultores é tratada no âmbito da FAO (Food and Agriculture Organisation), no sistema para a conservação e utilização de recursos genéticos vegetais.³⁷³

³⁶⁹ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 460.

³⁷⁰ Em 1998, durante a Quarta Conferência de Partes (COP IV), foi criado um grupo de trabalho acerca do artigo 8(j) da CDB, o chamado “Ad-hoc-Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions”, que se reuniu em Sevilla e Montreal, em 2000 e 2002, respectivamente. Além disso, foi estabelecido um painel de especialistas para tratar do tema de acesso e repartição de benefícios. *Ibid.* p. 161.

³⁷¹ Também nesse sentido, o Preâmbulo da Convenção: “Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento.”

³⁷² A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 162. Seguindo a mesma linha, a autora destaca o teor do artigo 10(c), que dispõe: “Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) c) Proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável”. Trata-se, de acordo com ela, de artigo revestido do interesse conservacionista e econômico, disfarçado, entretanto, de preocupação com a proteção de práticas culturais tradicionais.

³⁷³ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 22.

A Conferência Técnica da FAO sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura é, portanto, o local de discussão os direitos dos agricultores.³⁷⁴ Ainda que se trate de organização distinta, os interesses ali debatidos mostram-se de grande importância para a questão dos recursos genéticos. Desse modo, é necessário que a CDB e a FAO mantenham-se abertas ao debate e à adoção de medidas colaborativas, e não contraditórias entre si.

Enfim, o problema para as comunidades tradicionais exsurge quando se analisa o artigo 15 da CDB, que reconhece a soberania dos Estados sobre os recursos genéticos. Tal disposição foi adotada após vários países em desenvolvimento se oporem à proposta de países desenvolvidos para que a biodiversidade fosse considerada patrimônio comum da humanidade, ao argumento de que tal proposta beneficiaria tão somente as nações desenvolvidas, bem como suas indústrias químicas e farmacêuticas.³⁷⁵

Entretanto, embora a previsão tenha sido adotada em favor dos interesses dos governos de países ricos em biodiversidade, ela é alvo de críticas e consternação por parte das comunidades tradicionais e povos indígenas. De acordo com Debra Harry e Le'a Malia Kanehe:

Infelizmente, a CDB não reconhece os povos indígenas como titulares de uma vasta quantidade dos recursos genéticos do mundo. Na realidade, a CDB só reconhece a soberania dos estados em relação aos seus recursos genéticos, e ignora os direitos de propriedade dos povos indígenas nos mesmos territórios. Nos debates internacionais, as discussões sobre os direitos dos povos indígenas são lançadas em uma linguagem diminutiva ou entre parênteses. Por exemplo, a CDB se refere a “comunidades locais e indígenas” em vez de “povos indígenas”. Assim, ignora o status dos povos indígenas como detentores de direitos e rebaixa os povos indígenas ao *status* de *stakeholders*, partes interessadas, categoria essa que inclui corporações, instituições acadêmicas, organizações não-governamentais, e qualquer outra entidade não-estatal.³⁷⁶

Ao comentar o artigo 15, elas afirmam que a Convenção garante aos Estados a soberania sobre os recursos naturais, ainda que eles estejam em área habitada por comunidades tradicionais ou povos indígenas. Por tal motivo, dizem que “o direito dos povos indígenas à soberania permanente sobre recursos naturais é particularmente ameaçado pelo Artigo 15.1 da CDB” e que “a única ligação entre povos indígenas e

³⁷⁴ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 166.

³⁷⁵ *Ibid.* p. 159.

³⁷⁶ D. HARRY – L. M. KANEHE, *A RB no acesso e repartição de benefícios (ARB): questões críticas para povos indígenas*, in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, p. 162.

recursos genéticos que as Partes da CDB estão dispostas a fazer é o reconhecimento de que povos indígenas podem deter conhecimentos tradicionais sobre tais recursos”. Por isso defendem que os povos indígenas ainda precisam ser reconhecidos como soberanos e/ou proprietários legítimos dos recursos genéticos encontrados em seus territórios.³⁷⁷

Seguindo a mesma linha, Andressa Caldas discorre a respeito da soberania estatal sobre os recursos:

(...) a alusão à soberania dos Estados não é tão desinteressada e tem implicações concretas na questão do acesso aos recursos, dado que grande parte da concentração destes recursos se encontra em terras indígenas. Há uma preocupação dos povos indígenas no que se refere à ênfase da soberania dos Estados sobre os recursos, sem sequer mencionar as próprias formas de soberania dos povos, baseadas em seus próprios sistemas jurídicos de direito consuetudinário. Neste sentido, a Convenção, ao estabelecer a soberania dos governos sobre os recursos naturais, deveria ter em conta que esta soberania encontra limites no direito à livre determinação dos povos.³⁷⁸ (tradução nossa)

Ragavan também critica a Convenção nesse aspecto. Para ela, a CDB tem como objetivo o compartilhamento dos recursos naturais justamente em uma época em que tais recursos tornaram-se mais valiosos. Porém, a Convenção deixa de prever expressamente uma determinação reversa, qual seja, a de que as comunidades tradicionais devem ser compensadas por tal compartilhamento. Em outras palavras, a CDB espera que os recursos sejam compartilhados em benefício da humanidade, devendo os países menos desenvolvidos (e conseqüentemente as populações indígenas e tradicionais que neles habitam) permitir o acesso para tal fim.³⁷⁹

Em resumo, quando se trata da proteção de direitos das populações tradicionais na Convenção sobre Diversidade Biológica, verifica-se que foram a elas reconhecido o direito sobre seu próprio conhecimento associado a recursos naturais e, conseqüentemente, ao recebimento de benefícios em contrapartida por sua utilização. Entretanto, os recursos biológicos em si são sujeitos à soberania estatal, ainda que se encontrem no território desses povos ou que sejam por eles cultivados e/ou preservados.

³⁷⁷ D. HARRY – L. M. KANEHE, *A RB no acesso e repartição de benefícios (ARB): questões críticas para povos indígenas*, in F. MATHIAS E H. DE NOVION (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, p. 165. Uma outra crítica por elas feita ao artigo 15 é de que a proteção está sujeita à regulamentação pelos países. Ademais, embora o artigo 8(j) preveja a necessidade de “aprovação e participação dos detentores” do conhecimento, não prevê a adoção do “consentimento prévio informado” especificamente como faz ao tratar dos Estados e do acesso aos recursos genéticos, no artigo 15.

³⁷⁸ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 460.

³⁷⁹ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, p. 32.

No mais, ainda cabe destacar a utilização de mecanismos alternativos por parte de países desenvolvidos para contornar o “problema” criado pela disposição da CDB que previu a soberania estatal sobre os recursos genéticos. Assim, discorre Andressa Caldas:

Para suavizar a proposta dos países industrializados de conceber a biodiversidade como patrimônio comum da humanidade, os países em desenvolvimento buscaram introduzir conceitos baseados nos direitos de soberania (e autodeterminação) dos países e dos povos sobre seus territórios e suas culturas tradicionais. Ainda assim, os países desenvolvidos e os grupos de interesses vinculados à indústria biotecnológica articularam mecanismos técnicos e jurídicos que impediram que o reconhecimento da soberania dos países sobre seus recursos biológicos se convertesse em um obstáculo para a utilização industrial e comercial livre dos recursos da biodiversidade. Para que isso fosse possível, buscaram desvincular a matéria prima biotecnológica do domínio soberano dos países para garantir os direitos de propriedade intelectual sobre os recursos.

A desvinculação da matéria prima biotecnológica do domínio soberano se realiza através da manipulação dos recursos genéticos, para descontextualizá-los do recurso biológico do qual provêm. Este mecanismo técnico foi apoiado pela manipulação jurídica que retira do sujeito (seja um ser humano, um ser vivo, um povo ou um país) os direitos sobre os recursos genéticos que lhe foram extraídos. Assim, o sujeito de direito passa a ser aquele que tenha feito qualquer modificação ao recurso genético, tornando-o diferente da composição genética do corpo do qual foi extraído. (tradução nossa)

Conclui-se deste excerto que a questão da apropriação está estritamente ligada à questão do acesso, sendo de extrema importância distinguir os “recursos biológicos” dos “recursos genéticos”, pois a apropriação com fins econômicos recai sobre esses últimos.³⁸⁰

Por fim, os diversos foros em que é discutido o assunto (tais como as COPs, a CMDS e a FAO) são importantes não apenas para levar à implementação da Convenção sobre a Diversidade Biológica, mas também são vitais para evitar a mercantilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais a eles associados.

Deve-se lembrar, ainda, que a proteção aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais a eles associados não envolve somente os interesses de países desenvolvidos e de países em desenvolvimentos, mas também dos próprios detentores de tais conhecimentos, as populações tradicionais, as quais devem ser ouvidas e elevadas à posição de atores, e não mantidos como meros de espectadores e receptores de direitos e benefícios que lhes são designados.

Ademais, para ultrapassar a barreira dos interesses econômicos que às vezes parece permear ou deturpar muitas disposições da Convenção, é necessário o esforço conjunto de

³⁸⁰ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, pp. 165-166.

atores da sociedade civil e/ou das próprias comunidades tradicionais, para se atingir o objetivo primordial da Convenção, ou seja, a implementação do desenvolvimento sustentável.

3.3.1.2 Conceitos

Para a implementação de um sistema satisfatório de proteção dos conhecimentos tradicionais, mostra-se de suma importância o estudo de conceitos introduzidos pela Convenção de Diversidade Biológica, quais sejam, o consentimento prévio e informado, os termos mutuamente acordados e a repartição de benefícios.

Embora não sejam expressamente previstos como requisitos no TRIPS para a concessão de direitos de propriedade intelectual, muitas legislações nacionais, seguindo as coordenadas da CDB, passaram a exigir o cumprimento desses pressupostos para validar o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, dos quais produtos e processos protegidos derivam.

3.3.1.2.1 *Consentimento prévio informado*

O consentimento prévio informado (do inglês, *prior informed consent* ou apenas PIC) é previsto, porém não definido, no artigo 15.5 da Convenção da Diversidade Biológica.³⁸¹ Às vezes, é possível encontrar o termo “consentimento livre prévio informado” (*free, prior and informed consent* ou FPIC).

De acordo com o parágrafo 11 da Decisão X/42 da COP 10 (Código de Conduta Ética Tkarihwaié:ri ou, originalmente, Tkarihwaié:ri Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for the Cultural and Intellectual Heritage of Indigenous and Local Communities),

(...) qualquer atividade ou interação relacionada ao conhecimento tradicional associado à conservação e uso sustentável da diversidade biológica, que ocorra em ou possa impactar lugares sagrados e terras ou águas tradicionalmente ocupadas ou usadas por comunidades indígenas e locais, impactando esses grupos, devem ser implantadas com o consentimento prévio e informado e/ou aprovação e envolvimento das comunidades indígenas e locais.

³⁸¹ “15.5 O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.”

Resta claro que consentimento não pode ser forçado, manipulado ou coercitivo³⁸², devendo ele incluir todas informações sobre os usos específicos para os quais o consentimento está sendo concedido.³⁸³

Porém, a falta de definição legal do que seria o consentimento “livre” e “informado” deixa margem para o mau uso do conhecimento adquirido sob a alegação de ser para o benefício da “humanidade”. Ademais, surgem dúvidas a respeito da extensão das informações a serem repassadas para se conseguir o consentimento.³⁸⁴

Coube, portanto, a outros instrumentos definir o que seria o consentimento prévio e informado. As Diretivas de Bonn sobre o acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa de benefícios servem como um guia para os provedores e usuários de recursos genéticos, estipulando que os procedimentos em âmbito nacional devem facilitar a participação de todos os atores envolvidos, desde o governo até as comunidades tradicionais, deles obtendo o consentimento prévio e informado.³⁸⁵

No mesmo sentido, Juliana Santilli destaca a dupla implicação do “consentimento prévio fundamentado” (e da “repartição de benefícios”), que devem não só estar presentes nas negociações entre países provedores e países destinatários, mas também nas relações travadas com os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais. Nesse sentido:

A fiel observância aos princípios da CDB implica tanto a consulta aos países de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados – como expressão de sua soberania, frente a outros países – quanto a consulta, intermediada pelo Estado nacional, aos povos e populações tradicionais, detentores de tais recursos tangíveis e intangíveis. Ou seja: devem ser reconhecidos aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais direitos intelectuais coletivos sobre seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sujeitando-se o acesso aos mesmos ao consentimento prévio fundamentado e à repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos de sua utilização com seus detentores.³⁸⁶

Assim, quando utilizado no contexto dos conhecimentos tradicionais, o PIC deve

³⁸² CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *COP 10 Decision X/42, The Tkarihwaí:ri Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for the Cultural and Intellectual Heritage of Indigenous and Local Communities*. Disponível em <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12308>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

³⁸³ C. VISSER, *Biodiversity, bioprospecting, and biopiracy: a prior informed consent requirement for patents*, in *South African Mercantile Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 501.

³⁸⁴ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, p. 33.

³⁸⁵ A esse respeito Visser discorre: “So users of genetic resources and related knowledge will need to seek such consent not only from the government (as represented by a designated authority) but also from an indigenous or local community, or an authority nominated or established by the community to represent.” C. VISSER, *Biodiversity, bioprospecting, and biopiracy: a prior informed consent requirement for patents*, in *South African Mercantile Law Journal*, vol. 18, 2006, pp. 501-502.

³⁸⁶ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 347.

envolver a participação dos povos indígenas e das comunidades locais na tomada de decisões, bem como na formulação, implementação e avaliação de programas que lhes afetem.³⁸⁷

Destaca-se de publicação da OMPI o seguinte excerto que trata do princípio:

De acordo com o princípio do consentimento prévio informado (PIC), detentores de conhecimentos tradicionais devem ser consultados antes de tais conhecimentos serem acessados ou utilizados por terceiros e um acordo deve ser alcançado; eles também devem ser informados sobre as consequências do uso pretendido. A finalidade pode ser prevista em contratos, licenças e acordos, que também especificariam como os benefícios decorrentes do uso do conhecimento devem ser compartilhados.³⁸⁸ (tradução nossa)

Consentimento “é o processo pelo qual a permissão é dada, baseada em uma relação de confiança.”. O acréscimo do adjetivo “livre” tem como objetivo deixar claro que o consentimento deve ser obtido sem qualquer coerção ou manipulação. O termo “prévio” traduz a importância do tempo para que os povos analisem as informações e propostas e expressem sua concordância. Por fim, o consentimento “informado” implica prestar informações e explicações de maneira clara, especialmente a respeito de detalhes contratuais, benefícios possíveis, impactos e usos futuros. O processo deve ser pautado na transparência, utilizando-se de linguagem acessível aos povos tradicionais e indígenas.³⁸⁹

No âmbito regional, Conraad Visser destaca o modelo andino, que, através da Decisão 391, fixa a obrigação de se obter o consentimento prévio e informado da Autoridade Nacional Competente e de comunidades indígenas, afroamericanas ou locais. O requerente é obrigado a apresentar as informações relativas ao recurso genético, bem como seus usos reais e potenciais, seus derivados, outros componentes intangíveis, sua sustentabilidade e riscos que decorrem desse acesso.³⁹⁰

O autor também analisa o modelo africano, destacando que as exigências relativas às informações a serem prestadas ultrapassam as de outros sistemas. A princípio, além de informações relativas ao próprio projeto, deve-se fornecer dados a respeito da fonte, locais onde se fará o recolhimento de recursos, usos presentes e potenciais, sustentabilidade,

³⁸⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 5.

³⁸⁸ Do original: “According to the principle of prior informed consent (PIC), TK holders should be fully consulted before their knowledge is accessed or used by third parties and an agreement should be reached on appropriate terms; they should also be fully informed about the consequences of the intended use. The agreed scope of use may be set out in contracts, licences or agreements, which would also specify how benefits arising from the use of the TK should be shared.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p. 23.

³⁸⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 5.

³⁹⁰ C. VISSER, *Biodiversity, bioprospecting, and biopiracy: a prior informed consent requirement for patents*, in *South African Mercantile Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 502.

possíveis riscos. Também deve-se informar se o recurso pode de qualquer forma prejudicar a diversidade biológica e, por fim, qual o propósito do acesso, detalhando o tipo e a extensão da pesquisa, ensinamentos e usos comerciais.³⁹¹

O autor destaca ainda o teor da lei da sul-africana (*Biodiversity Act e Amendment Act*), que prevê, em seu artigo 25, a necessidade de comprovação do consentimento prévio e informado para os requerimento de patentes, sendo que, em caso de descumprimento da obtenção do consentimento prévio e informado, ocorre a revogação da patente.³⁹²

O autor destaca em seu texto a inter-relação entre os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais ecológicos (*traditional ecological knowledge*), além de ressaltar a controvérsia gerada pela inclusão do “consentimento prévio e informado” como mais um requisito para a patenteabilidade, além daqueles já previstos no Acordo TRIPS.³⁹³

Em termos práticos, há críticas por parte da comunidade científica, por enxergarem aí um obstáculo à livre pesquisa. Porém, é de se ressaltar que a obtenção do consentimento prévio e informado é um procedimento delicado, que não pode ser obtido através de uma informação falsa ou de oportunismo interessado. Por isso, o grande rigor com o qual o assunto deve ser tratado.³⁹⁴

Destarte, pode-se listar as informações essenciais a serem divulgadas aos povos tradicionais para fins de obtenção do consentimento prévio e informado, sob pena de nulidade do ato: (i) as informações devem estar escritas e redigidas em linguagem acessível e compreensível à população tradicional; (ii) natureza e objetivo da atividade; (iii) riscos efetivos e potenciais; (iv) finalidades e usos pretendidos; (v) instituição que financia a atividade; (vi) data de início e duração do projeto; (vii) metodologia de pesquisa; (viii) procedimentos a serem adotados; (ix) área geográfica e método de coleta de material

³⁹¹ C. VISSER, *Biodiversity, bioprospecting, and biopiracy: a prior informed consent requirement for patents*, in *South African Mercantile Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 503.

³⁹² *Ibid.* p. 506.

³⁹³ C. VISSER, *Biodiversity, bioprospecting, and biopiracy: a prior informed consent requirement for patents*, in *South African Mercantile Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 506. Outras questões levantadas pelo autor são: (i) a problemática de recursos genéticos e conhecimentos ecológicos tradicionais detidos por mais de uma comunidade tradicional; (ii) a possibilidade de transferir a patente, em caso de falta do consentimento prévio e informado, para outro requerente que comprove ter preenchido tal requisito, ao invés de simplesmente revogar a patente. *Ibid.* p. 507.

³⁹⁴ C. ANTUNHA – J. M. A. BARBOSA – P. FIGUEIREDO, *O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas*, in *Proa – Revista de Antropologia e Arte*, ano 02, vol. 02, nº 02, nov. 2010, p. 18. Disponível em <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/proa/article/viewFile/2377/1779>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

ou de informações.³⁹⁵

Do exposto, conclui-se que, diferentemente do que possa parecer, o consentimento prévio e informado não se traduz em um mero ato de anuência da população indígena ou da comunidade tradicional, mas se trata um procedimento extenso³⁹⁶, que envolve desde uma fase de identificação de representantes, passando pela negociação e troca de informações, para ao final ser obtida a anuência em si.

Assim, em síntese:

O consentimento prévio e informado deve ser considerado um processo ou procedimento, constituído de várias fases e etapas, e não um ato contratual isolado. Deve ser um processo permanente de troca de informações, e obtido antes do acesso ou de qualquer utilização – seja do recurso genético, seja do conhecimento tradicional associado.³⁹⁷

Por fim, cumpre ressaltar que, qualquer alteração que ocorra no curso da atividade ou projeto, deverá ser novamente submetida ao consentimento prévio e informado. Ademais, caberá ao interessado no acesso a contratação de consultores técnicos, jurídicos e científicos necessários para auxiliar as populações tradicionais.³⁹⁸

3.3.1.2.2 Repartição de benefícios

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual assim descreve a repartição de benefícios: “De acordo com esse princípio, os detentores de conhecimentos tradicionais receberiam a repartição justa de benefícios decorrentes do uso desses conhecimentos, os quais podem se dar através de um pagamento compensatório ou outros benefícios não-monetários”.³⁹⁹

O artigo 5º do Protocolo de Nagoya dispõe a respeito da repartição de benefícios quando da utilização de recursos genéticos:

³⁹⁵ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 367.

³⁹⁶ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 58.

³⁹⁷ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 366.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 366.

³⁹⁹ Do original: “According to this principle, the TK holders would receive an equitable share of the benefits that arise from the use of the TK, which may be expressed in terms of a compensatory payment, or other non-monetary benefits.”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication nº 920(E), p. 23.

1. De acordo com o Artigo 15, parágrafos 3 e 7 da Convenção, os benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, bem como as aplicações e comercialização subsequentes, serão repartidos de maneira justa e equitativa com a Parte provedora desses recursos que seja o país de origem desses recursos ou uma Parte que tenha adquirido os recursos genéticos em conformidade com a Convenção. Essa repartição ocorrerá mediante termos mutuamente acordados.⁴⁰⁰

Em tom crítico, Kristin Peterson afirma que a repartição de benefícios é um conceito pseudo-legal “desenhado para compensar povos e comunidades indígenas e marginalizados por suas contribuições intelectuais para as organizações de bioprospecção públicas e privadas.”⁴⁰¹

De qualquer modo, é de extrema importância a repartição justa de benefícios decorrentes da concessão de privilégios de invenção ou de cultivares àqueles que fornecem a matéria-prima ou conhecimentos relevantes e necessários para o manejo de recursos genéticos que resultam em uma criação intelectual passível de proteção pelo sistema de propriedade intelectual.⁴⁰²

O Protocolo de Nagoya, em seu artigo 5º, lista os benefícios, dividindo-os em monetários e não-monetários: “4. Os benefícios podem incluir benefícios monetários e não monetários, incluindo, mas não limitados a aqueles listados no Anexo.”

O Anexo do Protocolo de Nagoya, por sua vez, assim dispõe:

1. Entre os benefícios monetários podem-se incluir, mas não se limitar a:
 - (a) taxas de acesso ou taxa por amostra coletada ou de outro modo adquirida;
 - (b) pagamentos antecipados;
 - (c) pagamentos por etapas;
 - (d) pagamento de royalties;
 - (e) taxas de licença em caso de comercialização;
 - (f) taxas especiais a serem pagas a fundos fiduciários que apoiem a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica;
 - (g) salários e condições preferenciais quando mutuamente acordados;
 - (h) financiamento de pesquisa;
 - (i) *joint ventures*;
 - (j) propriedade conjunta dos direitos de propriedade intelectual pertinentes.
2. Entre os benefícios não-monetários podem-se incluir, mas não se limitar a:
 - (a) compartilhamento dos resultados de pesquisa e desenvolvimento;

⁴⁰⁰ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>> . Acesso em 13 de setembro de 2017.

⁴⁰¹ K. PETERSON, *Benefit sharing for all?: bioprospecting NGOs, intellectual property rights, new governmentalities*, in *Political and Legal Anthropology Review*, vol. 24, nº 1, 2001, p. 78. Do original: “Benefit-sharing – is a pseudo-legal concept designed to compensate marginalized and indigenous people and communities for their intellectual contributions to large and wealthy public or private organisations’ bioprospecting endeavors.”

⁴⁰² V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 196.

- (b) colaboração, cooperação e contribuição em programas de pesquisa e desenvolvimento científicos, particularmente em atividades de pesquisa biotecnológica, quando possível na Parte provedora dos recursos genéticos;
- (c) participação no desenvolvimento de produtos;
- (d) colaboração, cooperação e contribuição à forma de capacitação;
- (e) admissão às instalações *ex situ* de recursos genéticos e a bancos de dados;
- (f) transferência, ao provedor de recursos genéticos, de conhecimento e tecnologia em termos justos e mais favoráveis, inclusive em termos concessionais e preferenciais, quando acordados, em particular conhecimento e tecnologia que façam uso de recursos genéticos, incluindo biotecnologia, ou que sejam pertinentes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica;
- (g) fortalecimento das capacidades para transferência de tecnologia;
- (h) capacitação institucional;
- (i) recursos humanos e materiais para fortalecer as capacidades para a administração e implementação da regulamentação de acesso;
- (j) formação relacionada a recursos genéticos com a plena participação de países provedores de recursos genéticos, e quando possível, nesses países;
- (k) acesso a informações científicas pertinentes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, incluindo inventários biológicos e estudos taxonômicos;
- (l) contribuições para a economia local;
- (m) pesquisa dirigida a necessidades prioritárias, tais como saúde e segurança alimentar, tomando em conta os usos nacionais de recursos genéticos na Parte provedora de recursos genéticos;
- (n) relações institucionais e profissionais que possam surgir de um acordo de acesso e repartição de benefícios e das atividades de colaboração subsequentes;
- (o) benefícios em matéria de segurança alimentar e dos meios de subsistência;
- (p) reconhecimento social;
- (q) propriedade conjunta dos direitos de propriedade intelectual pertinentes.⁴⁰³

Em um contrato de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados, pode-se prever a co-propriedade do inventor e do fornecedor dos insumos utilizados na criação. Nesse caso, os benefícios pecuniários devem ser divididos pela metade para cada uma das partes, provedor e inventor. A co-propriedade já foi inclusive mencionada na 5^a Conferência de Partes da Convenção de Diversidade Biológica:

Em especial, os seguintes problemas devem ser considerados como parâmetros para guiar acordos contratuais: (...)

- c) Previsões para a exploração e uso de direitos de propriedade intelectual incluem pesquisa conjunta, obrigação de trabalhar com qualquer direito sobre invenções obtidas ou prover licenças;
- d) Levar em consideração a possibilidade de propriedade conjunta dos direitos de propriedade intelectual.⁴⁰⁴ (tradução nossa)

⁴⁰³ SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>> . Acesso em 13 de setembro de 2017.

⁴⁰⁴ No original: “In particular, the following issues could be considered as guiding parameters for contractual agreements: (...) c) Provision for the exploitation and use of intellectual property rights include joint research, obligation to work any right on inventions obtained or provide licenses; d) Taking into account the possibility of joint ownership of intellectual property rights.” UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Report of the panel of experts on access and benefit-sharing*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 5th meeting, Nairobi, may 2000, UNEP/CBD/COP/5/8, de 2 de novembro de 1999, p. 24-25.

Em publicação do Ministério da Justiça é feita uma análise de duas formas de repartição de benefícios na modalidade monetária, bem como as desvantagens delas decorrentes.⁴⁰⁵

A primeira forma de repartição de benefícios decorre de termos contratuais. O problema identificado, nesse caso, refere-se ao receio de introduzir a noção de “crédito” ou de uma mecânica capitalista em uma comunidade tradicional, o que poderia destruir a sua dinâmica cultural. Ademais, a comunidade precisa lidar com uma racionalidade desconhecida. Por esse motivo, é recomendável a contratação de uma assessoria técnica para auxiliar as comunidades. Mais uma crítica refere-se à implantação de um sistema tutelar, que colide com a autonomia das próprias comunidades.⁴⁰⁶

A segunda modalidade monetária decorreria de um tributo ou pedágio, no qual surgem dúvidas a respeito de como e quem deveria gerir tais recursos. Uma proposta discutida é a de criação de um tributo que incidisse diretamente em lucros de uma empresa sobre a venda de produtos que se utilizaram de conhecimentos tradicionais, o que, certamente, esbarra em empecilhos práticos, ainda mais quando se trata de empresas com diversas filiais espalhadas pelo mundo.⁴⁰⁷

É importante lembrar, ainda, que um sistema *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais deve levar em consideração que o conceito de riqueza para certas comunidades é muito diferente daquele compartilhado pelos ocidentais, de modo que as formas de repartição de benefícios não deveriam se restringir apenas a compensações monetárias.⁴⁰⁸

Nesse sentido, extrai-se do relatório da Comissão sobre Propriedade Intelectual:

Um índio Kechuan do Peru apresentou seu ponto de vista para a Comissão. Para muitas comunidades locais, ele explicou, o conceito de riqueza é completamente diferente do encontrado no mundo ocidental. Para essas comunidades, é

⁴⁰⁵ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 65.

⁴⁰⁶ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 74-75.

⁴⁰⁷ *Ibid.* p. 75.

⁴⁰⁸ COMISSÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, setembro 2002, p. 80. Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2017.

imperativo ser capaz de assegurar que seus conhecimentos tradicionais e leis costumeiras sejam preservados e respeitados, ao invés de obter compensação monetária.⁴⁰⁹

E ainda, no bojo da 3ª Conferência de Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica:

O “respeito” no Artigo 8(j) pode incluir o requerimento para que as Partes respeitem o direito de comunidades indígenas e tradicionais de assegurar a posse sobre suas terras. (...) O segundo aspecto do “respeito” que as Partes devem mostrar em relação aos conhecimentos, inovações e práticas de comunidades indígenas e locais pode ser entendido como o requerimento de conferir a tais conhecimentos, inovações e práticas um *status* comparável àquele conferido a outros tipos de conhecimentos, inovações e práticas (...). A manifestação de tal respeito não precisa, necessariamente, tomar forma monetária. Poderia tomar forma de: incorporar o conhecimento tradicional relevante em programas educacionais e treinamento vocacional; (...) publicamente reconhecer os benefícios dos conhecimentos tradicionais para a sociedade, por exemplo, conferindo aos detentores, individual ou coletivamente, títulos *honoris causa*, títulos, medalhas e outras honrarias; ou incluir detentores de conhecimentos tradicionais em delegações nacionais para reuniões intergovernamentais e internacionais relevantes.⁴¹⁰ (tradução nossa)

Na doutrina, Alberto do Amaral Júnior cita algumas das modalidades de repartição de benefícios: “troca de informações científicas, a transferência de tecnologia e a participação nos resultados financeiros são, entre outras, algumas das modalidades de recompensa escolhidas pelos contratantes.”.

⁴⁰⁹“(…) A Kechuan Indian from Peru, made this point to the Commission. For many local communities, he explained, the concept of wealth is completely different to that found in the western world. For such communities, the imperative is to be able to ensure that their traditional knowledge and the customary laws governing it are preserved and respected, rather than to obtain monetary compensation.”. COMISSÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, setembro 2002, p. 80. Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2017.

⁴¹⁰“The “respect” to in Article 8(j) can thus be taken to include the requirement for Parties to respect the entitlement of indigenous and traditional communities to secure tenure of their traditional lands. (...) A second aspect of the “respect” Parties are required to show with regard to the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities can be understood as the requirement to accord such knowledge, innovation and practices a status comparable to that shown to other types of knowledge, innovation and practices (...). The manifestation of such respect need not necessarily take a monetary form. It could take the form of: incorporating relevant traditional knowledge into educational syllabuses and vocational training; (...) of publicly recognizing the benefits to society arising from traditional knowledge, for example by granting to holders, individual or collective, honorary degrees, titles, medals or other honors; or of including holders of traditional knowledge in national delegations to relevant intergovernmental for a and international meetings.” UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities: implementation of Article 8(j)*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 3rd meeting, 1996, Buenos Aires, Argentina, UNEP/CBD/COP/3/19, 18 de setembro de 1996, p. 14.

O autor afirma que, através da CDB, houve uma valorização dos conhecimentos e modos de vida tradicionais, o que resultou na previsão de justas compensações a tais povos. Nos dizeres do internacionalista:

Tais conhecimentos, a par do valor intrínseco que possuem, impulsionam o avanço da biotecnologia, ao reunir práticas longamente amadurecidas sobre o uso de espécies vegetais ou animais. É natural, portanto, aceitar o direito das populações tradicionais à remuneração pelas vantagens auferidas por terceiros com o emprego comercial de informações acumuladas no transcurso do tempo.⁴¹¹

Os benefícios não-monetários incluem a troca de informações e a transferência de tecnologia. A troca de informações mostra-se importante para a transmissão de resultados de pesquisas. Já no que concerne a transferência de tecnologia, seria possível implementá-la de diferentes formas, tais como a transferência de equipamentos e locais para a realização de pesquisas e instalação de laboratórios, a transferência de *know-how* para a utilização de tais equipamentos, e o treinamento de pesquisadores.⁴¹²

Também acerca do assunto, Juliana Santilli discorre ao tratar da antiga Medida Provisória brasileira:

O art. 25 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001 prevê que os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado poderão constituir-se, entre outros, divisão de lucros, pagamento de *royalties*, acesso e transferência de tecnologias, licenciamento livre de ônus, de produtos e processos, e capacitação de recursos humanos. Outros mecanismos incluem o pagamento de taxas de coleta e bioprospecção, para amostras de material biológico/genético, e o pagamento de taxas em cada etapa da pesquisa. Parece-nos, entretanto, que os mecanismos mais eficientes e equitativos de repartição de benefícios são aqueles que implicam a participação e o envolvimento das comunidades nas atividades de pesquisa e desenvolvimento, sua capacitação e treinamento para uma participação efetiva e qualificada e não apenas formal, o acesso a tecnologias, inclusive biotecnologias protegidas por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, e a participação nos lucros auferidos com a comercialização de produtos e processos desenvolvidos com a utilização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais de que são detentores. Pagamentos pontuais, como taxas de coleta e bioprospecção, que não promovem um processo mais amplo e permanente de troca de informações e de repartição de benefícios, têm alcance limitado.⁴¹³

Uma problemática levantada pela autora, refere-se à repartição de benefícios quando os recursos genéticos e/ou os conhecimentos tradicionais são detidos ou

⁴¹¹ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 663.

⁴¹² V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 201.

⁴¹³ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 368-369.

compartilhados por mais de uma comunidade tradicional ou povo indígena. É importante, nesse caso, travar negociações e repartir os benefícios com todos possíveis afetados, para se evitar a concorrência entre os povos ou a restrição da troca de informações entre eles.⁴¹⁴

Ademais, Santilli traz a proposta de criação de Fundos de Repartição de Benefícios, os quais serviriam tanto para o financiamento de projetos de conservação nos territórios das comunidades tradicionais, quanto para o financiamento de projetos voltados à sua sustentabilidade econômica, cultural e social.⁴¹⁵

A ideia de reverter os valores para um Fundo, porém, também é alvo de críticas, pois apesar de permitir que a comunidade seja beneficiada com a aplicação desses recursos, é necessária a participação desses beneficiários na sua gestão. A esse respeito:

(...) estes fundos precisam contemplar a questão da participação destas comunidades. Uma administração feita de cima para baixo, sem levar em conta as necessidades culturais e locais destes grupos, equivaleria a tratar tais comunidades como objetos e não como sujeitos do processo. Desta forma, fica clara a necessidade de incorporar as comunidades na gestão destes recursos para que elas possam decidir sobre a melhor forma de promover a preservação e o desenvolvimento de suas práticas culturais.⁴¹⁶

A legislação atual brasileira (Lei nº 13.123/15) divide os benefícios em monetários e não-monetários, da seguinte forma:

Art. 19. A repartição de benefícios decorrente da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado poderá constituir-se nas seguintes modalidades:

I – monetária; ou

II – não monetária, incluindo, entre outras:

- a) projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição in situ ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local de origem;
- b) transferência de tecnologia;
- c) disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica;
- d) licenciamento de produtos livre de ônus;
- e) capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e
- f) distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social.

⁴¹⁴ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 369.

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 369.

⁴¹⁶ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, p. 76.

(...)

§ 3º A repartição de benefícios não monetária correspondente a transferência de tecnologia poderá realizar-se, dentre outras formas, mediante:

I – participação na pesquisa e desenvolvimento tecnológico;

II – intercâmbio de informações;

III – intercâmbio de recursos humanos, materiais ou tecnologia entre instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada, e instituição de pesquisa sediada no exterior;

IV – consolidação de infraestrutura de pesquisa e desenvolvimento tecnológico;

e

V – estabelecimento de empreendimento conjunto de base tecnológica.⁴¹⁷

Em resumo, as formas de repartição de benefícios a serem adotadas podem ser, em geral, divididas em dois grandes grupos, quais sejam, o de benefícios monetários e o de benefícios não-monetários. Benefícios monetários podem ser diretamente transferidos aos detentores de conhecimentos tradicionais, através de contratos ou através de Fundos. Benefícios não-monetários, por sua vez, mostram-se de grande importância, tendo em vista que muitas culturas tradicionais não atribuem ao capital o mesmo valor que os povos ocidentais. Além disso, há uma controvérsia a respeito dos impactos, positivos ou não, da inserção de grandes quantias de dinheiro em tais comunidades.

3.3.1.2.3 *Termos mutuamente acordados*

Embora a expressão “termos mutuamente acordados” não esteja prevista expressamente na Convenção sobre Diversidade Biológica, é possível dizer que a ideia está implícita no teor do artigo 15.4, ao prever que o acesso a recursos genéticos deve ser concedido “de comum acordo”.

A noção de “termos mutuamente acordados” expressa a “necessidade de formalização por meio de contrato”⁴¹⁸. Cuida-se, portanto, de uma forma de oficializar quais serão os termos de acesso aos recursos e aos conhecimentos tradicionais, assim como de elencar os benefícios decorrentes desse acesso e a forma como serão repartidos.

⁴¹⁷ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2017.

⁴¹⁸ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 59-60.

O contrato firmado para o acesso e repartição de benefícios deverá ser firmado entre a comunidade detentora do recurso genético ou conhecimento tradicional e o interessado na sua utilização. O papel do Estado, nesse processo, é de um agente fiscalizador, para garantir o equilíbrio entre as partes e a validade do contrato.⁴¹⁹

Pelo que ensinam Sarah Laird e Rachel Wynberg, raramente a bioprospecção envolverá tão somente um contrato de acesso e repartição de benefícios. Há casos em que um acordo sofrerá diversos aditamentos e/ou em que haverá diversas permissões dele decorrentes. Também há casos em que diferentes contratos são firmados a cada fase da negociação para acesso e repartição de benefícios. Por exemplo, na fase inicial poder-se-ia assinar um acordo de confidencialidade e um contrato para pesquisa. Em um segundo momento, seria assinado um contrato para transferência de material (ou de conhecimento). Por fim, em uma fase final, haveria a assinatura de um contrato de licenciamento e comercialização.⁴²⁰

No Brasil, o instrumento jurídico utilizado para reger o acesso e a repartição de benefícios era, inicialmente, o Contrato de Utilização de Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios, previsto no artigo 7º, inciso XVIII da Medida Provisória nº 2.186-16/01. O referido contrato era definido como “o instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios”.⁴²¹

O artigo 27 da Medida Provisória, por sua vez, tratava das partes contratantes, quais sejam, de um lado “o proprietário de área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local” e do outro “a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinatária”.

⁴¹⁹ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 368.

⁴²⁰ S. LAIRD – R. WYNBERG, in UNEP, Secretariat of the Convention on Biological Diversity *Access and Benefit-sharing in practice: trends in partnerships across sectors*, Montréal, CBD Technical Series No. 38, 2008, pp. 27-28.

⁴²¹ BRASIL, *Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

O artigo 28 da MP previa as cláusulas essenciais do Contrato de Utilização de Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios: (i) objeto, elementos, quantificação da amostra e uso pretendido; (ii) prazo de duração; (iii) forma de repartição justa e equitativa de benefícios e, se cabível, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia; (iv) direitos e responsabilidades; (v) direito de propriedade intelectual; (vi) rescisão; (vii) penalidades; e (viii) foro no Brasil.⁴²²

A Lei nº 13.123/15, por sua vez, definiu, em seu artigo 2º, inciso XX, o termo “acordo de repartição de benefícios” como sendo o “instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios.”. É interessante notar, contudo, que a lei inovou ao criar o “Acordo Setorial”, o qual é o instrumento firmado entre o Poder Público e os usuários para a exploração de recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais associados de origem não-identificável.⁴²³

A noção de “termos mutuamente acordados”, portanto, não enseja grandes controvérsias e, basicamente, trata da ideia de formalizar os compromissos assumidos pelas partes envolvidas no acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, com a respectiva forma de repartição de benefícios a ser fixada a título de compensação por tal acesso.

3.3.2 Organização Mundial de Propriedade Intelectual, âmbito regional e legislações nacionais

No âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, a questão da proteção de conhecimentos tradicionais e do acesso aos recursos genéticos é debatida no Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore. De acordo com Andressa Caldas, a tendência de tal comitê

⁴²² BRASIL, *Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

⁴²³ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2017.

é promover a utilização de mecanismos de propriedade intelectual já existentes para a consecução de tais objetivos.⁴²⁴

Até a sétima reunião, realizada em novembro 2004, não houve grandes avanços, pois o Comitê não havia sequer entrado em consenso a respeito de seus próprios trabalhos.⁴²⁵ Porém, desde a sua criação, o Comitê já realizou trinta e quatro reuniões, sendo que a última foi realizada no período entre 12 e 16 de junho de 2017⁴²⁶, tendo sido estabelecida sua meta de criar um acordo de âmbito internacional que garanta a proteção balanceada e efetiva de conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais.⁴²⁷

Já na América Latina, o destaque recai sobre a Decisão nº 391⁴²⁸ adotada no âmbito do Pacto Andino, atualmente conhecido como Comunidade Andina, dos quais faziam parte, na época, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela⁴²⁹. A Decisão cuidou de criar um Regime Comum de Acesso aos Recursos Genéticos, disciplinando procedimentos comuns a todos os países-membros, que deveriam ser incorporados a sua legislação nacional. Assim, a Decisão nº 391, que disciplinou a matéria relativa ao acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, entrou em vigor em agosto de 1996.

Porém, ainda que tenha sido um documento pioneiro no tratamento da matéria, não se deixou de fazer críticas em relação a ele. Por um lado, a Decisão nº 391 reconhece a contribuição histórica das comunidades indígenas, afroamericanas e locais na conservação e no uso sustentável de recursos biológicos. Por outro lado, foi dito que o texto estabelecia uma única maneira de valorar os benefícios provenientes da biodiversidade, impondo a visão ocidental sobre a questão.⁴³⁰

⁴²⁴ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 145.

⁴²⁵ A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 10.

⁴²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, WIPO/GRTKF/IC/34.

⁴²⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Matters Concerning the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Assemblies of Member States of WIPO Fifty-Seventh Session. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/pdf/igc_mandate_2018-2019.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2017.

⁴²⁸ COMUNIDADE ANDINA, *Decision No. 391 establishing the Common Regime on Access to Genetic Resources*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=223520>. Acesso em 25 de julho de 2017.

⁴²⁹ A Venezuela deixou a Comunidade Andina em 2006.

⁴³⁰ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 145.

Na África, por sua vez, foi elaborada, pela Organização da Unidade Africana (Organization of African Unity), uma legislação modelo para o reconhecimento e proteção de direitos de comunidades locais, fazendeiros e cultivadores, bem como para a regulamentação do acesso a recursos biológicos. Assim como o modelo sul-americano, a legislação africana estabeleceu a necessidade de consentimento prévio e informado tanto do Estado, quanto de comunidades locais, para que se dê o acesso aos recursos.

No âmbito nacional, a matéria também foi objeto de regulamentação. A Costa Rica aprovou, em 1998, uma Lei de Biodiversidade (Ley de Biodiversidad nº 7788 de 23 de abril de 1998⁴³¹), reconhecendo e protegendo os conhecimentos, mediante mecanismos legais apropriados, tais como “patentes, segredos comerciais, direitos de fito-melhorista, direitos intelectuais comunitários *sui generis*, direito de autor e direito dos agricultores”⁴³².

A Bolívia, por sua vez, disciplinou a Decisão nº 391 de 1996 do Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos⁴³³ através do Decreto nº 24.676/1997 (Decreto Supremo nº 24.676 de 21 de junho de 1997⁴³⁴). Quanto aos conhecimentos tradicionais o Decreto estabeleceu sua proteção através de contratos “subscritos por provedores do componente intangível e o solicitante do acesso”⁴³⁵.

Patrícia Aurélia del Nero e Luiz Otávio Pimentel discorrem a respeito, ainda, da situação equatoriana:

O Equador, em 1996, aprovou uma lei de proteção à biodiversidade que declara e, ao mesmo tempo, determina expressamente que o Estado equatoriano é o titular dos direitos de propriedade sobre as espécies que integram a biodiversidade no país, que se consideram como bens nacionais e de uso público; que sua exploração comercial se sujeitará à regulamentação especial que determinará o presidente da república, garantindo os direitos ancestrais das comunidades indígenas sobre os conhecimentos e os componentes intangíveis da biodiversidade e dos recursos genéticos e o controle sobre ele. É necessário destacar que não existe, ainda, no Equador uma regulamentação do acesso aos recursos genéticos, embora esse país já tenha formado, segundo a Revista

⁴³¹ COSTA RICA, *Ley de Biodiversidad N° 7788 de 23 de abril de 1998*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126084>. Acesso em 12 julho de 2017.

⁴³² L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 462.

⁴³³ O Regime Comum de Acesso aos Recursos Genéticos foi adotado pelos países-membros da Comunidade Andina, na época formada por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

⁴³⁴ BOLÍVIA, *Decreto Supremo n° 24676, Reglamento de la Decisión 391 Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*. Disponível em <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/gmfp/docs/Bol-DS-24676-97-Reglamento-Decision-391-Rec-Geneticos-.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2017.

⁴³⁵ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 463.

Semillas en la Economía Campesina, um grupo de trabalho sobre biodiversidade.⁴³⁶

Interessante notar, porém, que a Lei que protege a biodiversidade no Equador conta com somente dois artigos⁴³⁷, tratando-se muito mais de uma declaração, do que uma regulamentação propriamente dita. Já em 2017, o Equador promulgou o Código Orgânico do Meio Ambiente, do qual vale a pena destacar o artigo 72:

Os direitos outorgados sobre os recursos biológicos não concedem direito algum sobre os recursos genéticos ou seus derivados, nem sobre os conhecimentos coletivos associados a eles, em conformidade com a lei e a Constituição.

As autorizações administrativas às atividades de investigação, manejo, comercialização ou outras, de espécies, elementos constitutivos e subprodutos de espécies da vida silvestre, não autorizam o acesso aos recursos genéticos e seus derivados.

As investigações realizadas sobre os recursos genéticos deverão estar sistematizadas e ser recompiladas pelo Instituto Nacional de Biodiversidade.⁴³⁸ (tradução nossa)

No caso do Peru, foi formado um grupo para elaboração de um projeto de lei que regulamentasse o acesso aos recursos genéticos e a proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.⁴³⁹ O projeto foi aprovado, resultando na Lei nº 27.811 de 2002, que estabelece o regime de proteção dos conhecimentos coletivos dos povos indígenas vinculados a recursos biológicos⁴⁴⁰. A complementar a Lei nº 27.811, foi aprovada, em 2004, a Lei nº 28.216 para a proteção do acesso à diversidade biológica peruana e conhecimentos coletivos de povos indígenas, a qual cria uma Comissão Nacional para Proteção do Acesso à Diversidade Biológica Peruana e ao Conhecimento Tradicional.

O país conta, ainda, com uma vasta legislação voltada à proteção ambiental: Código do Meio Ambiente (Decreto Legislativo nº 613); a Lei sobre a Conservação e

⁴³⁶ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL'OLMO (coord.), Curso de Direito Internacional Contemporâneo, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 463.

⁴³⁷ EQUADOR, *Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador*. Disponível em <<http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/06/Ley-que-protege-la-Biodiversidad-en-el-Ecuador.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

⁴³⁸ EQUADOR, *Código Orgánico del Ambiente*. Disponível em <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu167116.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

⁴³⁹ “O governo peruano encarregou um grupo formado por representantes de comunidades indígenas, organizações não-governamentais e funcionários dos Ministérios da Saúde, Indústria, Agricultura e do Instituto Nacional de Defesa da Propriedade Intelectual (INDECOPI) para formularem um projeto de lei regulando as disposições referentes ao acesso aos recursos genéticos e à proteção aos conhecimentos associados à biodiversidade.” L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL'OLMO (coord.), Curso de Direito Internacional Contemporâneo, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 463.

⁴⁴⁰ PERU, *Ley nº 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Disponível em <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

Aproveitamento Sustentável da Diversidade Biológica (Lei nº 26.839); Lei de Áreas Nacionais Protegidas (Lei nº 26.834); Lei sobre Fauna e Floras Silvestres (Lei nº 27.308); Lei de Aproveitamento de Plantas Medicinais (Lei nº 27.300).⁴⁴¹

Vale destacar também o caso da Colômbia, na qual a Decisão nº 391 é regulamentada pela Resolução nº 620, de 07 de julho de 1997, que estabelece, em suma, o procedimento para as solicitações de acesso aos recursos genéticos. Apenas em 2014, sobreveio a Resolução nº 1.348, que estabelece as atividades que configuram acesso aos recursos genéticos. Tal Resolução foi alterada pela Resolução nº 1.352, de 11 de julho de 2017, prevendo que para a solicitação de patente de produtos derivados de recursos genéticos, deve-se apresentar a cópia do contrato de acesso, cumprindo-se as disposições da Decisão Andina nº 486 de 2000.⁴⁴²

No Panamá, por sua vez, a Lei nº 20, de 26 de junho de 2000, regulamenta o sistema especial de propriedade intelectual coletiva de povos indígenas para a proteção e defesa de sua identidade cultural e de seus conhecimentos tradicionais. A lei, porém, não trata expressamente da proteção de conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos, tendo artigos mais voltados à proteção de expressões culturais indígenas, tais como instrumentos musicais, vestimentas, danças etc.⁴⁴³

No continente europeu, Portugal estabeleceu, através do Decreto-Lei nº 118/2002, o “regime jurídico do registro, conservação, salvaguarda legal e transferência do material vegetal autóctone com interesse para a actividade agrária, agro-florestal e paisagística.”. O preâmbulo do Decreto-Lei destaca não só a influência da Convenção sobre a Diversidade Biológica, mas também do regime implantado pela FAO acerca de recursos genéticos para a alimentação:

Os direitos soberanos dos Estados sobre os seus recursos genéticos e a partilha justa e equitativa dos benefícios derivados da sua utilização estão consignados na Convenção para a Diversidade Biológica, segundo a qual cada Parte Contratante deverá, na medida do possível e conforme o apropriado, promover a elaboração

⁴⁴¹ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 463.

⁴⁴² COLÔMBIA, Ministério de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em <<http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=782:planta-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistemas-57#normatividad>>. Acesso em 9 de setembro de 2017.

⁴⁴³ PANAMÁ, *Law No. 20 of June 26, 2000, on Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177308>. Acesso em 23 de julho de 2017.

de legislação e outras disposições regulamentares necessárias para a proteção da diversidade das espécies e dos recursos genéticos.

Também no Plano Global de Acção para a Conservação e a Utilização Sustentável dos Recursos Genéticos para a Alimentação e Agricultura, adoptado pela Conferência Técnica Internacional sobre Recursos Genéticos Vegetais, realizada em Leipzig, em 1996, no âmbito da FAO, se refere na alínea e) do seu parágrafo 203, que os governos devem considerar medidas legislativas que permitam a distribuição e comercialização de variedades locais.⁴⁴⁴

A Diretiva Europeia 98/44, de 06 de julho de 1998, volta-se à proteção legal de patentes biotecnológicas. Seu artigo 1º estatuiu que a matéria seria regida pela Diretiva, sem prejuízo das obrigações assumidas pelos países membros em tratados internacionais, notadamente o Acordo TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica.⁴⁴⁵

No continente africano, vale destacar a aprovação da Declaração de Proteção ao Conhecimento Tradicional e Expressões Culturais, de 2015, do Quênia. Embora o texto não faça menção expressa à CDB, de sua leitura é possível notar que as disposições se coadunam com os objetivos da Convenção. Já a Proclamação nº 482/2006 da Etiópia volta-se à regulamentação da matéria relativa ao acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, como forma de implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica, como se depreende de seu preâmbulo.⁴⁴⁶

No Brasil, a matéria foi regulamentada, inicialmente, pela Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001. O artigo 1º da Medida Provisória previa os objetivos de dispor sobre bens, direitos e obrigações relativas: (i) ao acesso ao patrimônio genético nacional; (ii) ao acesso ao conhecimento tradicional; (iii) à repartição justa e equitativa de benefícios resultantes da exploração de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais associados; e (iv) ao acesso e transferência de tecnologia.

Ao tratar da proteção ao conhecimento tradicional associado, cumpre destacar o teor do artigo 8º da Medida Provisória, que previa:

Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não

⁴⁴⁴ PORTUGAL, *Decreto-Lei nº 118/2002 de 20 de Abril (Material vegetal autóctone)*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181397>. Acesso em 23 de julho de 2017.

⁴⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126957>. Acesso em 17 de dezembro de 2017.

⁴⁴⁶ QUÊNIA, *The Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Act, 2016*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=415121>. E: ETIÓPIA, *Access to Genetic Resources and Community Knowledge, and Community Rights Proclamation No. 482/2006*. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179080>. Acesso em 24 de julho de 2017.

autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada. §1º O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País (...).⁴⁴⁷

A temática do acesso e uso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais havia sido, originariamente, prevista no Projeto de Lei nº 306 de 1995, da outrora Senadora Marina Silva. Porém, o Poder Executivo deslocou a temática do debate parlamentar para o âmbito unilateral da Medida Provisória. Assim, a Medida Provisória nº 2.186-16/01 passou a ser alvo de críticas, pois a matéria deveria ter sido disciplinada através de lei.⁴⁴⁸ Além disso, era criticada a falta de amplo debate nacional e de participação popular em um contexto democrático.

O Decreto nº 3.941 de 28 de setembro de 2001 veio a regular a MP nº 2.186-16/01, estabelecendo as normas de funcionamento do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen). Novamente, críticas afloraram, dirigidas à composição do CGen, o qual era essencialmente governamental e fechado para a participação de organizações da sociedade civil, da comunidade científica e de demais interessados⁴⁴⁹.

A Medida Provisória nº 2.186-16/01 foi revogada pela Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Já no artigo 1º da Lei é possível identificar uma expansão nos objetivos em relação ao regime anterior:

⁴⁴⁷ BRASIL, *Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

⁴⁴⁸ “A constitucionalidade dessa Medida Provisória era duvidosa. Em uma rápida apreciação, pode-se detectar que, primeiramente, a matéria deveria ser disciplinada por meio de lei, em observância ao princípio da estrita legalidade. Além do mais, cumpre destacar que tanto a Convenção sobre Diversidade Biológica (art. 1º), quanto o art. 225 da Constituição Federal, traçam regras sobre os “recursos genéticos”. No entanto, a referida Medida Provisória, por seu turno, disciplina o “patrimônio genético.” L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 461.

⁴⁴⁹ Vide o artigo 2º do Decreto: “Artigo 2º O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético é composto por um representante e dois suplentes dos seguintes órgãos e entidades da Administração Pública Federal, que detém competência sobre as matérias objeto da Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001: I- Ministério do Meio Ambiente; II- Ministério da Ciência e Tecnologia; III- Ministério da Saúde; IV- Ministério da Justiça; V- Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; VI- Ministério da Defesa; VII- Ministério da Cultura; VIII- Ministério das Relações Exteriores; IX- Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; X- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; XI- Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro; XII- Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq; XIII- Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – INPA; XIV- Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa; XV- Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz; XVI- Instituto Evandro Chagas; XVII- Fundação Nacional do Índio – Funai; XVIII- Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI; XIX- Fundação Cultural Palmares.”. BRASIL, *Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3945.htm>. Acesso em 15 de julho de 2017. E: L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 461.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos:

- I- ao acesso ao patrimônio genético do País, bem de uso comum do povo encontrado em condições in situ, inclusive das espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições ex situ, desde que encontrados em condições in situ no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva;
- II- ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;
- III- ao acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica;
- IV- à exploração econômica do produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado;
- V- à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, para conservação e uso sustentável da biodiversidade;
- VI- à remessa para o exterior de parte ou do todo de organismos, vivos ou mortos, de espécies animais, vegetais, microbianas ou de outra natureza, que se destine ao acesso ao patrimônio genético; e
- VII- à implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados.⁴⁵⁰

Como já visto, uma das inovações da Lei brasileira em relação à Medida Provisória revogada foi a divisão dos conhecimentos tradicionais em “conhecimento tradicional associado” e “conhecimento tradicional de origem não identificável”. Tal distinção é importante, pois as partes e os benefícios constantes no acordo de acesso a ser firmado serão diferentes em cada um dos casos.

Além disso, a Lei introduziu o conceito de “consentimento prévio informado”, em substituição à “anuência prévia” anteriormente prevista na Medida Provisória, e ampliou as possíveis benefícios decorrentes dos acordos, que passaram a ser divididos em benefícios monetários e não-monetários.

Os critérios para composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) também foram alterados. O artigo 6º passou a prever:

Art. 6º Fica criado no âmbito do Ministério do Meio Ambiente o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen, órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a paridade entre:

⁴⁵⁰ BRASIL, *Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

- I- setor empresarial;
- II- setor acadêmico; e
- III- populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.⁴⁵¹

Vale mencionar ainda que a Lei nº 13.123/15 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016, que trata não apenas do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), mas que também se aprofunda nas regras a respeito do acesso ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios. Além disso, o Decreto cria o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado – SISGEN e prevê as infrações administrativas contra o patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, com as suas respectivas punições.

O Decreto regulamenta, ainda, o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB), criado pela Lei nº 13.123/15, e o Programa Nacional de Repartição de Benefícios, instituído pelo artigo 33 da referida lei.

Por fim, insta ressaltar a aprovação da Lei de Proteção aos Cultivares – Lei nº 9.456 de 25 de abril de 1997 – no Brasil. A lei tem como objetivo proteger o direito dos melhoradores (ou “*plant breeder’s right*”), também chamado de “fitomelhorador”. De acordo com seu artigo 2º,

(...) a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.

O artigo 3º, ainda, apresenta algumas definições, das quais se destacam os incisos I e IV:

Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei:
 I- melhorista: a pessoa física que obtiver cultivar e estabelecer descritores que a diferenciem das demais; (...)
 IV- cultivar: 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, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso

⁴⁵¹ BRASIL, Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.⁴⁵²

Por suposto, a lei requer a comprovação dos requisitos de distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade para que seja concedida a proteção. Caso os requisitos sejam preenchidos, é emitido um certificado, o “Certificado de Proteção de Cultivar” (artigos 20 a 22 da Lei) pelo Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, criado no âmbito do Ministério da Agricultura (artigo 45 da Lei).

Vê-se, pois, que a questão do acesso aos conhecimentos tradicionais (e aos recursos genéticos) é profundamente discutida no âmbito da OMPI e no âmbito regional. Ademais, diversas legislações nacionais passaram a integrar os conceitos previstos na Convenção sobre Diversidade Biológica para tratarem do assunto e regulamentaram a matéria, buscando, de tal maneira, implementar de maneira efetiva a Convenção.

3.3.3 TRIPS e CDB: uma aparente contradição

Na busca de um regime para a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados, muito se discute a respeito da harmonização dos dispositivos do Acordo TRIPS, com direitos previstos na Convenção sobre Diversidade Biológica.

A questão foi exposta na Organização Mundial do Comércio (OMC) na Reunião Ministerial da Rodada de Doha, em 2001, nos seguintes termos:

19. Encomendamos aos Conselhos dos ADPIC que, ao levar adiante seu programa de trabalho incluído no marco do exame previsto no parágrafo 3 b do art. 27, do exame da aplicação do Acordo sobre os ADPIC previsto no parágrafo 1 do art. 71 e do trabalho previsto no cumprimento do parágrafo 12 da presente Declaração, examine, entre outras coisas, a relação entre o Acordo sobre os ADPIC e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a produção dos conhecimentos tradicionais e o folclore e outros novos acontecimentos pertinentes assinalados pelos Membros de conformidade com o parágrafo 1 do art. 11. Ao realizar esta tarefa, o Conselho dos ADPIC se regerá pelos objetivos e princípios enunciados nos art. 7 e 8 do Acordo sobre ADPIC e terá plenamente em conta a dimensão do desenvolvimento.⁴⁵³

⁴⁵² BRASIL, *Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm>. Acesso em 28 de julho de 2017.

⁴⁵³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Draft Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/W/1*, de 14 de dezembro de 2001.

À primeira vista, já se podia identificar um embate entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento na fase de negociação da Convenção sobre Diversidade Biológica. Nesse sentido:

As dificuldades decorriam da divergência dos interesses dos países desenvolvidos em relação às pretensões dos países em desenvolvimento. Os primeiros não concordaram com o modelo proposto, o qual previa que os setores privados deveriam ser incentivados a transferir tecnologias relevantes à conservação da biodiversidade aos países em desenvolvimento, mediante condições favoráveis e não em bases comerciais. Por outro lado, os países em desenvolvimento propunham que tais condições fossem adotadas para a transferência tecnológica e, além disso, pretendiam que baixos parâmetros de proteção intelectual na área biotecnológica ficassem determinados.⁴⁵⁴

A relação e contradição entre os objetivos econômicos, representados pelo Acordo TRIPS, e ambientais, previstos pela CDB, no que tange o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais é muito debatida, podendo-se destacar a lição de Alberto Amaral Júnior a esse respeito:

O Acordo TRIPS encoraja a inovação em setores lucrativos que nem sempre coincidem com a meta de preservação ambiental. Os Direitos de Propriedade Intelectual relacionam-se com a proteção do meio ambiente sob muitos aspectos, como exemplifica a Convenção sobre Diversidade Biológica, adotada por ocasião da Conferência do Rio de 1992. Os mais proeminentes concernem à atribuição de direitos de propriedade sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, à distribuição dos benefícios decorrentes do uso de tais recursos, à transferência de tecnologia e à criação de sistemas *sui generis* de proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.⁴⁵⁵

Entretanto, o autor avalia que a questão econômica foi inserida na Convenção, dentro da lógica do desenvolvimento sustentável. Ou seja, a CDB:

É, ao mesmo tempo, um tratado comercial, que disciplina o comércio dos recursos genéticos, e uma Convenção voltada a proteger o rico e variado patrimônio biológico do planeta. O comércio é inserido no horizonte da sustentabilidade, valor que organiza a relação e assegura o equilíbrio entre esferas que não se comunicavam. Trata-se, por conseguinte, de comércio destinado a promover a sustentabilidade do planeta, o que significa, em outras palavras, o repúdio ao intercâmbio de bens que venha a colidir com esse desiderato. A partilha equitativa dos benefícios, encorajada pelo texto convencional, pretendeu aumentar o incentivo econômico para que os países ricos em diversidade biológica conservem o patrimônio genético de que dispõem. A Convenção não se contentou em estabelecer regras sobre o comércio de recursos genéticos, na ambição de captar o valor econômico da diversidade biológica. Ampara bens e serviços fora do mercado, que favorecem a manutenção e a sustentabilidade da biosfera ao longo do tempo. Tais bens não podem ser substituídos com o emprego das tecnologias atuais e é improvável que as sociedades humanas contarão com recursos para substituí-los no futuro,

⁴⁵⁴ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 141.

⁴⁵⁵ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 660.

mesmo se para tanto considerarmos as possibilidades abertas pelo progresso científico.⁴⁵⁶

Por fim, o autor conclui que a separação das matérias econômica e ambiental não pode, nem deve mais prevalecer, pois se trata de um sistema defasado, que não mais atende às necessidades da atualidade: “A erosão das fronteiras rígidas a separar os assuntos denuncia os limites do modelo regulatório tradicional, esgotado pelas interconexões temáticas cada vez mais perceptíveis.”⁴⁵⁷

Igualmente, a negociação do Acordo TRIPS não foi tranquila. Diversas foram as divergências, especialmente no tocante ao artigo 27, quanto aos parâmetros e restrições ao patenteamento de formas de vida e da biotecnologia.

Como se sabe, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC), mais conhecido como TRIPS, prevê em seu artigo 27.3(b) a patenteabilidade de microorganismos e processos não-biológicos e microbiológicos. A linguagem vaga do artigo, porém, abre margem para extensos debates a respeito de quais organismos e processos estariam revestidos dos requisitos para a patenteabilidade.⁴⁵⁸

Ademais, justamente pelo fato do artigo 27(b) do TRIPS não prever expressamente os requisitos da CDB para a patenteabilidade de tais microorganismos e processos, surge um problema de ineficácia de princípios da Convenção, o que é corroborado, ainda, pela ausência de mecanismos sancionatórios.⁴⁵⁹

Seguindo-se nesse debate, um grupo de países já apresentou propostas para modificação do artigo 27, mais especificamente, para que fossem incluídos mais três requisitos para a patenteabilidade de produtos derivados de material biológico ou de conhecimentos tradicionais, quais sejam: (i) a revelação da fonte ou origem do material

⁴⁵⁶ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 601.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 9. Ver a Submissão de Brasil, Cuba, Equador, Índia, Peru, Tailândia e Venezuela: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *The relationship between the TRIPS agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD)*, IP/C/W/420, de 02 de março de 2004. E: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Follow-up Question posed by the United States*, IP/C/W/420/Add. 1, de 05 de março de 2004.

⁴⁵⁹ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 350.

biológico ou do conhecimento; (ii) comprovação do consentimento prévio e informado; e (iii) comprovação de acordo de repartição de benefícios.⁴⁶⁰

Um outro ponto de discordância entre a CDB e o TRIPS deveu-se às disposições que previam a transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento. O artigo 16 da CDB prevê expressamente que as Partes Contratantes comprometem-se a facilitar e/ou permitir às outras “o 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.” (artigo 16.1).

O artigo ainda prevê que a transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento se dará em condições favoráveis e preferenciais, assim como estatui que os direitos de patentes e propriedade intelectual não se oponham a tal finalidade. O maior crítico ao dispositivo foi os Estados Unidos da América, que aí enxergou uma violação ao princípio do livre-mercado.⁴⁶¹

A esse respeito, leciona Alberto do Amaral Júnior:

O conflito entre a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Acordo TRIPS, no campo da transferência de tecnologia, é um problema delicado, que desperta intenso debate entre os doutrinadores. O Acordo TRIPS, organizado em torno de regras que tutelam o interesse do inventor, estabelece as exigências para transferência dos direitos de propriedade intelectual, fiel à orientação privada que o inspira. Cabe ao titular da patente, conforme o seu interesse, transferi-la ou licenciá-la, faculdades exercidas em razão da exclusividade que a patente confere. Em contraste, a Convenção sobre Diversidade Biológica determina a prioridade aos países em desenvolvimento, normalmente realizada sob a forma de condições preferenciais, além da ação conjunta entre as empresas, com sede nos países desenvolvidos, e a instituições públicas ou privadas das nações em desenvolvimento provedoras de recursos naturais.⁴⁶²

⁴⁶⁰ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 350 e A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 9. Ver: IP/C/W/420 e IP/C/W/420/Add. 1.

⁴⁶¹ Extrai-se da declaração dos Estados Unidos: “(...) As a matter of substance, we find particularly unsatisfactory the text’s treatment of intellectual property rights; finances, including, importantly, the role of the Global Environment Facility (GEF); technology transfer and biotechnology.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Environment and TRIPS*, WT/CTE/W/8, de 8 de junho de 1995.

⁴⁶² A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 665-666. E ainda: “A doutrina cogitou a probabilidade de conflito entre o art. 16.2 da Convenção sobre Diversidade Biológica e as cláusulas de nação mais favorecida e do tratamento nacional, contemplada, respectivamente, nos arts. 3 e 4 do TRIPS. Esses dispositivos foram idealizados, nos anos 40, com um objetivo preciso: evitar, no âmbito do GATT, que a discriminação, prática comum no período entre guerras, pudesse distorcer o fluxo econômico entre os Estados. (...) O objetivo visado foi, portanto, assegurar a igualdade de tratamento, por intermédio do repúdio explícito às distinções arbitrárias e injustificáveis. Isso não significa, segundo Goyal,

Para o autor, porém, esse conflito entre o artigo 16.1 da CDB e as disposições de tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida do TRIPs não existe, devendo a discriminação prevista na Convenção ser aceita sempre que existir o intuito de se conservar a diversidade biológica. Relembra o autor que o próprio preâmbulo e o artigo 8.2 do TRIPs reconhecem as necessidades especiais de países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos.⁴⁶³

Por outro lado, Viviane Alves Bertogna assinala que a CDB se encontra em posição desvantajosa, tendo em vista que, diferentemente do acordo TRIPs, não prevê mecanismos sancionatórios e de coerção. Ou seja, os países tendem a privilegiar o cumprimento do acordo comercial em detrimento da CDB, evitando, assim, a aplicação de sanções comerciais.⁴⁶⁴

Em resumo, Ana Lucia Assad bem sintetiza em que consiste a contradição entre o CDB e o Acordo TRIPs, especialmente no que tange a patenteabilidade de produtos derivados de recursos genéticos:

(...) o sistema de concessão de patentes como reconhecido pelos países signatários da OMC/TRIPs, precisa levar em consideração a soberania dos países sobre seus recursos genéticos e que a declaração obrigatória das informações solicitadas, por ocasião do depósito do pedido de patente que tenha como base esse recurso, ajudaria a mapear os países a serem beneficiados com a repartição de benefícios, de acordo com o artigo 15 da CBD. Até o momento, no entanto, os debates referentes à harmonização de OMC/TRIPs e da CDB não lograram qualquer decisão de consenso.⁴⁶⁵

Assim, verifica-se que no estágio atual, o TRIPs admite a proteção de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais através dos direitos de propriedade intelectual, bastando para tanto a comprovação dos requisitos ali previstos. Por outro lado, a Convenção sobre Diversidade Biológica traz limitações ao livre acesso e à “privatização” desses recursos e conhecimentos, deixando claro que os Estados possuem direitos soberanos sobre seus recursos genéticos e que os conhecimentos das populações tradicionais não fazem parte do domínio público, dependendo o acesso a tais recursos e

que não seja lícito, com a finalidade de promover a igualdade, conferir tratamento benéfico a um grupo retardatário. Acentua ainda que o tratamento favorável dispensado a esse grupo não é o resultado de mera filantropia, mas um direito reconhecido em virtude da importante contribuição que oferece para preservar a diversidade biológica.”

⁴⁶³ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 667-668.

⁴⁶⁴ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 142-143.

⁴⁶⁵ A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, p. 10.

conhecimentos do prévio consentimento informado e do estabelecimento de um acordo para repartição de benefícios.

3.3.4 Modelos de proteção

Assegurar e proteger os direitos das comunidades tradicionais mostra-se necessário e de grande importância, por ser o meio de se atingir os mais diversos objetivos, dentre os quais vale a pena destacar: (i) o reconhecimento do valor e a promoção de respeito aos conhecimentos tradicionais; (ii) a resposta às necessidades dos detentores de conhecimentos tradicionais; (iii) a repreensão à apropriação indevida dos conhecimentos, bem como ao uso injusto ou desigual desses conhecimentos; (iv) a proteção à criatividade e inovações; (v) o fortalecimento da identidade cultural, empoderamento e desenvolvimento de povos tradicionais; (vi) a promoção de uma repartição de benefícios justa; (vii) a promoção do desenvolvimento de baixo para cima (“*bottom-up approach*”).⁴⁶⁶

No mesmo sentido, Juliana Santilli discorre a respeito da necessidade de se proteger os conhecimentos tradicionais, tendo em vista a grande importância que eles têm na indústria da biotecnologia, por exemplo no desenvolvimento de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas. Assim, a autora destaca, dentre os objetivos da proteção: (i) a repressão à apropriação e utilização indevida; (ii) o aumento da segurança jurídica entre os detentores dos conhecimentos e os que buscam acessá-lo; e (iii) a repressão à “biopirataria”.⁴⁶⁷

Para se alcançar tais objetivos, porém, é preciso ter em mente a necessidade de coordenar e incitar a cooperação entre diferentes atores no âmbito internacional. Trata-se

⁴⁶⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p.16.

⁴⁶⁷ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 345. Sobre a biopirataria, vale a pena destacar: “(...) é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre a Convenção de Diversidade Biológica (CDB), a saber: a soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos e a necessidade de consentimento prévio fundamentado dos países de origem dos recursos genéticos para as atividades de acesso, bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização. Quando a atividade envolve conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais, a CDB estabelece a necessidade de que sua aplicação se dê mediante a aprovação e a participação de seus detentores e a repartição dos benefícios com os mesmos.” *Ibid.* p. 346.

de um esforço conjunto que deve ocorrer em diferentes níveis (local, nacional, regional e internacional) e em diferentes sistemas, tais quais a CDB, FAO e UPOV, valendo lembrar, também, de outras áreas do direito internacional, como os direitos humanos e culturais.⁴⁶⁸

Entretanto, não há dúvidas de que o sistema atual privilegia a utilização dos instrumentos de propriedade intelectual já existentes e desenvolvidos, para a implantação dos objetivos da Convenção sobre Diversidade Biológica, notadamente no que tange ao acesso à recursos genéticos, bem como aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos. É inegável que o sistema permite a assinatura de acordos, com a previsão de repartição de benefícios e de transferência de tecnologia.

Porém, para que os recursos e/ou informações sejam protegidos, é necessário que preencham os requisitos legais para a patenteabilidade ou proteção como cultivar, o que muitas vezes não acontece. Em outras palavras, variedades vegetais não melhoradas e recursos naturais *in natura*, não preenchem os requisitos de proteção de propriedade intelectual, e estão, a princípio, excluídos de qualquer proteção pela via tradicionalmente adotada. Eles são, porém, muitas vezes utilizados como matéria-prima para o desenvolvimento de biotecnologia, esta sim passível de proteção.⁴⁶⁹

Ademais, não se discute tão somente a forma de proteção da matéria-prima, mas também dos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos, os quais são, muitas vezes, utilizados para o desenvolvimento dos produtos biotecnológicos a serem protegidos. Entretanto, há casos em que os conhecimentos não preenchem os rigores

⁴⁶⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), pp. 10-11. De acordo com publicação da OMPI, a proteção dos conhecimentos tradicionais ultrapassa o âmbito da propriedade intelectual, devendo ser alcançado também por outros sistemas de políticas ambientais, de saúde, desenvolvimento, alimentício, de direitos indígenas. Assim, os seguintes órgãos têm trabalhado de alguma forma nessa questão: (1) Ambiental: (i) PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente); (ii) CDB (Convenção sobre Diversidade Biológica); (iii) UNCCD (UN Convention to Combat Desertification). (2) Saúde: OMS (Organização Mundial de Saúde). (3) Comércio e Desenvolvimento: (i) OMC (Organização Mundial do Comércio e o TRIPS); (ii) UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento); (iii) UNDP (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). (4) Alimentação: FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura). (5) Direitos Indígenas: Declaração de Direitos dos Povos Indígenas de 1993. (6) Propriedade Intelectual: (i) OMPI e seu Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore; (ii) UPOV (União para a Proteção das Obtenções Vegetais). ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), pp. 12-15.

⁴⁶⁹ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 153-154. “(...) os direitos de propriedade intelectual sofrem de um problema conceitual, pois apenas protegem a criação resultante do último elo dos sistemas de manejo, conhecimento e criação da biodiversidade.”

formais dos sistemas já existentes. É nesse contexto em que cumpre analisar, agora, diferentes propostas de modelos para se proteger os conhecimentos tradicionais.

O professor americano Shubha Ghosh, no texto “Reflections on the Traditional Knowledge Debate”, apresenta três grandes posicionamentos a respeito da proteção de conhecimentos tradicionais. O primeiro seria manter o conhecimento tradicional como domínio público. A seguir apresenta uma posição “apropriacionista”, segundo a qual um direito de propriedade exclusivo é concedido ao detentor do conhecimento. Por fim, a terceira é a posição dos direitos morais, pela qual detentores do direito tradicional receberiam um título a fim de obstar a utilização por eventuais apropriadores e exploradores.⁴⁷⁰

Em outro texto, intitulado “Globalization, Patents and Traditional Knowledge”, o mesmo autor dividiu as posições para proteção dos conhecimentos tradicionais em quatro grupos: (i) domínio público; (ii) uso comercial; (iii) modelo de confiança; e (iv) propriedade.

O primeiro modelo (*public domain model*) baseia-se na teoria dos comuns⁴⁷¹ e preconiza que os conhecimentos tradicionais façam parte do domínio público, ou seja, que não pertençam a ninguém e estejam à disposição para qualquer um utilizá-los.⁴⁷² A

⁴⁷⁰ A esse respeito: “These three positions can be aligned around two questions: (1) should traditional knowledge be commodified? and (2) who should decide the uses of traditional knowledge? Advocates of the public domain position are opposed to the commodification of traditional knowledge and are wary of any legal ownership created to control and regulate its use. In effect, they support traditional social structures for the preservation and control of traditional knowledge (presumably even if such structures prohibit the dissemination of socially valuable uses of such knowledge and serve as forms of intellectual property protection). By contrast, the appropriationist position is squarely aligned with the commodification of traditional knowledge through dissemination to as wide a market as possible. The moral rights position provides a more ambiguous approach to commodification. The aim of the moral rights position is to endorse the rights of traditional knowledge holders and their autonomy in deciding how the knowledge gets used, including the possibility of commodification. The moral rights and public domain positions overlap in preserving traditional social structures although the moral rights position is not inconsistent with decisions by members of the traditional structure to market traditional knowledge.” S. GHOSH, *Reflection on the Traditional Knowledge Debate*, *Cardozo Journal of International Comparative Law*, vol. 11, 2003, p. 500.

⁴⁷¹ Tragedy of the Commons, de Garrett Hardin.

⁴⁷² Sobre a proposta de domínio público: “(...) a ideia era considerar tais saberes como domínio público, ou seja, “patrimônio comum”, como “coisa de ninguém”, que passa a pertencer ao primeiro que dela se apoderar, ou que não pudesse ser economicamente apoderada por ninguém. Esta formulação poderia ter resultado, se vencedora, no estabelecimento de uma situação de exploração econômica sem contrapartida para as populações tradicionais. Cabe lembrar que este risco não está totalmente afastado, dado que ainda existe pressão internacional pela tese do domínio público. De outro lado, a mesma tese poderia também estar na base de um modelo de exploração baseado na propriedade comum, que pensasse a pesquisa de forma desvinculada do sistema de patentes, ou seja, poderia servir justamente ao oposto da primeira consequência mencionada, desde que o regime de propriedade intelectual não tivesse os seus contornos atuais.” NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e*

vantagem, nesse caso, seria a facilitação do compartilhamento dos conhecimentos tradicionais, ao mesmo tempo em que se elimina o risco de expropriação ou exploração indevida de tais conhecimentos através da propriedade intelectual.

Por outro lado, a crítica feita a tal proposta é que ela mantém o *status quo*, pois, apesar dos conhecimentos deixarem de ser passíveis de proteção pelo direito tradicional, ainda o podem ser através de convenções e estruturas sociais. Trata-se de questão delicada a comparação de formas culturais de proteção com as tradicionais do mundo ocidental, pois, nos dizeres do próprio autor “não é claro que os conceitos de licenciamento, monopólio e exclusividade possam ser prontamente exportados do sistema de propriedade intelectual ocidental para meios sociais e culturais de proteção ao conhecimento”.⁴⁷³

No modelo do uso comercial (*commercial use model*), a proteção recai sobre quem primeiro faz uso comercial do conhecimento tradicional. O ponto positivo é que tal modelo cria um incentivo para o desenvolvimento dos conhecimentos. Ademais, ele pode ser considerado “neutro”, já que protege o produto, seja ele desenvolvido pelos próprios detentores dos conhecimentos tradicionais ou por uma grande multinacional.⁴⁷⁴ Por outro lado, ele não evita a exploração comercial indevida, pois sua proteção não recai sobre o conhecimento em si, mas sim sobre aquilo que for criado para utilização comercial.⁴⁷⁵

Ao concluir a respeito desse modelo, o autor afirma que os problemas nele existentes podem ser resolvidos, se for aplicado em conjunto com os outros dois modelos: o modelo da confiança e do direito de propriedade de indígenas.⁴⁷⁶

conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 30-31.

⁴⁷³ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, pp. 112-113. Vale destacar, ainda, um outro problema apontado por Ghosh, qual seja, a opção pelo uso irrestrito dos conhecimentos (do inglês “*commons*”) ou de um uso limitado (“*limited commons*”). No primeiro caso, até mesmo os meios alternativos de proteção dos conhecimentos seriam eliminados, o que resultaria em um uso exagerado do recurso (no caso, o conhecimento). Entretanto, no caso de “*limited commons*”, membros do grupo podem se utilizar de seu controle exclusivo sobre o recurso para explorar os não-membros. Assim, na visão do autor: “(...) limited commons may not protect the interests of indigenous people and does not necessarily give them the political and economic cloud that we have taken as the central normative guideline.” S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, pp. 114-115.

⁴⁷⁴ Evidentemente, tal neutralidade somente ocorreria na teoria, pois, na prática, as forças econômicas e políticas sinalizam que empresas e grandes multinacionais sempre conseguiriam a proteção primeiro ou explorariam usos de alto valor, deixando para as comunidades indígenas e tradicionais os usos de baixo valor.

⁴⁷⁵ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, pp. 115-116.

⁴⁷⁶ *Ibid.* p. 117.

O terceiro modelo é o da confiança (*trust model*), através do qual o direito é relegado a outra entidade⁴⁷⁷, que não a comunidade tradicional. É o que prevê o artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica em conjunto com o artigo 15. A vantagem de tal sistema é a existência de um sujeito definido para barganhar e negociar, muitas vezes contando com maior poder e conhecimento sobre legislações e direito ocidental. Entretanto, o modelo falha ao assumir que a exploração dos conhecimentos das comunidades tradicionais parte somente de grandes corporações, multinacionais e de países desenvolvidos, ignorando que, muitas vezes, as próprias elites políticas e econômicas locais de países em desenvolvimento são exploradoras. Além disso, para que o modelo funcione, é necessário que haja o consentimento prévio e informado das comunidades, que muitas vezes não ocorre ou ocorre de maneira deficitária.⁴⁷⁸

Finalmente, o quarto modelo é o da propriedade (*ownership model*), no qual o direito de propriedade é designado a uma pessoa ou um grupo da comunidade detentora do conhecimento tradicional. Como ponto positivo, esse é um meio eficaz de se proteger e preservar os conhecimentos tradicionais. Porém, a incompatibilidade entre os fins econômicos dos direitos de propriedade intelectual e a natureza dos conhecimentos tradicionais é vista com preocupação. Também não se pode esquecer o ceticismo a respeito da habilidade de um sistema de propriedade intelectual concebido no bojo da sociedade ocidental acomodar práticas das comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais.⁴⁷⁹

De qualquer modo, quando adotado esse quarto posicionamento (*ownership model*), é de vital importância pautar-se em algumas premissas básicas. Primeiramente, deve-se considerar que a proteção aos conhecimentos tradicionais pode ocorrer através de direitos de propriedade intelectual, do aperfeiçoamento e modificação de tais de direitos ou até mesmo de mecanismos completamente diversos. O essencial é que as comunidades tradicionais e indígenas não sejam compelidas a se utilizar de um sistema de propriedade intelectual pré-existente somente para ver seus conhecimentos protegidos.

⁴⁷⁷ Por exemplo, uma nação, uma subdivisão política, uma organização não-governamental, uma corporação ou qualquer outra entidade que possa agir como administradora dos benefícios em favor dos detentores dos conhecimentos tradicionais. S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, p. 117.

⁴⁷⁸ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, pp. 117-118.

⁴⁷⁹ Ibid. p. 119.

Ademais, os conhecimentos tradicionais e sua utilidade devem ser reconhecidos, de modo que lhes sejam conferidos o devido crédito e compensação pela contribuição na preservação do meio ambiente e pelo desenvolvimento da biodiversidade.

A troca de informações e a cooperação dos povos tradicionais entre si e com outros setores da sociedade, tais como fazendeiros, cientistas e antropólogos, devem ser incentivados. E, por fim, cumpre inserir tais povos nos debates e nos processos de tomada de decisão nos diferentes níveis (comunitário, nacional, regional e internacional).⁴⁸⁰

Cumpre, então, aprofundar-se no chamado “modelo apropriação”, analisando como são aplicados os direitos de propriedade intelectual para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Posteriormente, será exposta a proposta de criação de uma sistema *sui generis*, a qual inclui também proposições para a melhor utilização e adaptação de instrumentos já existentes.

3.3.4.1 Sistema de Direitos de Propriedade Intelectual

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual elaborou um guia para países em transição, a fim de facilitar o desenvolvimento de uma estrutura protetiva dos conhecimentos tradicionais, dentro das molduras do sistema vigente, utilizando-se de mecanismos novos ou já existentes. Neste guia, dividem-se as formas de proteção em “positiva” e “defensiva”.

A proteção positiva é alcançada através dos direitos de propriedade intelectual, que podem ser utilizados para prevenir a utilização indevida e sem autorização dos conhecimentos tradicionais por terceiros. Ademais, também permite que as próprias comunidades se utilizem dos direitos para explorar, comercialmente, seus conhecimentos.

Na proteção defensiva, o objetivo é impedir que os direitos de propriedade intelectual sejam adquiridos por terceiros. Uma das estratégias pode ser a documentação

⁴⁸⁰ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 172.

dos conhecimentos tradicionais, de modo a tornar precluso ou invalidar patentes que, na realidade, se utilizem de conhecimentos pré-existentes.⁴⁸¹

De acordo com Erstling, os países que desejam proteger os conhecimentos tradicionais de seus povos através do uso de patentes, devem criar leis e mecanismos de forma a alcançar os três objetivos seguintes: (i) proteção defensiva do conhecimento tradicional; (ii) revelação do conhecimento tradicional com a consequente repartição de benefícios; e/ou (iii) proteção afirmativa do conhecimento tradicional através dos direitos patentários.⁴⁸²

É inegável que o sistema de direitos de propriedade intelectual atualmente existente não é o ideal para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Conforme leciona Shubha Ghosh, ao invés de forçar os conceitos relativos aos conhecimentos tradicionais em categorias rígidas pré-definidas de “*copyright*” ou de patentes, deve-se modificar o aparato conceitual dos direitos de propriedade intelectual para, então, acomodar os conhecimentos tradicionais.⁴⁸³

Assim surgem diversas propostas para que o sistema atual dos direitos de propriedade intelectual seja adaptado para melhor se adequar à proteção dos conhecimentos tradicionais.

Enfim, independente das propostas e/ou adaptações que sejam adotadas, cumpre ressaltar que qualquer reformulação do sistema de direito de propriedade intelectual vigente deve incorporar as visões dos próprios detentores dos conhecimentos tradicionais, deixando de enxergá-los como meros espectadores. Mais ainda:

É preciso providenciar uma abertura maior do direito nos espaços processuais e desenvolver uma maior sensibilidade com contextos históricos e práticas locais, para que as pessoas envolvidas sejam menos dependentes de agendas criadas fora de seu próprio meio social. É necessário buscar a flexibilidade do direito, reconhecer nuances e buscar adaptações às realidades específicas, em um exercício democrático de constituição mútua entre o discurso jurídico – que

⁴⁸¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 5.

⁴⁸² J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 298.

⁴⁸³ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, p. 120.

desenvolve certas práticas de poder – e o complexo social das comunidades locais detentoras dos conhecimentos tradicionais.⁴⁸⁴

Finalmente, e talvez o ponto mais importante a se ter em mente, é que a questão dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas envolve, antes de tudo, uma questão de direitos humanos, motivo pelo qual o direito internacional de propriedade intelectual pode não ser o meio mais eficaz para tratar do assunto. Nos dizeres de La Viña e Sapiera:

Finalmente, outro importante meio de proteger os direitos pelos conhecimentos indígenas, em nível internacional, é recorrendo ao direito internacional de direitos humanos de povos indígenas. De fato, isso pode ser um mecanismo legal mais efetivo para a proteção do conhecimento indígena cultural ao invés do direito internacional de propriedade intelectual. Conectar a questão dos direitos de propriedade intelectual à luta primordial dos povos indígenas pelo reconhecimento da integridade territorial, bem como pela autonomia política, possibilitará uma resposta mais coerente, relevante e efetiva ao desafio dos direitos de propriedade intelectual.⁴⁸⁵ (tradução nossa)

3.3.4.1.1 *Proteção positiva*

Neste momento, deve-se analisar as possíveis formas de proteção dos conhecimentos tradicionais através de diferentes direitos de propriedade intelectual vigentes, tecendo considerações e críticas a respeito de cada uma delas.

Primeiramente, a forma de proteção mais lembrada é a patente. Como visto, a patente é, basicamente, uma forma de monopólio concedido ao seu detentor por um período de tempo por uma invenção que tenha aplicação comercial. A lógica da patente é estimular a pesquisa e o desenvolvimento.

A princípio e de maneira geral, dificilmente os conhecimentos tradicionais podem ser patenteados, pelo fato de não satisfazerem os requisitos de novidade e/ou atividade inventiva. Algumas invenções baseadas nos conhecimentos tradicionais, porém, podem

⁴⁸⁴ C. ANTUNHA – J. M. A. BARBOSA – P. FIGUEIREDO, *O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas*, in Proa – Revista de Antropologia e Arte (on-line), ano 02, vol. 02, nº 02, nov. 2010, p. 24. Disponível em <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/proa/article/viewFile/2377/1779>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

⁴⁸⁵ “Finally, another important avenue for protecting rights to indigenous knowledge at the international level is by resorting to the emerging international law of the human rights of indigenous peoples. Indeed, this may prove to be a more effective legal mechanism for protecting indigenous cultural knowledge than the international law of intellectual property rights. By linking the IPR issue to the primary struggle of indigenous peoples for recognition for territorial integrity as well as political autonomy, a more coherent, relevant and effective response to the IPR challenge will be possible.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in Philippine Law Journal, vol. 70, 1995-1996, p. 184.

preencher os requisitos de patenteabilidade, se os conhecimentos já não tiverem sido publicados ou não sejam amplamente conhecidos.⁴⁸⁶

Além disso, outro impasse para a patenteabilidade resulta do fato dos conhecimentos tradicionais não apresentarem, muitas vezes, aplicação industrial imediata, bem como por serem transmitidos oralmente, não sendo documentados, o que dificulta a proteção.⁴⁸⁷

Nesse contexto, Graham Dutfield aponta quatro grandes objeções práticas à utilização da patente para proteção de conhecimentos tradicionais, quais sejam: (i) o conhecimento tradicional é coletivamente detido e gerado, enquanto que a lei patentária cuida da inventividade como sendo um feito individual; (ii) os requerentes da patente devem comprovar um ato inventivo; (iii) as especificações da patente devem estar escritas em linguagem técnica, de maneira que os examinadores possam compreendê-la; e (iv) requerer patentes e aplicá-las é custoso.⁴⁸⁸

O argumento de que a patente é incompatível com conhecimentos tradicionais coletivos é rechaçada por Graham Dutfield, o qual afirma que, já no final do século XIX, a princípio na Alemanha e depois em outros países, a lei de patentes e a doutrina passaram a acomodar a ideia de invenção coletiva.⁴⁸⁹ No mesmo sentido, La Viña e Sapiera: “Essa propensão para a propriedade individual também não é um obstáculo intransponível para o patenteamento do conhecimento indígena”.⁴⁹⁰ Um problema que poderia surgir, porém, seria o patenteamento de um conhecimento que é detido por mais de uma comunidade.

Quanto ao segundo obstáculo, Dutfield afirma que a necessidade de se provar a invenção também é aplicável para o conhecimento científico ocidental, não sendo esse um argumento forte para desqualificar a utilização de patentes para a proteção dos conhecimentos tradicionais.

⁴⁸⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 14.

⁴⁸⁷ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 165.

⁴⁸⁸ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 254.

⁴⁸⁹ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 254.

⁴⁹⁰ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 167. Do original: “This bias for individual ownership is also not an insurmountable obstacle to patenting indigenous knowledge.”

No mesmo sentido, mas fazendo uma análise mais abrangente a respeito do preenchimento de requisitos de patenteabilidade pelos conhecimentos tradicionais, La Viña e Sapiera entendem que os conhecimentos tradicionais podem, em certos casos, preencher todos os critérios para patenteabilidade.

Ragavan, por sua vez, parece discordar ao afirmar que tanto a medicina tradicional, quanto os conhecimentos tradicionais geralmente falham em preencher os requisitos de novidade e não-obviedade, tornando difícil a utilização de patentes para protegê-los.⁴⁹¹

No que tange às especificações escritas a respeito da patente, tem-se, de fato, um entrave para as comunidades tradicionais que desejam patentear suas criações. Nas palavras de Dutfield:

Seria extremamente difícil para uma xamã ou grupo indígena completar um pedido de patente. Enquanto a característica útil de uma planta ou animal pode ser bem conhecida de para um grupo específico, a inabilidade de descrever os fenômenos na linguagem da química ou biologia molecular tornaria quase impossível aplicar para o patenteamento, mesmo que as taxas pudessem ser pagas.⁴⁹² (tradução nossa)

No que se refere aos custos, embora sejam elevados, Graham Dutfield apresenta como alternativa o requerimento através de organizações representativas de comunidades e povos tradicionais. Outro meio seria compartilhar a patente com uma empresa, que faria o requerimento e arcaria com os custos. Ele também sugere que o requerimento seja feito

⁴⁹¹ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in Minnesota Intellectual Property Review, vol. 2, 2001, p. 13. “Although traditional medicines have many uses, they often fail to meet the novelty and non-obvious requirements of patent applications. Anything already in the public domain is not considered novel as it is “prior art”. Since traditional knowledge generally has been public within society for centuries, it falls within the public domain.” Interessante citar alguns casos de patenteamento de medicamentos e/ou produtos derivados de conhecimentos tradicionais mencionados pela autora. Primeiramente, o perwenche de Madagascar (*rosy periwinkle*), com propriedades capazes de curar certos tipos de câncer, deu origem a medicamentos que contêm vincristina e vimblastina. Outro exemplo, é a patente concedida nos Estados Unidos para o *ayahuasca*, bebida típica da região amazônica da América do Sul. No caso do açafraão (*turmeric*), muito utilizado por suas propriedades cicatrizantes, a patente requerida em face do Escritório Americano de Patentes foi rejeitada após oposição do Conselho Indiano para Pesquisa Científica e Industrial. O extrato de nim (*neem*), por sua vez, foi patenteado nos Estados Unidos para uso como pesticida. Na Europa, a patente do extrato como fungicida acabou sendo revogada, após uma companhia indiana comprovar que utilizava o extrato de nim para tal fim há anos. Ibid. pp. 9, 11-12.

⁴⁹² “It would be extremely difficult for a shaman or indigenous group to complete a patent specification. While a useful characteristic of a plant or animal may be well known to such an individual group, the inability to describe the phenomenon in the language of chemistry or molecular biology would make it almost impossible to apply for a patent, even if the fees could be afforded.” G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 255.

pelas próprias companhias, sendo que os membros da comunidade seriam nomeados inventores e teriam um direito contratual à compensação.⁴⁹³

Os autores La Viña e Sapiera se baseiam na lição de Rafi e listam, enfim, os seguintes obstáculos para a utilização das patentes como forma de proteção dos conhecimentos indígenas (e tradicionais):

- (a) Preparar o requerimento inclui o trabalho de isolamento, purificação e descrição do material biológico. Por conta do nível de tecnologia requerido, povos indígenas provavelmente teriam de confiar ou contratar especialistas para fazer o trabalho.
- (b) O acesso e o custo para atendimento legal altamente especializado de um advogado é caro.
- (c) Os requerimentos a serem preenchidos são complexos e as taxas variam de algumas centenas a alguns milhares de dólares, que devem ser pagos antecipadamente.
- (d) Comunidades, provavelmente, acharão caro aplicar e proteger patentes em diferentes países.
- (e) Comunidades indígenas podem achar o custo de depósito do material biológico muito alto ou podem se preocupar que o depósito leve ao mau uso.
- (f) A manutenção anual de taxas geralmente aumenta com o passar do tempo. Patentes de comunidades podem caducar por não-pagamento.
- (g) Estratégias para o licenciamento de patentes para outros são centrais para a máxima efetividade dos benefícios de uma patente. Entretanto, provavelmente, as comunidades encontrarão dificuldade em julgar a justiça de uma proposta de licenciamento e podem não ser capazes de oferecer ‘trocas’ com possíveis parceiros.
- (h) Como a propriedade intelectual está inserida no direito civil, e não criminal, cabe ao detentor da patente policiá-las e defendê-las. Isso pode ser extremamente caro e consumir muito tempo.⁴⁹⁴ (tradução nossa)

Entretanto, mais que os problemas de rigor técnico, de acordo com La Viña e Sapiera, há um obstáculo cultural para que povos tradicionais reivindiquem um direito de propriedade sobre conhecimentos relacionados a recursos genéticos e biológicos, ainda que modificados. A rejeição de tais povos à ideia de propriedade sobre conhecimentos

⁴⁹³ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 256.

⁴⁹⁴ “(a) Preparing the Application includes the work of isolation, purification and description of the biomaterial. Because of the level of technology required, indigenous peoples would probably have to trust or hire experts to do the work. (b) Access to and cost of highly specialized legal advice from patent lawyer on biomaterial are expensive. (c) The forms to be filled up are complex and fees range from a few hundred to a few thousand dollars which must be paid in advance in any anticipated royalties. (d) Communities will probably find it too expensive to apply and protect patents in different countries. (e) Indigenous communities may find the cost of depositing biomaterial to be too high or may be concerned that such deposit could lead to misuse. (f) Annual maintenance fees generally increase as the patent wears on. Patents of communities could lapse easily for non-payment. (g) Strategies for licensing patents to others are central to the effective maximization of benefits from a patent. However, most likely, the communities will find it difficult to judge the fairness of licensing proposals and will not be able to offer “trades” with prospecting partners. (h) Since IP falls under civil, not criminal law, it is up to the patent holder to police and defend the patents. This can be extremely expensive and time consuming.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 168.

associados aos recursos genéticos decorre logicamente da recusa de se reivindicar propriedade sobre os próprios recursos naturais, genéticos e biológicos.⁴⁹⁵

Uma segunda forma de proteção aos conhecimentos tradicionais seria o “*copyright*”, que, a partir dos anos 60, passou ser utilizado como forma de proteção de expressões culturais. O *copyright* (ou direito do autor) permite que o seu detentor, o criador, previna o uso inadequado de seu trabalho ou de sua obra.⁴⁹⁶

Porém, apesar do “*copyright*” ser satisfatoriamente utilizado para a proteção do folclore⁴⁹⁷, podem ser identificados os seguintes obstáculos quando se trata de proteção de conhecimentos tradicionais associados: (i) o *copyright* requer um autor identificável, sendo que a noção de autoria em comunidades tradicionais pode ser considerada “problemática” para tal fim; (ii) o *copyright* prevê proteção por um tempo limitado, após o qual as obras caem em domínio público; e (iii) o *copyright* é utilizado para proteger obras fixas, que não mudam ao longo do tempo⁴⁹⁸ (diferentemente dos conhecimentos tradicionais que estão sempre em constante mudança, passando por um processo de reinvenção).⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Entretanto, os próprios autores entendem já estar em curso uma mudança na visão de mundo dos povos indígenas (e tradicionais), que têm se posicionado a favor da demarcação de suas terras, sobre as quais eles teriam direito de propriedade. A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in Philippine Law Journal, vol. 70, 1995-1996, p. 166.

⁴⁹⁶ Nesse sentido: “Copyright protection is granted to TCEs, or their derivatives, that have specific authors. Copyrighted TCEs can include composite works (for example, a collection of fairy tales) and derivative works (such as variations of folk songs). TCEs (for example, the performance of folk songs and dances, and recording of folk music) may be protected by related rights.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 16.

⁴⁹⁷ Tais como dança, música, apresentações teatrais e outras expressões artísticas.

⁴⁹⁸ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 250. Discorre o autor a respeito da primeira limitação do *copyright* (necessidade de identificar a autoria): “According to this view, then, copyright law is more likely to be used to undermine the interests of traditional peoples and communities than to promote them. While this is probably true, it is not a reason to discount copyright completely, since it is not essential to name an author to acquire copyright protection. Indeed, the copyright industries have – with the help of supportive copyright legislation – devised ways of making authors disappear. For example, this can be achieved by taking advantage of the work-for-hire doctrine and in the United Kingdom, requiring authors to waive their moral rights. As a result, a community or organization representing the work could likewise hold copyright over a work originating in that community whether or not there is an identifiable author.” Ibid. p. 251. Em que pese a apresentação de tal alternativa no que se refere ao problema da autoria, ainda remanescem duas limitações. Quanto ao limite temporal, concorda o autor que o *copyright* pode não ser o melhor meio para proteger expressões, dado que, em certo momento, eles passariam ao domínio público. Note-se que o autor trata, aqui, da proteção a expressões e não ao conhecimento. Igualmente, ao tratar do problema da estabilidade, ele afirma que expressões culturais, ou seja, o folclore, podem ser protegidos por leis de *copyright* (p. 252). Enfim, seus argumentos voltam-se muito mais à utilização do *copyright* para a proteção de expressões culturais folclóricas, e não a conhecimentos tradicionais que estejam associados à recursos biológicos e genéticos que resultem em invenções.

⁴⁹⁹ Também nesse sentido, Ragavan: “In addition to fixation and identification of the author, copyright law requires “originality”, which will not protect folk art as it will fall within public domain. Copyright cannot be

Em terceiro lugar, vale apresentar consideração a respeito da utilização de segredos industriais para a finalidade de proteção de conhecimentos tradicionais. Nesse caso, os segredos industriais recairiam, a princípio, sobre conhecimentos que certos indivíduos ou grupos não gostariam que fossem difundidos. Nesse sentido: “Enquanto a partilha de conhecimentos é comum em muitas sociedades tradicionais, curandeiros e outros detentores de conhecimento, bem como clãs e grupos de linhagens provavelmente detêm conhecimentos que não desejam compartilhar com ninguém”.⁵⁰⁰

Dutfield defende veementemente o uso de segredos industriais para proteger conhecimentos tradicionais da apropriação indevida por companhias e empresas, inclusive citando um experimento do Equador, com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento, na qual se busca proteger conhecimento tradicional através de segredos industriais.⁵⁰¹

Igualmente, para Ragavan essa seria a melhor forma de proteção dos conhecimentos tradicionais, por ser mais barata, mais rápida e mais fácil que a obtenção de uma patente. Além disso, inexistente qualquer limite temporal, o que significa que o segredo pode ser mantido perpetuamente, cabendo aos seus detentores decidir se irão ou não divulgar as informações.⁵⁰²

Ainda a respeito dos segredos industriais:

vested over the entire tribe or community as the law does not recognize community ownership. Lastly, copyright will not recognize any form of perpetual protection that is needed to protect the originality of the folk materials.” S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, p. 18.

⁵⁰⁰ Do original: “While the sharing of knowledge is common in many traditional societies, healers and other specialist knowledge-holders as well as clans and lineage groups are likely to have knowledge that they will not wish to share with anyone.” G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 258.

⁵⁰¹ A respeito de tal projeto: “The project, entitled “transforming traditional knowledge into trade secrets,” aims to enable traditional peoples and communities to benefit from bioprospecting through effective trade secret protection of their knowledge. An NGO called Ecociencia is documenting the botanical knowledge of the participating indigenous groups and registering it in closed-access databases. Checks are made to see whether each entry is not already in the public domain and whether other communities have the same knowledge. If an entry is not in the public domain, the community or communities with the knowledge have a trade secret. The trade secret can then be disclosed to companies with benefit sharing guaranteed by a standardized contract. These benefits can then be distributed among the trade secret-holding communities and the Ecuadorian government. To date, the database contains 8,000 entries provided by six participating indigenous groups. Sixty percent of the use appear so far not to have been disclosed through publications. Already, three companies have expressed interest in accessing the database.” G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 259.

⁵⁰² S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, pp. 19 e 22-23.

Leis sobre informações confidenciais, também conhecidas como segredos comerciais, podem proteger conhecimento tradicional que não seja conhecido por terceiros e que tenha valor comercial de fato ou potencial, o que daria à comunidade competitividade na produção de um bem ou serviço. Em comunidades locais pequenas, é usualmente um xamã ou o líder tribal o detentor e o principal utilizador do conhecimento. Aqueles possuidores do conhecimento secreto hoje são aqueles a quem os ancestrais “confidenciariam”, com a responsabilidade de transmitir o conhecimento para as gerações futuras. (...) Manter os conhecimentos tradicionais em segredo garante uma proteção sólida: não requer registro e dura indefinidamente, enquanto o direito exclusivo de usar o conhecimento tradicional é passado de maneira relativamente informal de geração para geração.⁵⁰³ (tradução nossa)

Para La Viña e Sapiera, porém, tal opção também esbarra nos limites de outras formas de proteção existentes, tais como a dificuldade de ser estabelecido e aplicado. Ademais, só seria possível a sua utilização para proteger conhecimentos que ainda não tenham sido publicados, compartilhados ou documentados.⁵⁰⁴

Outra alternativa, seria a utilização de marcas (*trademarks*) e indicações geográficas, as quais são mecanismos que auxiliam o consumidor a identificar e relacionar um certo bem a um produtor ou a uma região. As indicações geográficas, especificamente, são utilizadas para indicar a origem de produtos que possuem qualidade, reputação e características essencialmente atribuídas ao local de onde provêm.⁵⁰⁵

A respeito das indicações geográficas, vale destacar a seguinte consideração de Ragavan, ao seguir o entendimento de Downes:

(...) indicadores geográficos são especialmente adequados já que são baseados nas tradições coletivas e no processo de tomada de decisões coletivas; eles protegem e recompensam tradições enquanto permitem a evolução; eles enfatizam as relações entre as culturas humanas e sua terra local e meio

⁵⁰³ Do original: “Laws on confidential information, also known as trade secrets, may protect TK that is not known by outsiders and had actual or potential commercial value that would give the community a competitive edge in producing a good or service. In small local communities, it is usually a shaman or tribal leader who is the holder and the main user of the TK. Those possessing this secret knowledge today are those who were “confided” in by their ancestors, with the responsibility of transmitting this knowledge to future generations. (...) Keeping TK secrets provides solid protection: it does not require registration and it lasts indefinitely, as long as the exclusive right to use the TK is passed in a relatively informal way from generation to generation.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 15.

⁵⁰⁴ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 169.

⁵⁰⁵ Insta ressaltar que as apelações de origem são um tipo especial de indicação geográfica, geralmente consistente no nome geográfico ou em uma designação tradicional utilizada em produtos que têm uma qualidade ou característica específica em decorrência, essencialmente, do ambiente geográfico em que são produzidos. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 15.

ambiente; eles não são gratuitamente transferíveis de um detentor para outro; e eles podem ser mantidos enquanto a tradição coletiva é mantida.⁵⁰⁶

Para ela, tanto as marcas, quanto as indicações geográficas podem ser utilizadas para identificar uma tribo, uma comunidade, um artista, ou uma combinação entre eles, tendo como vantagem a possibilidade de proteger também formas de arte e a medicina tradicional. Além disso, as indicações geográficas não requerem que seja apontado um autor específico e, tampouco, um elemento de inovação para sua concessão. Assim, “indicações geográficas também são melhores para ecoar o sentido comunitário, já que é baseado na localização e no método de produção.”, sendo indiferente se o produtor é uma grande corporação ou um indivíduo.⁵⁰⁷

La Viña e Sapiera apresentam a possibilidade da utilização do *trademarks* para a proteção dos conhecimentos tradicionais, especialmente quando se tratar de uma marca conhecida que deseje demonstrar aos seus consumidores a característica “ecológica” do produto, o que se costuma chamar de “*ecolabelling*”. Assim discorrem eles:

Uma marca é o nome, símbolo ou rótulo adotado e usado por fabricantes para identificar seu bem ou distingui-lo de outros. (...) A lei de marcas pode ser útil em casos em que o “*ecolabelling*” é apropriado. Marcas podem proteger a vantagem competitiva de uma companhia produtora de produtos verdes, e as receitas podem ser retornadas para a fonte do produto através de licenciamento ou outros acordos contratuais. De fato, um produto visto como produzidos de maneira sustentável podem gozar de uma vantagem competitiva entre consumidores ao redor do mundo simplesmente por serem vistos como “verdes”.⁵⁰⁸

Porém, como se vê, o *trademark* não é utilizado, nesse caso, para a proteção de conhecimentos que já foram amplamente difundidos. Ademais, a utilização das marcas está

⁵⁰⁶ No original: “(...) geographical indicators are specially suitable since they are based upon collective traditions and a collective decision-making process; they protect and reward traditions while allowing evolution; they emphasize the relationships between humans cultures and their local land and environment; they are not freely transferable from one owner to another; and they can be maintained as long as the collective tradition in maintained.” S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in Minnesota Intellectual Property Review, vol. 2, 2001, p. 19.

⁵⁰⁷ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in Minnesota Intellectual Property Review, vol. 2, 2001, p. 20.

⁵⁰⁸ No original: “A trademark is any name, symbol or label adopted and used by manufacturers to identify their good and distinguish them from others. (...) Trademark law can be useful in cases where ecolabelling is appropriate. Trademarks can protect the competitive advantage of the company providing the green product, and the revenues can be returned to the source of the product through licensing and other contractual agreements. Indeed, a product that is perceived to have been derived in a sustainable way can enjoy a competitive advantage among consumers around the world simply because it is perceived as “green”.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in Philippine Law Journal, vol. 70, 1995-1996, pp. 164-165.

muito mais ligada a expressões culturais e símbolos, além de não impedir o uso de uma marca registrada em setores diferentes da economia.⁵⁰⁹

Vale, por fim, mencionar a utilização dos desenhos industriais para proteção do aspecto artístico ou do *design* de um produto ou objeto.⁵¹⁰ Trata-se de uma forma de proteção mais relacionada a elementos culturais das comunidades tradicionais, e não ao seu conhecimento em si.

3.3.4.1.2 Proteção defensiva

Deve-se analisar, então, as propostas voltadas à proteção dos conhecimentos tradicionais que, no sistema atual de direitos de propriedade intelectual, podem ser abrangidas na forma de “proteção defensiva” ou “*defensive protection*”.

No âmbito da proteção defensiva, a principal proposta existente é a de divulgação ou, mais especificamente, de divulgação através da documentação dos conhecimentos tradicionais. Trata-se, em suma, de incluir os conhecimentos tradicionais no chamado “estado da técnica” ou “*prior art*”. Dessa maneira, examinadores, ao analisarem um pedido de patente, podem verificar se a invenção preenche o requisito da novidade, ao não ter sido antecipada ou ser uma conclusão lógica do “estado da técnica”.⁵¹¹

Essa proposta de proteção pode ser dividida em dois aspectos. O primeiro é o aspecto legal, que visa assegurar que os critérios de “estado da técnica” se apliquem ao conhecimento tradicional.⁵¹² O segundo é o aspecto prático, que busca possibilitar às autoridades e examinadores a realização de pesquisas sobre conhecimentos tradicionais.⁵¹³

Tal proposição, porém, exige que o conhecimento seja tornado público e documentado de maneira acessível aos examinadores, devendo-se levar em consideração

⁵⁰⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 15.

⁵¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 14.

⁵¹¹ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 316

⁵¹² Por exemplo, passando a aceitar que conhecimentos tornados públicos através da oralidade também integrem o “estado da técnica”.

⁵¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication nº 920(E), p. 27.

que as leis nacionais diferem a respeito da possibilidade de se considerar como “estado da técnica” conhecimentos divulgados oralmente.⁵¹⁴

A Conferência de Partes, na Decisão IX/13 recomendou que a documentação deve beneficiar, a princípio, as comunidades locais e indígenas, sendo que sua participação deve ser voluntária e não um pré-requisito para a proteção dos conhecimentos.⁵¹⁵

De acordo com a COP, é necessário que partes, governos e organizações internacionais assistam comunidades indígenas e locais a controlar e deter seus conhecimentos tradicionais, inovações e práticas. Os meios para alcançar tal objetivo são:

- (a) A repatriação do conhecimento tradicional, inovações e práticas, em bancos de dados, adequadamente;
- (b) Apoiar *capacity-building* e o desenvolvimento de infraestrutura e recursos. Visando assegurar que:
- (c) A documentação do conhecimento tradicional, inovações e práticas, esteja sujeita ao consentimento prévio e informado de comunidades indígenas e locais;
- e
- (d) Comunidades indígenas e locais possam tomar decisões conscientes em relação à documentação de seu conhecimento tradicional, inovações e práticas.⁵¹⁶

Para auxiliar na publicização dos conhecimentos tradicionais, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual publicou um guia, com as seguintes orientações: (i) a publicação deve estar disponível para o público e contar com uma data certa, especialmente quando se trata de uma publicação em base de dados na *internet*; (ii) deve haver uma descrição completa, pormenorizada e compreensiva do conceito inovador ou da tecnologia por trás do conhecimento tradicional, incluindo aí os seus usos; e (iii) deve-se evitar falar das limitações do conhecimento tradicional.⁵¹⁷

No âmbito do PCT, houve bastante discussão acerca da eficácia das pesquisas conduzidas na fase internacional para identificação de invenções que decorram de conhecimentos tradicionais. A realização de tal pesquisa é importante para se verificar o estado da técnica. E, apesar de ser preliminar e não-obrigatória, muitos países tendem a utilizá-la como parâmetro na fase nacional. Os requerentes, por sua vez, utilizam a

⁵¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p. 27.

⁵¹⁵ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 304.

⁵¹⁶ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, pp. 304-305. Ver: CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *COP 9 Decision IX/13*, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/13. Disponível em <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=11656>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

⁵¹⁷ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 319.

pesquisa como forma de antecipar a probabilidade de sucesso em seus requerimentos de patente.

A princípio, a documentação engloba patentes concedidas aos países, os requerimentos de patentes já publicados e literatura não relacionada às patentes (*non-patent literature*), que se resumia, basicamente à periódicos técnicos. A partir de 2004, foram incluídos periódicos sobre conhecimentos tradicionais. Apesar de ter se iniciado com um número tímido de publicações na documentação mínima do PCT, trata-se de medida de grande importância para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Para Jay Erstling, é essencial que mais periódicos sejam adicionados à lista, bem como que os examinadores dos requerimentos de patentes, especialmente aqueles de áreas técnicas, conscientizem-se a respeito dos conhecimentos tradicionais.⁵¹⁸

Além disso, vale destacar as bases de dados (*databases*⁵¹⁹), que também servem para dar publicidade aos conhecimentos tradicionais. Esse é um dos mecanismos mais importantes para disponibilização de informações, além dos periódicos. De acordo com Jay Erstling, a criação de uma base de dados dos conhecimentos tradicionais é de extrema importância para a proteção defensiva, impedindo a apropriação indevida de tais conhecimentos.⁵²⁰

Algumas bases de dados existentes são: a da Índia, iniciada em 2001, também conhecida como TKDL (*Indian Traditional Knowledge Digital Library*), e complementada pela TKRC (*Traditional Knowledge Resource Classification*); e a da China, formada pelo “*China TCM Patent Database*” e TCMLARS (*Chinese Medical Literature Analysis and Retrieval Systems*).⁵²¹

⁵¹⁸ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, pp. 314-315.

⁵¹⁹ O Guia sobre Conhecimentos Tradicionais elaborado pela OMPI recomenda a inclusão das seguintes informações em bases de dados: (i) o nome do objeto; (ii) a forma de expressão; (iii) o local de existência; (iv) a origem; (v) a fonte da divulgação; (vi) particularidades do uso; (vii) os detentores; (viii) métodos; e (ix) categorias de usuários. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 19.

⁵²⁰ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 305.

⁵²¹ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, pp. 320-321. A TKDL é uma iniciativa de agências do governo indiano, que tem como proposta a documentação de conhecimentos sobre medicina tradicional que já caíram em domínio público, especialmente com informações da literatura sobre a *ayurveda*. As informações são postadas em inglês, alemão, francês, japonês e espanhol. Para a sua criação, trabalhou em conjunto um time interdisciplinar

Além delas, vale destacar a mudança de sistemas administrados pela própria Organização Mundial de Propriedade Intelectual. A Classificação Internacional de Patentes, mais conhecida em inglês como “*International Patent Classification*”, foi expandida para abarcar questões relacionadas a conhecimento tradicional, especialmente sobre produtos medicinais fabricados com extratos de plantas. Além disso, no âmbito do PCT, tratado administrado pela OMPI, a documentação mínima a ser consultada antes do requerimento de uma patente foi expandido para incluir onze fontes relacionadas a conhecimentos tradicionais, aumentando, assim, as chances de um conhecimento ser identificado como “estado da técnica”.⁵²²

Para o autor Jay Erstling, porém, para que a proteção defensiva através da divulgação surta efeito, é necessário que ela seja combinada com medidas afirmativas, para não se correr o risco de deixar o conhecimento cair em domínio público. Por tal motivo, ele recomenda que a divulgação para fins de proteção defensiva dos conhecimentos somente ocorra no caso de conhecimentos que já estão no domínio público.⁵²³

Assim, os inventários, as bases de dados e os sistemas de informação formam a infraestrutura utilizada para se manter a documentação intacta e acessível aos escritórios de patentes, permitindo a chamada proteção defensiva. Entretanto, é importante lembrar que a documentação deve ser aliada a outras formas de proteção, especialmente positivas, para que seja efetiva.⁵²⁴

Outra proposta existente no âmbito da proteção defensiva é a de exigir que os requerentes revelem a origem do recurso genético que resultou na invenção ou no cultivar.

composto por *experts* em *ayurveda*, um examinador de patentes, *experts* em tecnologia da informação, cientistas e técnicos. Já o TKRC é um sistema inovador de classificação estruturado. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p. 29.

⁵²² Ibid. p. 29.

⁵²³ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 318. O autor assim discorre: “Defensive protection alone – without the assertion of affirmative patent rights – entails placing in the public domain TK that may otherwise be undisclosed, secret, or inaccessible and giving access to it to the public. Such a move could mean that TK holders would forego the possibility of acquiring patent rights over the disclosed knowledge, or they could lose whatever trade secret protection they had previously secured. By making undisclosed information easily accessible, moreover, defensive protection could contribute to enabling the unauthorized use of the very TK that the holders wish to protect. Communities that embark on strategies of defensive protection therefore need to make certain that the TK they disclose is knowledge they wish to make publicly available. For that reason, defensive protection against third-party misappropriation is perhaps most effective in protecting TK that is already in the public domain.”

⁵²⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 18.

O escritório de propriedade intelectual que recebesse o requerimento repassaria, então, a informação ao país de origem ou à OMPI, os quais informariam a respeito da legalidade do acesso.⁵²⁵

No âmbito da OMC, uma discussão se seguiu a respeito da obrigatoriedade de se divulgar a origem do conhecimento tradicional com base no qual foi desenvolvido o invento. O objetivo seria demonstrar que o conhecimento foi adquirido com o consentimento prévio e informado de seus detentores, bem como comprovar a repartição justa e equitativa de benefícios. Tal divulgação não era, a princípio, prevista no Acordo TRIPS e foi proposta por países como Brasil e Índia, esbarrando na oposição dos Estados Unidos, dentre outros.

Entretanto, em que pese a medida nunca ter sido incorporada ao Acordo, inegável que sua adoção não resultaria em um grande impedimento para o requerimento de patentes e não se mostra de maneira alguma irrazoável.⁵²⁶

⁵²⁵ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 189. Nesse sentido, a OMPI: “The second context in which intellectual property rights are relevant as a framework for the access to genetic resources and benefit sharing is the recording of interests in inventions that arise from access to or use for genetic resources and traditional knowledge. A number of regional and national laws have provided for such records, by means of establishing that patent documents shall disclose the origin of the genetic resources used in the development of inventions as well as show that prior informed consent has been obtained from the competent authorities and traditional knowledge holders. The purpose of such disclosure is to provide a mechanism to verify compliance with national laws and contracts concerning access to genetic resources and benefit sharing.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property and genetic resources: an overview*, WIPO/IP/GR/00/2, de 24 de março de 2000, p. 9. E ainda, a COP da CDB: “(...) that upon receiving adequate documentation, and as normal part of their scrutiny of patent application, patent offices should inform designated authorities in the country of origin and any local communities of the pending application concerning them. Countries of origin and local communities should have an opportunity to oppose the grant of a patent and to undertake investigations into whether or not a patentee has fulfilled any relevant code of conduct or biodiversity prospecting arrangements.” UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities: implementation of Article 8(j)*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 3rd meeting, 1996, Buenos Aires, Argentina, UNEP/CBD/COP/3/19, 18 de setembro de 1996, p. 22. O Brasil também apresentou recomendação à OMC no mesmo sentido: “In this connection, Brazil considers that Article 27.3(b) should be amended in order to include the possibility of Members requiring, whenever appropriate, as a condition to patentability: (a) the identification of the source of the genetic material; (b) the related traditional knowledge used to obtain that material; (c) evidence of fair and equitable benefit sharing; and (d) should also be made in order to clarify that discoveries or naturally occurring material shall be excluded from patentability.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Review of article 27.3(b)*, *Comunicação do Brasil*, IP/C/W/228, de 24 de novembro de 2000.

⁵²⁶ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, pp. 309-310. Nesse sentido: “Compelling disclosure and even requiring the submission of supporting evidence, such as a certificate of origin or benefit-sharing agreement, arguably fall within the confines of reasonable procedures that do not create an undue burden on patent applicants (...)”.

Ou seja, o único problema para a implementação de tal proposta decorre da inexistência de previsão expressa de tal requisito no Acordo TRIPS. Tecnicamente falando, porém, não se encontrariam grandes dificuldades para o cumprimento da exigência.⁵²⁷

Jay Erstling assim discorre a respeito das vantagens de se requerer a divulgação da fonte do conhecimento tradicional:

Requerer a divulgação da fonte do conhecimento tradicional em solicitações de patentes tem múltiplos benefícios. A divulgação chama atenção para a possibilidade dos detentores dos conhecimentos reivindicarem direitos de inventor ou de propriedade sobre uma invenção, e sinaliza para a necessidade de incluir o conhecimento tradicional no escopo da pesquisa sobre estado da técnica. Também ajuda a assegurar que o requerente da patente tenha obtido o consentimento prévio e informado do detentor do conhecimento tradicional, e monitora a execução das obrigações de acesso e repartição de benefícios em conformidade com o artigo 8(j) da CDB.⁵²⁸

No âmbito do PCT, a questão da divulgação da origem dos conhecimentos também foi debatida, especialmente no que tange à liberdade dos países para criar regras a esse respeito. A Suíça apresentou uma proposta de emenda ao PCT que permitiria aos países-membros requerer, em suas respectivas legislações, a divulgação da fonte do conhecimento tradicional. A proposta, porém, não foi adotada. Apesar disso, ainda é possível defender que o PCT, tacitamente, permite que países invalidem a fase nacional ou revoguem a concessão de patentes em que não tenha sido divulgada a origem do conhecimento tradicional.⁵²⁹

⁵²⁷ De acordo com um estudo promovido pelo Centro de Direito Ambiental Internacional (Center for International Environmental Law), cinco mil pedidos de patentes depositados nos mais diversos países já informavam o país de origem da planta utilizada. V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 192.

⁵²⁸ Do original: “Requiring the disclosure of the source of TK in patent applications has multiple benefits. Disclosure calls attention to whether the TK holders have claims of inventorship or ownership rights in the invention, and it signals the need to include TK within the scope of the prior art search. It also aids in ensuring that the patent applicant has obtained the prior informed consent of the TK holders, and it monitors enforcement of access and benefit-sharing obligations in conformity with CBD Article 8(j) obligations.” J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 322. A obrigação de publicizar o conhecimento do qual deriva o invento pode ser encontrada na legislação indiana, mais especificamente no “Patents (Amendment) Act” No. 38 de 2002, que tem como objetivo evitar a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos, prevendo a obrigação de divulgar a fonte e a origem geográfica do recurso utilizado, e as sanções para quem não o fizer. J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 325. A Comunidade Andina também tem previsão semelhante, nas Decisões 391 e 486, exigindo que para os requerimentos de patentes seja apresentada uma cópia do contrato de autorização de acesso, quando o invento tenha como base conhecimentos tradicionais e/ou recursos genéticos. Em outras palavras, exige-se não só a divulgação da fonte, mas também de evidência da obtenção de autorização para uso do conhecimento tradicional. J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, in pp. 327-328.

⁵²⁹ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, pp. 312-313.

A esse respeito, discorre Erstling:

O artigo 27(3) do PCT prevê que “se o requerente, para os fins de qualquer Estado designado, não estiver habilitado segundo a legislação desse Estado para depositar um pedido nacional, devido a não ser o inventor, o pedido internacional poderá ser rejeitado pelo Organismo designado.” Como a divulgação da fonte do conhecimento tradicional pode ser crucial para a determinar se o inventor apontado no requerimento internacional tem direitos legítimos de acordo com a lei nacional, faria sentido enxergar o artigo 27(3) como tolerante ao requerimento da divulgação para a obtenção dos direitos de inventor. Essa forma de abordagem, que é baseada no tratamento da divulgação como condição substancial para o direito de requerer a patente, provavelmente encontraria oposição de um número substancial de países, incluindo os Estados Unidos.⁵³⁰

Uma terceira proposta identificada é a criação de um *ombudsman* de direito de propriedade intelectual, responsável por investigar reclamações de comunidades tradicionais, governos e organizações. Para ser eficaz, seria necessário que existisse um *ombudsman* em cada escritório nacional de patentes, além de um para cada secretariado de convenções relativas a direitos de propriedade intelectual, especialmente da UPOV e de tratados sobre patentes. Ademais, caberia ao *ombudsman* apresentar relatórios anuais acerca de suas atividades, bem como lhe seria possível determinar o adiamento da concessão de alguma patente ou requerer a reavaliação de uma patente já concedida ou sob análise.

Por fim, nos casos em que a patente seja desafiada pela comunidade, seja através do *ombudsman*, seja através de outro meio legal, é importante que exista um tribunal apto a julgar o caso.⁵³¹

A respeito da resolução de disputas, o Guia elaborado pela OMPI apresenta ainda como alternativas ao julgamento perante um tribunal, a arbitragem e a criação de um órgão específico para a resolução das controvérsias.⁵³²

⁵³⁰ “Article 27(3) of the PCT provides that “[w]here the applicant, for the purposes of any designated State, is not qualified according to the national law of that State to file a national application because he is not the inventor, the international application may be rejected by the designated Office.” Since disclosure of the source of TK may be critical in determining whether the named inventor in the international application has legitimate inventorship rights in accordance with national law, it would make sense to view Article 27(3) as tolerating a disclosure requirement for the purpose of assessing inventorship rights. This type of approach, which is based on treating disclosure as a substantive condition of entitlement to apply for a patent, would likely meet with opposition from a substantial number of countries, including the United States.” J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 314.

⁵³¹ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, pp. 183-184.

Em publicação denominada “Intellectual Property and Traditional Knowledge”, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual cita, ainda, ferramentas de capacitação por ela desenvolvidas que podem auxiliar na proteção de conhecimentos tradicionais e de recursos genéticos. O primeiro, é o chamado “Toolkit for IP Management”, que se trata de um portal *online* voltado a registros e *databases* sobre conhecimentos tradicionais e recursos genéticos, incluindo-se aí um base de dados sobre medicina tradicional ayurvédica do sul da Ásia.⁵³³

Outra ferramenta é o “Toolkit for IP Management When Documenting TK and Genetic Resources”. Como o próprio nome já diz, cuida-se de uma orientação aos detentores de conhecimentos tradicionais para quando desejarem documentar tais conhecimentos. O ponto fulcral é ilustrar que qualquer documentação ou a inserção em uma base de dados deve sempre levar em consideração as possíveis implicações relativas a direitos de propriedade intelectual, a inclusão do conhecimento no domínio público ou sua publicação indevida.⁵³⁴

3.3.4.2 Sistema *sui generis*

Apesar da possibilidade de se buscar a proteção de conhecimentos tradicionais através do sistema de propriedade intelectual já existente, ainda exsurtem incontáveis críticas a tal sistema, o qual muitos entendem ser incompatível com os conhecimentos.

De acordo com a lição de Andressa Caldas, as novas demandas econômicas impulsionaram a criação de novos bens jurídicos, tais quais os conhecimentos tradicionais, aos quais foi atribuído valor econômico. Ocorre, porém, que elevar os conhecimentos tradicionais à categoria de “bem jurídico” implica introduzi-los em uma classificação jurídica já existente, notadamente ocidental e pré-estabelecida, sem levar em consideração que o modo de produção e a natureza desses conhecimentos, muitas vezes, não se encaixam nos modelos existentes do sistema jurídico ocidental, que se pauta no individualismo.

⁵³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 20.

⁵³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), p. 30

⁵³⁴ *Ibid.* p. 30.

Paralelamente a esse fenômeno, surgem novos sujeitos de direito, no caso, as comunidades tradicionais que detêm tais conhecimentos, e que, a partir do momento que são inseridas no âmbito de proteção do sistema jurídico, passam a ser reconhecidas como sujeitos em sua dimensão coletiva, o que até então não ocorria.

Em resumo:

Ao contrário do que pretendem ser, os conceitos e as classificações jurídicas são instrumentos construídos (portanto, artificiais), arbitrários, particulares e historicamente determinados. A modernidade, através de suas categorias, pretende dominar o mundo com nomes próprios, vesti-lo com seus uniformes, ainda que o figurino esteja mal cortado e a roupa seja estreita. Pretendendo de certa forma mitigar essa inadequação, em todos os campos do direito se está reconhecendo a necessidade de uma revisão conceitual que dê conta das insuficiências do modelo jurídico clássico que, todavia, está em vigor.⁵³⁵

Surge, então, a proposta de criação de sistemas *sui generis* para a proteção dos conhecimentos tradicionais. De acordo com a OMPI, a princípio, o sistema *sui generis* é um sistema completamente diferente e separado do atual sistema de direitos de propriedade intelectual. Entretanto, algumas pessoas defendem que o sistema *sui generis* também pode se referir a direitos de propriedade intelectual⁵³⁶, de modo que, nesse caso, o que torna o sistema *sui generis* é a modificação do modelo existente para melhor se adaptar às características do objeto e da política a ser adotada.⁵³⁷

Assim sendo, analisar-se-á algumas das críticas formuladas ao sistema de direitos de propriedade intelectual vigente, para, então, estudar as propostas relativas à criação de um sistema *sui generis*, melhor amoldável à proteção dos conhecimentos tradicionais.

⁵³⁵ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 194.

⁵³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Geneva, abril de 2001, pp. 24-25.

⁵³⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E), pp. 20-21. Alguns exemplos de políticas *sui generis* apontadas são: a Lei n° 27.811 de 2002, do Peru; a Lei de Biodiversidade n° 7.788, da Costa Rica; o Decreto Lei n° 118, de 20 de abril de 2002, de Portugal; e o “Act on Protection and Promotion of Traditional of Thai Medicinal Intelligence” da Tailândia. Ibid. pp. 21-22.

3.3.4.2.1 Críticas ao sistema de Direitos de Propriedade Intelectual

Para a proteção do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos, foram levantados diversos problemas caso se tentasse protegê-los através do sistema de direitos de propriedade intelectual.

O autor J. T. Cross classifica as suas objeções ao uso de um modelo baseado na propriedade intelectual em dois grupos: (i) objeções práticas; e (ii) objeções políticas. As objeções práticas, para ele, podem ser traduzidas em três perguntas: (i) quem detém o direito de propriedade?; (ii) como determinar a cultura de origem?; e (iii) se e como limitar o direito no tempo? Além dessas três problemáticas trazidas pelo autor, é possível identificar, ainda, a questão dos altos custos e da dificuldade na realização dos requerimentos formais.

Inicialmente, quanto à questão da titularidade do conhecimento, Cross afirma que, quando se trata de um direito de propriedade intelectual, a propriedade geralmente recai sobre a pessoa que desenvolveu a invenção ou o trabalho. Por analogia, no caso de conhecimentos tradicionais, a própria “cultura” seria a titular do direito de propriedade. Porém, como ele mesmo afirma, uma cultura, diferentemente de outras ficções legais como uma nação ou uma corporação, não se manifesta através de uma só voz, ou uma só pessoa. Assim, determinar quem, dentro da “cultura” pode tomar decisões relativas à propriedade torna-se uma dificuldade.⁵³⁸

No mesmo sentido, Graham Dutfield discute quem é o detentor do conhecimento. Interessante notar que, diferentemente de Cross, Dutfield não entende que a “cultura” possa ser a proprietária de um direito sobre o conhecimento. O autor defende que as noções de “propriedade” e de “posse” também existem, à sua maneira, no seio de algumas comunidades tradicionais, sendo que, em muitos casos, nem todos os conhecimentos são compartilhados por todos os membros da sociedade.⁵³⁹ Para ele, assumir genericamente

⁵³⁸ J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 21. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁵³⁹ Um exemplo é o “conhecimento mágico”. De acordo com ele: “Shamans and other TK holder specialists may wish to restrict access to their knowledge for reasons other than because they consider it to be their property.” G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, p. 246. Também a respeito dos rituais e mágica nos rituais de povos tradicionais: “Ritual and magic are essential elements in traditional healing practices of many indigenous communities. Their presence is probably the nearest thing to intellectual property rights (IPR). Through ritual, the traditional healer controls the use of knowledge “by connecting the use of a particular treatment with rituals and magic” which he or she alone can perform. Thus, another member of the community would

que inexistia uma forma de direito de propriedade coletivo nas comunidades tradicionais significa ignorar a própria diversidade de sistemas de propriedade tradicionais.⁵⁴⁰

Jay Erstling, por sua vez, parece adotar o entendimento de Daniel Gervais, segundo o qual é possível reconhecer a natureza comunitária da propriedade do conhecimento tradicional. Para ele, a propriedade comunitária é uma extensão da propriedade conjunta, a qual já é amplamente aceita.⁵⁴¹

No mesmo sentido, La Viña e Sapiera discorrem a respeito da “propriedade comunitária” (*communal ownership*), pela qual os povos indígenas não alegam “ter” ou “possuir” no sentido comumente utilizado no mundo ocidental, o que não significa, necessariamente, que eles não possuem direito algum sobre tal conhecimento.⁵⁴²

A autora Juliana Santilli, por sua vez, também aponta como um problema à adoção do sistema de direitos de propriedade intelectual, a produção dos conhecimentos de forma coletiva, o que certamente dificulta na identificação do autor ou inventor.⁵⁴³

Enfim, caso se adote o entendimento de Cross de que a cultura em si seria a detentora do conhecimento, surge outro problema conceitual: o que seria “cultura”? A pergunta é tão abrangente e de difícil resposta que leva à segunda objeção prática mencionada por Cross, qual seja, a dificuldade em se determinar a cultura de origem. Isso porque:

Algumas culturas se auto-definem, outras não. Mesmo uma cultura que se auto-define, os seus limites sociológicos podem estar longe de ser claros. Ademais, a cultura não é um objeto estático. Para completar o problema, culturas podem se

believe that a treatment would not be effective unless accompanied by the healer’s ritual.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 156.

⁵⁴⁰ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, pp. 245/246.

⁵⁴¹ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, 2008-2009, p. 329.

⁵⁴² A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 155. Os autores afirmam existir sólidas pesquisas antropológicas aptas a embasar a conclusão de que as informações e o conhecimento tradicional não são livremente compartilhados dentro das próprias comunidades. Há, na realidade, uma classificação dos conhecimentos, que são categorizados conforme sua natureza, características, utilidade e forma. O direito de compartilhar as informações e conhecimentos com pessoas de dentro e fora da comunidade depende de tais categorias. De acordo com os autores, “(...) the perception that indigenous communities do not recognize private and individual rights over knowledge and information is based on a lack of documented data over such rights.” *Ibid.* p. 156.

⁵⁴³ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 353.

dividir em subgrupos, cada uma seguindo o seu próprio caminho. No caso do conhecimento, que pode existir há séculos, se não milênios, determinar a “cultura originária” pode requisitar um esforço hercúleo.⁵⁴⁴ (tradução nossa)

A terceira objeção prática refere-se ao limite temporal imposto no sistema tradicional de proteção à propriedade intelectual. Levando em consideração que muitos conhecimentos tradicionais são antigos, deveria a proteção a eles outorgada ser limitada no tempo e, em caso positivo, como se mediria o tempo?⁵⁴⁵ Ou seja, o aspecto temporário da concessão de patentes, cultivares e outros direitos de propriedade parece se opor à prática de transmissão intergeracional de conhecimentos e práticas dentro das comunidades tradicionais e indígenas.⁵⁴⁶

Essa parece ser a maior limitação imposta quando do patenteamento de um conhecimento tradicional, na visão de Erstling. Para o autor, o requerente deverá balancear os benefícios que terá ao receber um título de exclusividade por um período limitado de tempo e as desvantagens da publicização do conhecimento, que após um certo período cairá em domínio público.⁵⁴⁷

Ademais, torna-se difícil precisar a partir de que momento considerar-se-ia produzido, gerado ou concebido um determinado conhecimento. A esse respeito: “Impossível, portanto, definir um marco temporal de vigência para quaisquer direitos intelectuais sobre conhecimentos tradicionais, cuja origem exata no tempo dificilmente poderá ser precisada, e que serão transmitidos, de forma também indefinida no tempo, para outras gerações.”⁵⁴⁸

Apesar de não mencionado por Cross, não se pode deixar de lembrar dos altos custos envolvidos nas requisições para proteção de direitos de propriedade intelectual, os

⁵⁴⁴ J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 21. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁵⁴⁵ Ibid. p. 21.

⁵⁴⁶ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 166.

⁵⁴⁷ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, p. 331.

⁵⁴⁸ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 353.

quais, na realidade ultrapassam o momento da reivindicação e se estendem ao longo do tempo, envolvendo a manutenção e a fiscalização dos direitos.⁵⁴⁹

Por fim, cabe destacar um problema de ordem prática trazido por Jay Erstling. Para efetuar o requerimento de uma patente e a fim de comprovar os requisitos de “não-obviedade” e “utilidade”, os requerentes devem fazer uma descrição detalhada da invenção, de maneira compreensível para os examinadores, ou seja, utilizando-se de linguagem científica, o que cria uma barreira aos detentores de conhecimentos tradicionais, que muitas vezes não dominam a linguagem técnica ocidental, o que não necessariamente deveria desclassificar seu conhecimento para fins de proteção. A proposta do professor Gervais a esse respeito, seria de treinar os examinadores para melhor lidar com a questão dos conhecimentos tradicionais (“*to build cross-cultural bridges*”).⁵⁵⁰

Já no que tange às objeções políticas, importante destacar, primeiramente, a finalidade por trás da concessão de direitos de propriedade, que seria, uma “recompensa pela criatividade”. Porém, de acordo com J. T. Cross, torna-se difícil justificar um sistema de propriedade intelectual para os conhecimentos tradicionais baseando-se nessa mentalidade retributiva, principalmente pelo fato de que a concessão de um direito de exclusividade não prevê o tipo correto de retribuição pelo processo criativo nesses casos, e muitas vezes a atribui à parte errada.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ V. A. BERTOIGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 166.

⁵⁵⁰ J. ERSTLING, *Using patents to protect traditional knowledge*, Texas Wesleyan Law Review, vol. 15, 2008-2009, pp. 329-330.

⁵⁵¹ J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 24. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017. A esse respeito, discorre o autor: “The problem is instead that the grant of exclusive rights does not provide the right sort of reward for that creativity. Much traditional knowledge has been in existence for centuries. That actual person or people responsible for originating that knowledge are often dead, and in most cases have been long forgotten. Even if the knowledge is of recent origin and the originator can be identified, most proposals for intellectual property in traditional knowledge would vest the rights not in the person but instead in that person’s culture – or in the case of the Bill, sometimes in a national agency that simply owes fiduciary duties to the culture. In other words, property-based traditional knowledge laws give the reward to the wrong party. Regardless of whether the purpose of the property right is to reward past acts or to provide incentive for future acts, a system that grants rights to someone other than the originator would violate the basic policies of the prevailing reward theory. The grant of rights would be little more than a windfall to the recipient. In one form or another, this argument has often been asserted against proposals to grant property rights in traditional knowledge. Instead, the argument continues, the only right the *culture* should have is the right to prevent wrongs directed at the culture itself, such as situations where someone acquires the knowledge by deceiving current members of the culture. However, the culture should not have a broad property right to “lock up” knowledge and thereby exclude all other potential users.” J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, pp. 24-25. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

Outro problema que surge é a diferente racionalidade dos povos no que se refere ao próprio ato da criação. Na teoria retributiva o objetivo é abranger o “passo inventivo”, que distingue a criação de um estado prévio de conhecimento. Por outro lado, o conhecimento tradicional, em geral, não se resume a um ato de criação sistemático, pois pode envolver pedaços ou fragmentos de conhecimentos derivados e produzidos da relação da sociedade com o meio ao longo do tempo.⁵⁵²

Em resumo: a teoria retributiva não deve ser a única justificativa para a proteção do conhecimento. Porém, ainda que outros argumentos existam para justificar a proteção dos conhecimentos tradicionais através dos direitos de propriedade intelectual, de acordo com Cross, tais argumentos são “fracos”.

Por exemplo, ao se falar que a proteção dos conhecimentos tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual é uma maneira de garantir a redistribuição de riqueza, esquece-se que a riqueza acabaria sendo distribuída de maneira desigual e aleatória.⁵⁵³

Outro argumento que busca justificar o uso de direitos de propriedade para proteção dos conhecimentos tradicionais é a retificação do desequilíbrio no sistema internacional de

⁵⁵² J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 25. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017. Assim, Cross resume sua crítica em duas falhas da teoria da recompensa. A primeira falha apontada é que o sistema não recompensa somente a criatividade, mas também demonstra uma preocupação com a disseminação do invento. De acordo com o autor, o problema é que a propriedade intelectual deixa a dispor do seu detentor as ferramentas para demandar o pagamento. Porém, para que o faça, o conhecimento é transformado em uma *commodity* para ser, posteriormente, vendido ou alugado. Em outras palavras, a recompensa material pela criação só ocorre no momento em que ela é publicizada, licenciada e/ou vendida. No que tange as comunidades tradicionais, o uso do direito de propriedade intelectual pode ser um meio para evitar que o conhecimento seja difundido. Além disso, ao transformar o conhecimento em uma *commodity*, pode-se criar uma cisão interna da comunidade, pois um grupo pode ser a favor da divulgação e outro, contra. Ibid. pp. 26-27. A segunda falha apontada por Cross consiste no fato de que a teoria retributiva esquece que, apesar de ser a justificativa mais comum para os direitos de propriedade intelectual, ela não é a única. Desse modo, alguns direitos de propriedade intelectual estão, na realidade, levemente relacionados à disseminação do conhecimento. O exemplo citado pelo autor são as marcas (*trademarks*), que têm como objetivo representar um dos competidores no mercado, dando-lhe o direito e o incentivo econômico para policiar o uso indevido da marca por outros. O direito do autor, por sua vez, funda-se em direitos morais, na reputação do autor e até mesmo em políticas sociais. Ibid. 29-30.

⁵⁵³ Assim discorre Cross: “Por exemplo, um argumento óbvio para os direitos de propriedade intelectual é que esses direitos poderiam ajudar a redistribuir riqueza para os detentores desse conhecimento, pois aqueles que sejam de fora da sociedade seriam forçados a pagar ou pagar algum valor para utilizar o conhecimento. (...) Porém, enquanto a redistribuição de riqueza possa ser um objetivo louvável, ela não justifica a concessão de direitos de propriedade aos conhecimentos tradicionais. Um sistema de direitos de propriedade redistribuiria a riqueza de maneira desigual e, de certo modo, aleatório para diferentes detentores do conhecimento tradicional, pois direcionaria a demanda para o conhecimento de uma cultura particular. Tal sistema também poderia criar incentivos para o uso ineficiente de recursos, incluindo gastos com propaganda e *marketing*, pelas culturas buscando capitalizar sua nova *commodity*. Se a redistribuição de renda é o objetivo, um meio mais eficiente e equitativo seria a transferência direta de dinheiro ou uma mudança na estrutura fiscal, não a concessão de direitos de propriedade intelectual” Ibid. p. 31.

propriedade intelectual, o que pode ser chamado de “equilibrar o campo de jogo”⁵⁵⁴. Tratados de propriedade intelectual existentes como as Convenções de Paris e de Berna e o TRIPS obrigam nações a providenciar direitos de propriedade intelectual para certas invenções e expressões, independentemente de onde eles se originam. Dado que a maioria das invenções patenteadas e expressões protegidas por direitos autorais⁵⁵⁵ originam de nações industrializadas, o sistema existente tende a beneficiar as nações mais ricas em detrimento das nações em desenvolvimento ou menos desenvolvidas. Por outro lado, enquanto essas nações menos desenvolvidas podem ser “pobres em propriedade intelectual”, muitas são ricas em recursos que não são protegidos pela lei de propriedade intelectual atual, incluindo a biodiversidade e conhecimentos tradicionais. Transformar tais recursos em *commodities*, continua o argumento, ajudaria tais nações a “participar mais eficientemente nos mercados globais”. Porém, em seu núcleo, este argumento é meramente uma variação daquele relativo à redistribuição de renda.⁵⁵⁶

Cross menciona, ainda, outros argumentos a favor da adoção de direitos de propriedade intelectual para a proteção dos conhecimentos tradicionais que, à primeira vista, parecem ser mais convincentes. Dentre eles, a concessão do direito à comunidade que utiliza o conhecimento recorrentemente, evitaria erros na utilização e no ensinamento do conhecimento. Além disso, a concessão de um direito exclusivo poderia ajudar na preservação da singularidade de culturas ameaçadas, e possivelmente, sua própria existência.⁵⁵⁷

O objetivo de evitar erros na utilização e no ensinamento do conhecimento, soa plausível para casos em que se busca evitar algum dano ao meio ambiente ou à alguma pessoa, seja ela integrante da comunidade ou um terceiro.⁵⁵⁸ Porém, essa seria uma única

⁵⁵⁴ “Evening the playing field” no original.

⁵⁵⁵ “Copyright” no original.

⁵⁵⁶ J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, pp. 31-32. 15. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017. E ainda: “Direitos de propriedade intelectual para conhecimentos tradicionais aumentam a riqueza de certas nações ou culturas, e tendem (ou não) a beneficiar as nações menos desenvolvidas. Mas assim também seria com a concessão de direitos de propriedade para outros recursos livremente distribuídos, incluindo o espaço aéreo e vias navegáveis. Poucos argumentariam que conceder direitos de propriedade ao espaço aéreo e às vias navegáveis é um meio útil para o aumento da riqueza de uma nação. Semelhantemente, a não ser que haja outra razão para conceder direitos aos conhecimentos tradicionais, o objetivo implícito de redistribuir renda poderia ser melhor alcançado de outras maneiras.” (tradução nossa).

⁵⁵⁷ Ibid. p. 32.

⁵⁵⁸ Nesse sentido: “In many situations, a culture in possession of traditional knowledge will best understand that knowledge. Giving that culture exclusive rights to that knowledge would help to prevent the distortions that might occur if the knowledge was used or conveyed by others with a less perfect understanding. In the case of traditional knowledge, however, property rights would be appropriate only when the distortion might

hipótese que poderia justificar a utilização dos direitos de propriedade intelectual e que, por si só, não se sustenta, pois tal objetivo pode ser alcançado por outros meios.⁵⁵⁹

Igualmente, a alegação de que a concessão de direitos de propriedade ajudaria na preservação do conhecimento embora convincente, também apresenta problemas. Primeiramente, porque a mera cessão de um direito não garante que as pessoas não esquecerão e não abandonarão o conhecimento. Em segundo lugar, porque não é apenas o conhecimento tradicional que é ameaçado de extinção⁵⁶⁰, mas sim a cultura como um todo. E, enfim, há casos em que mais de uma cultura compartilha de um determinado conhecimento.⁵⁶¹

Outro problema a ser destacado no que tange a utilização do sistema de direitos de propriedade intelectual atualmente vigente para a proteção dos conhecimentos tradicionais

cause *external* harm to the environment or some person – either to the culture that owns the knowledge, or a third party. For example, government could justifiably choose to limit the use of a traditional medical plant to those within the culture that developed the treatment. Property rights in this situation would help prevent harm to others. By the same token, government could limit the use of traditional agricultural methods to a culture to minimize environmental harm. Both of these examples involve traditional technical knowledge. It is more difficult to envision how errors in the use or transmission of traditional cultural expressions, like those protected in the Bill, could cause similar harm. In most situations, the only harm is “internal” – harm to the knowledge itself – in which case government intervention is unjustified.” J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 35. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁵⁵⁹ “In conclusion, then, the policy of preserving accuracy provides a weaker justification for property rights in traditional knowledge than does the policy of encouraging dissemination. Property rights would be justified only when the inaccuracy poses some threat of harm to people or the environment. Giving exclusive rights to protect information itself, by contrast, goes beyond the function of good government. Moreover, in many cases government might be able to prevent the harm by means other than property right.” J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 36. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁵⁶⁰ Ibid. p. 36.

⁵⁶¹ Ibid. pp. 39-40. Do original: “Moreover, using cultural preservation as a justification for intellectual property rights in traditional knowledge also has its share of problems. The problems here are more serious than those accompanying the other two justifications. First, protecting culture requires a broader, more expensive property right than that needed to encourage dissemination or ensure accuracy. The first two goals can be achieved by granting a property right in the particular knowledge or expression. Modifications or variations of the idea need not be part of the intellectual property. Suppose, for example, that a culture knows a method to increase the yield of a particular crop. If government wanted to encourage dissemination of that method, it would only need to grant the culture an exclusive right to that method, not to other similar methods. Preserving culture, however, requires a property right not only in the cultural trait itself, but also in traits that are sufficiently similar to threaten the uniqueness of the trait itself. Second, a property right designed to preserve culture may directly contradict the policy of dissemination. The key to an intellectual property right designated to preserve culture is that it allows the owner to prevent others from using the traditional knowledge. Of course, government might deem it necessary to grant such a right in the case of a non-mainstream culture facing a significant threat. Third, there are likely to be cases where more than one culture shares particular knowledge. That same traditional knowledge may help define both cultures. The obvious solution is to grant both cultures a sort of “joint” property right, applicable against the rest of the world. However, if the goal is to preserve culture, a joint property right could present problems. If one of the joint owners decides to allow outsiders to use the knowledge, its act may threaten the continued existence of the other culture, defeating the purpose of the property right. Thus, not only would a property right designed to protect culture need to be fairly broad, it might also need to be inalienable and non-waivable.”

refere-se à falta de participação que as comunidades tradicionais e povos indígenas nos foros de decisão e na elaboração de leis e políticas.

Como destacado por Andressa Caldas, apesar de haver uma preocupação em aumentar a participação nos processos de debate e de execução das políticas de biodiversidade, na maioria das vezes os instrumentos legislativos foram produzidos unilateralmente, por iniciativa do Poder Executivo, excluindo a possibilidade de controle pelos detentores dos conhecimentos tradicionais. Nos dizeres da autora:

(...) no estado atual do debate das políticas públicas sobre os conhecimentos tradicionais, o problema é ainda mais grave na medida em que permitir o acesso da sociedade civil somente para debater as formas de execução destas políticas, equivale a convidá-la a um jogo onde as regras já estão preestabelecidas. E, uma vez mais, como em tantas ocasiões na história brasileira, aos principais interessados e destinatários das políticas lhes é reservado o papel limitado de legitimadores de projetos pré-concebidos. Quando se elegeu o jogo e definiram-se as suas regras, os jogadores são chamados para que didaticamente “aprendam” como se joga e para que emitam seu “consentimento prévio e informado”.⁵⁶² (tradução nossa)

A autora conclui com a seguinte crítica:

(...) a determinação de quais direitos deverão ser protegidos e a maneira em que essa proteção deve se dar partem de uma eleição autoritária, que não obstante é ocultada. Tal é a concepção monolítica que subjaz à grande maioria das regulações jurídicas aqui analisadas. As formas de proteção dos direitos são construídas de acordo com parâmetros normativos e sistemas de regulação que pertencem a uma mesma e única lógica: ocidental, moderna e proprietária.⁵⁶³ (tradução nossa)

Assim, resta evidenciado que o sistema tradicional de proteção através da propriedade intelectual é limitado e inadequado para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Como bem sintetiza, J. T. Cross:

(...) doutrinas tradicionais não provam ser sempre adequadas para situações para as quais não foram designadas. O modelo de propriedade aplicável no campo da propriedade intelectual é baseado em certas políticas e princípios fundacionais. Como o conhecimento tradicional difere de maneira significativa de outras criações intelectuais, essas mesmas políticas e princípios podem não se aplicar sempre com a mesma força.⁵⁶⁴ (tradução nossa)

⁵⁶² A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 190.

⁵⁶³ Ibid. p. 192.

⁵⁶⁴ Extraí-se do texto original: “(...) traditional doctrines do not always prove to be a good “fit” for situations they were not designated to cover. The property model that applies in the field of intellectual property is based on certain foundational policies and principles. Because traditional knowledge differs in certain significant ways from other intellectual creations, these same policies and principles may not apply with equal force.” J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, p. 19. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017. A título de

Também nesse sentido, La Viña e Sapiera destacam que a incompatibilidade entre os Direitos de Propriedade Intelectual e os conhecimentos tradicionais não recai sobre o fato destes serem livremente compartilhados (até porque, como já visto, eles podem não o ser), mas sim pela dificuldade dos povos tradicionais em assimilarem a apropriação do conhecimento e do meio ambiente pelo homem.⁵⁶⁵ Assim, eles concluem:

A visão de como os povos indígenas percebem os conhecimentos indígenas é de que tal conhecimento não pode ser apropriado e deve ser compartilhado livremente. Essa recusa cultural de reivindicar a propriedade é o maior obstáculo impedindo o uso de leis de propriedade intelectual por comunidades indígenas que visam proteger os direitos sobre o seu conhecimento tradicional.⁵⁶⁶ (tradução nossa)

Igualmente, Juliana Santilli vê nesse ponto mais um obstáculo para a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais nos moldes existentes:

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

O próprio conceito de propriedade – o direito do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha – é excessivamente estreito e limitado para abranger a complexidade dos processos que geram a inovação, a criatividade e a inventividade, nos contextos culturais em que vivem povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

(...)

Os processos inventivos e criativos de tais populações são, por essência, coletivos, e a utilização das informações, ideias e recursos gerados a partir de tais processos é amplamente compartilhada, e, portanto, a concepção de um direito de propriedade – pertencente a um indivíduo ou a alguns indivíduos determinados – é estranha e contrária aos próprios valores e concepções que regem a vida coletiva em tais sociedades.⁵⁶⁷

complementação: “Granting property rights to traditional knowledge raises a whole host of difficulties, ranging from practical concerns to deep-seated policy objections to property rights in a form of knowledge so different from ordinary patentable inventions or copyrightable works. (...) the policy arguments often offered in opposition to traditional knowledge rights are not as compelling as they may seem at first glance. Even if the policy objections can be overcome, there remain a number of practical and fairness issues that would make it extremely difficult to craft a workable regime of traditional knowledge rights.” J. T. CROSS, *Property rights and traditional knowledge*, in PER/PELJ, 2010, pp. 40-41. Disponível em <<https://journals.assaf.org.za/per/article/view/2699>>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁵⁶⁵ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 157.

⁵⁶⁶ “The accepted view on how indigenous peoples perceive indigenous knowledge is that such knowledge cannot be owned and is to be freely shared. This cultural refusal to claim ownership is a major obstacle preventing the use of intellectual property laws by indigenous communities seeking to protect their rights to their traditional knowledge.” Ibid. p. 154.

⁵⁶⁷ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 354.

Como se vê, portanto, a utilização de direitos de propriedade intelectual nos moldes existentes para a proteção dos conhecimentos tradicionais encontra barreiras que devem ser superadas através de mecanismos que possibilitem a criação de um sistema melhor amoldável às peculiaridades de tais conhecimentos.

3.3.4.2.2 Propostas

Considerando todos os problemas de ordem prática e ideológica expostos, surgiram proposições voltadas à criação de um sistema *sui generis* que seja capaz de proteger não só a matéria-prima, mas também conhecimentos tradicionais associados à recursos genéticos, que eventualmente são utilizados na criação e desenvolvimento de inventos biotecnológicos.

A questão do acesso aos recurso genéticos e ao conhecimento tradicional associado foi objeto de discussão no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). As reivindicações de quinze grupos indígenas brasileiros foram levadas à reunião da organização, realizada em Genebra no dia 10 de dezembro de 2001, através do documento intitulado “Carta de São Luís do Maranhão”, de 06 de dezembro de 2001.

O documento é composto de dezesseis pontos, dos quais pode-se destacar a oposição a qualquer forma de patenteamento dos conhecimentos tradicionais (“Como representantes indígenas, afirmamos nossa oposição a toda forma de patenteamento que provenha da utilização dos conhecimentos tradicionais e solicitamos a criação de mecanismos de punição para coibir o furto da nossa biodiversidade”).⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ A Carta de São Luís do Maranhão adota viés claramente preservacionista, ao rechaçar a mercantilização e o patenteamento dos conhecimentos tradicionais. Nesse sentido: “As lideranças indígenas defendem que as florestas brasileiras têm sido preservadas em razão de seus conhecimentos, perpetuados por gerações. Esses conhecimentos seriam os verdadeiros responsáveis pelo “manejo e uso sustentável da diversidade biológica” e, por essa razão, não poderiam ser comercializados ‘como qualquer objeto no mercado’. No mesmo sentido, a carta afirma a ‘oposição a toda forma de patenteamento que provenha da utilização dos conhecimentos tradicionais’. Cabe ressaltar que a Carta demonstra também a importância dada à participação das comunidades indígenas em todos os âmbitos de decisão sobre a utilização de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. A postura adotada faz uso dos termos de negociação, tais como ‘sustentabilidade’, no intuito de recolocar a questão da exploração sustentável em outros termos que não os da negociação. Tais lideranças são as diretamente afetadas pelas investidas de mercantilização dos conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade, que são por eles entendidos como parte de suas identidades, das suas ‘leis, instituições, sistemas de valores e da visão cosmológica’. NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e*

Como alternativa, foi proposta a criação de um sistema *sui generis*, nos seguintes termos:

Propomos que se adote um instrumento universal de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, um sistema alternativo, sistema *sui generis*, distinto dos regimes de proteção dos direitos de propriedade intelectual e que entre outros aspectos contemple: o reconhecimento das terras e territórios indígenas, consequentemente a sua demarcação; o reconhecimento da propriedade coletiva dos conhecimentos tradicionais como imprescritíveis e impenhoráveis e dos recursos como bens de interesse público; com direito aos povos e comunidades indígenas negarem o acesso aos conhecimentos tradicionais e aos recursos genéticos existentes em seus territórios; do reconhecimento das formas tradicionais de organização dos povos indígenas; a inclusão do princípio do consentimento prévio informado e uma clara disposição a respeito da participação dos povos indígenas na distribuição equitativa de benefícios resultantes da utilização destes recursos e conhecimentos; permitir a continuidade da livre troca entre povos indígenas dos seus recursos e conhecimentos tradicionais.⁵⁶⁹

Interessante apontar que a reivindicação trazida no ponto quatorze (14) da Carta de São Luís do Maranhão parece ser o ponto de partida ideal para qualquer discussão a ser travada entre os representantes de povos indígenas (e/ou de povos tradicionais), governos nacionais e organizações internacionais. Trata-se de reconhecer os conhecimentos tradicionais como saber e ciência, atribuindo-lhes o mesmo valor do chamado “conhecimento científico ocidental”. Lê-se do documento:

Propomos aos governos que reconheçam os conhecimentos tradicionais como saber e ciência, conferindo-lhe tratamento equitativo em relação ao conhecimento científico ocidental, estabelecendo uma política de ciência e tecnologia que reconheça a importância dos conhecimentos tradicionais.⁵⁷⁰

A importância da Carta de São Luís do Maranhão, principalmente para o Brasil, é apontada por Luiz Otávio Pimentel e Patrícia Aurélia del Nero. Os autores entendem que se tratou de “um momento histórico (...), na medida em que houve um flanco para a participação democrática dos principais interessados no tema, suas discussões e consequente normatização.”⁵⁷¹

Ademais, é de se destacar que, em 2010, na Conferência de Partes ocorrida em Nagoya, foi adotada, através da Decisão X/42, o Código de Conduta Ética, originalmente

conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 33-34.

⁵⁶⁹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, *Carta de São Luís do Maranhão*. Disponível em <<https://site-antigo.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=127>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

⁵⁷⁰ NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 33-34.

⁵⁷¹ L. O. PIMENTEL – P. A. DEL NERO, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in F. S. DEL’OLMO (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 459.

nomeado de “The Tkarihwaié:ri Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for the Cultural and Intellectual Heritage of Indigenous and Local Communities.”⁵⁷²

Extrai-se do preâmbulo da declaração seus objetivos:

3. Convida as partes e governos a fazer uso de elementos do código de conduta ética como modelo para “guiar o desenvolvimento de modelos de códigos de conduta ética para pesquisa, acesso, uso, troca e administração de informação concernente aos conhecimentos tradicionais, inovações e práticas para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade” que são desenvolvidos de acordo com as circunstâncias e necessidades nacionais únicas de cada Parte e reconhecendo a diversidade cultural rica de comunidades indígenas e locais.⁵⁷³
(tradução nossa)

O mencionado código de conduta ética prevê princípios gerais que devem pautar as relações entre os detentores de conhecimentos tradicionais e terceiros, tais como a transparência, o consentimento prévio e informado, o respeito intercultural, a repartição justa e equitativa de benefícios, dentre outros. Também foram enumeradas metodologias a serem adotadas nas tratativas para acesso e uso de recursos biológicos e conhecimentos detidos por povos tradicionais, quais sejam, negociações de boa-fé, subsidiariedade e *decision-making*, parceria e cooperação, considerações de gênero, participação ampla e efetiva, confidencialidade e reciprocidade.⁵⁷⁴

Também na doutrina, muitos são os autores que apresentam suas críticas ao modelo puramente apropriacionista e sustentam a adoção de um sistema *sui generis* como possível solução.

Nesse sentido, Shubha Ghosh defende que o regime de propriedade intelectual existente não está limitado à lei positiva, o que permite a combinação de diferentes formas de proteção, a criar um sistema *sui generis* que melhor proteja os conhecimentos tradicionais. O autor, porém, aponta que tal forma de proteção deve ser pautada em algumas diretrizes.⁵⁷⁵

⁵⁷² CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *COP 10 Decision X/42, The Tkarihwaié:ri Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for the Cultural and Intellectual Heritage of Indigenous and Local Communities*. Disponível em <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12308>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

⁵⁷³ “3. Invites Parties and Governments to make use of the elements of the code of ethical conduct as a model to “guide the development of models of codes of ethical conduct for research, access to, use, exchange and management of information concerning traditional knowledge, innovations and practices for the conservation and sustainable use of biological diversity” that are developed according to each Partys unique national circumstances and needs and recognizing the rich cultural diversity of indigenous and local communities”.

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, p.109. Nesse sentido, destaca-se: “The term “intellectual property” is not limited to positive, statutory

Um dos objetivos mais importantes que deve guiar a criação de um sistema *sui generis*, na opinião de Ghosh, é o empoderamento das comunidades tradicionais que detêm o conhecimento a ser protegido, a fim de permitir que elas sejam as próprias donas de suas criações, bem como exerçam total controle sobre os inventos. Não só isso, mas o processo de empoderamento que possibilita a proteção dos conhecimentos deve ser acompanhado pela proteção dos próprios povos tradicionais. Por tal motivo é possível dizer que toda a questão está estritamente ligada ao reconhecimento de direitos humanos dos povos tradicionais⁵⁷⁶, tais como a autodeterminação, a autonomia, a liberdade, a dignidade, o respeito à sua cultura, bem como “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos” (artigo 1º, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas).⁵⁷⁷

A proposição de Andressa Caldas se resume na busca por diferentes possibilidades de aplicação de marcos jurídicos e legislativos, em que se leve em consideração as especificidades e a diversidade social, cultural e jurídica dos conhecimentos tradicionais. Entretanto, ela aponta como necessário o reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, quais sejam:

(...) a integralidade dos direitos; a indivisibilidade de recursos e do conhecimento associado e eles; o caráter coletivo dos direitos; a proibição da privatização de

law. (...) This definition allows the formal recognition of *sui generis* forms of protection, or customary forms of traditional knowledge protection under the rubric of “intellectual property”. Disrupting the dichotomy between “intellectual property” (protected by formal, positive law) on the one hand, and traditional knowledge (protected by custom or not at all) on the other, may enable lawmakers to mix and match different forms of protection to achieve the best possible results for different traditional knowledge communities, situated in radically different circumstances. These protections, however, need to be fashioned in light of appropriate normative guidelines.”

⁵⁷⁶ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, p. 111. Vale destacar da lição do autor: “The creation of an appropriate system for the protection of traditional knowledge should be guided by the goal of *empowering traditionally subordinated groups*. Empowerment involves structuring rights over traditional knowledge that address the balance between ownership and control. Since traditional knowledge is rooted in the groups that have developed such knowledge over time, it is necessary to protect the peoples who are the source of the knowledge. Protecting the people entails granting and protecting fundamental economic and non-economic rights held by the people. While acknowledging that intellectual property law and human rights are distinct, they should be guided by the same principle: protection of groups that have been typically subordinated and on whose existence the development of intellectual property depends. Indeed, WIPO itself had acknowledged the growing interdependence of intellectual property with human rights norms (...). In the context of traditional knowledge, two normative propositions that are central to traditional notions of intellectual property law have special meaning. The first proposition is that the author should be the owner of his creation that is the subject of intellectual property. The second proposition is that the owner of intellectual property should exercise complete control over its use.”

⁵⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, de 13 de setembro de 2007. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 2 de dezembro de 2017.

seres vivos e do conhecimento tradicional; o direito à objeção cultural; o consentimento prévio e informado; a participação das comunidades locais na definição de políticas, medidas legislativas e administrativas; a garantia ao respeito aos sistemas jurídicos das comunidades locais, e uma ‘reconceitualização’ do termo ‘benefício’, que supere a dimensão puramente econômica.⁵⁷⁸ (tradução nossa)

Em destaque, e no mesmo sentido de Ghosh, ela afirma que se deve garantir às comunidades tradicionais o direito à autodeterminação⁵⁷⁹, ou seja, o direito de controlar o seu próprio saber, e seu destino, bem como o respeito ao pluralismo⁵⁸⁰. Parece ser esse o ponto central para o desenvolvimento de um sistema realmente voltado à proteção dos conhecimentos tradicionais, que respeite os direitos das comunidades.⁵⁸¹

Cumprido esclarecer que reconhecer o direito à autodeterminação dos povos tradicionais implica, necessariamente, reconhecer que não se está diante de diferentes normas, costumes e tradições, mas sim de uma racionalidade distinta da ocidental. Para que seja possível um diálogo entre as partes, Andressa Caldas defende ser necessário não apenas o tratamento jurídico da questão, mas também que exista uma comunicação interdisciplinar com outras áreas tais como a antropologia, a história e a filosofia.⁵⁸²

A autora destaca, porém, que suas ponderações são muito mais inquietudes e proposições de debate, ao invés de considerações unilaterais e conclusivas. O seu objetivo, portanto, é estimular a discussão com vistas à criação de um sistema que melhor abarque todas as questões e problemas expostos.

⁵⁷⁸ A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, pp. 196-197.

⁵⁷⁹ “As comunidades tradicionais têm o direito de decidir sobre o desenvolvimento, a regeneração e a transmissão de seus conhecimentos, assim como sobre a forma de sua organização social. (...) É importante ressaltar que o direito à autodeterminação não se opõe aos Estados constituídos, mas sim que necessita deles. Assim, talvez somente uma política interna de respeito ao direito e à cosmovisão das comunidades tradicionais não seja suficiente, se não existir da mesma forma um fortalecimento da posição dos países periféricos frente aos países centrais.” Ibid. pp. 198-199.

⁵⁸⁰ “A autodeterminação e o pluralismo, para serem efetivos, pressupõem o reconhecimento da diferença. Trata-se, portanto, de reconhecer as diferentes formas de gerar conhecimento, assumindo que este não é linear e rígido, mas sim integral e dinâmico. A questão central está em reconhecer que existe uma diversidade cultural, a qual se vincula a uma diversidade jurídica. Ambas devem ser protegidas porque representam modelos alternativos de vida e de construção social. Neste sentido, a importância da preservação dos estilos de vida destas comunidades não reside unicamente nos benefícios gerados pela conservação da biodiversidade, mas os supera. Por tal razão, resulta imperioso compreender as diversas realidades e especificidades culturais destas comunidades que, ao serem forçadas a atuar sob determinadas condições, podem ser desnaturalizadas ou destruídas.” Ibid. p. 199.

⁵⁸¹ De acordo com um líder Maori, citado por La Viña e Sapiera: “(...) the most fundamental intellectual property right of the indigenous peoples is the “right to define what their intellectual property is: the right to determine the extent and the meaning of the body of knowledge which shapes, and is in turn shaped, by their cultural heritage.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 158.

⁵⁸² A. CALDAS, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, pp. 200-201.

Já Juliana Santilli afirma que a criação de um sistema *sui generis* deve se pautar em três princípios fundamentais. Primeiramente, é necessário considerar a relação intrínseca entre componentes tangíveis (materiais) e intangíveis (imateriais) da biodiversidade, de modo que se torna impossível pensar em um sistema de proteção aos conhecimentos tradicionais que, por outro lado, não proteja de forma efetiva os territórios e a cultura dos povos detentores de tais conhecimentos.⁵⁸³

Em segundo lugar, além de proteger a integridade cultural e intelectual, bem como os valores espirituais dos conhecimentos tradicionais, é de suma importância que se reconheça o valor intrínseco de tais conhecimentos, de modo a lhes garantir um tratamento equitativo em relação à ciência ocidental.

Por fim, de acordo com Santilli, deve-se ter consciência de que a transformação do conhecimento em uma “*commodity*” subverte a lógica do próprio desenvolvimento de tais conhecimentos. Assim, parte-se do pressuposto “de que um instrumento jurídico será sempre uma pequena e limitada parte de um rol mais amplo de políticas públicas de promoção e valorização dos conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e populações tradicionais.”⁵⁸⁴

Assim, a autora conclui listando cinco elementos fundamentais para a criação de um sistema *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais: (i) reconhecimento do pluralismo e diversidade jurídica, de modo a fortalecer das normas internas e do direito costumeiro, não-oficial dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais⁵⁸⁵; (ii) respeito ao sistema próprio de representação dos povos tradicionais⁵⁸⁶; (iii) respeito à

⁵⁸³ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 355-356.

⁵⁸⁴ Ibid. pp. 356-357.

⁵⁸⁵ Ibid. p. 357. A autora afirma ser necessário “socorrer-se dos conhecimentos produzidos por outras áreas e saberes científicos para construir, juridicamente, um regime de proteção que atenda às peculiaridades e especificidades dos conhecimentos tradicionais”, libertando-se, assim, das concepções formalistas e positivistas do sistema jurídico ocidental, o qual geralmente se esquece da possibilidade de sobreposição de diferentes ordens jurídicas, por supor que somente o Estado é fonte do direito. Ibid. pp. 357-358.

⁵⁸⁶ Ibid. pp. 359-361. A forma de escolha de um representante legítimo da comunidade deverá levar em consideração normas e critérios internos desses povos. Não se pode adotar uma só regra para todas as populações, bem como não é razoável a adoção pura e simples de um critério de representação do direito civil. A esse respeito, a autora frisa, ainda, que as associações civis criadas para a representação de povos indígenas, tradicionais e quilombolas, podem ser úteis e convenientes, por facilitarem o acesso a financiamentos, a gestão de projetos e o controle de operações bancárias, porém não pode ser essa a única forma de representação adotada. Ibid. pp. 361-362. A ideia de se estabelecer o representante conforme a própria escolha da própria comunidade parece ser bem aceita. Entretanto, a escolha de um representante para as comunidades tradicionais encontra uma barreira quando se trata de comunidades não-territorializadas. A

titularidade coletiva de direitos intelectuais relativos aos conhecimentos tradicionais⁵⁸⁷; (iv) distinção entre os direitos individuais coletivos de conteúdo moral (por exemplo, direito de negar o acesso aos recursos, direito à indicação da origem e dos detentores, direito de garantir a integridade intelectual e cultural dos conhecimentos), os quais são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, e os direitos individuais coletivos de conteúdo patrimonial⁵⁸⁸; (v) compreensão do papel do Estado como garantidor do respeito à autonomia de vontade dos povos tradicionais e aos requisitos essenciais de validade de atos jurídicos firmados com as comunidades tradicionais⁵⁸⁹.

Ragavan, por sua vez, apresenta suas preocupações decorrentes da utilização de um sistema *sui generis*, tendo em vista que, embora sua adoção seja aceitável nos termos do artigo 27.3 do TRIPS, seus contornos não são claros e os mecanismos de aplicação são incertos. Além disso, o grau de flexibilidade de tal sistema em muito dependerá da possibilidade do sistema atual de Direitos de Propriedade Intelectual acomodar direitos que, muitas vezes, não são benéficos às forças econômicas.⁵⁹⁰

No guia elaborado pela OMPI, são elencadas as seguintes questões a serem respondidas quando da elaboração de um sistema *sui generis*: (i) qual o objeto a ser

esse respeito: “Uma solução possível seria identificar, em um rol fechado, quais são as comunidades tradicionais brasileiras que se encontram territorializadas e atribuir a elas mesmas a tarefa de organizar uma estrutura de representação para lidar com este problema e com outros que demandem sua participação na gestão de suas relações com outras práticas culturais. Quanto às comunidades não-territorializadas, como já dito, pode-se pensar na nomeação de representantes legais que zelassem por seus interesses, diante da dificuldade real de identificar seus representantes, espalhados pelo país. É possibilidade real que haja conhecimentos tão difusos que sua utilização não possa ser atribuída à comunidade alguma e seja característico de toda uma região do país. Neste caso também se pode trabalhar com a ideia de um representante legal para fins de consentimento prévio e negociação da repartição de benefícios (...). Novamente, no caso de comunidades não territorializadas, o problema da informação e da representação se complica. Quanto à informação sobre suas práticas neste caso, pode ser uma boa estratégia apostar na criação de bancos de dados públicos. Com tal banco de dados, seria possível tentar buscar encontrar mais representantes daquela comunidade ou grupos e pessoas que utilizam determinado tipo de conhecimento.” NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011, pp. 72-73.

⁵⁸⁷ J. SANTILLI, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in A. F. B. PLATIAU – M. D. VARELLA, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 359. Cuida-se não somente de uma forma de evitar a subversão do próprio modo de criação dos conhecimentos, que ocorre através do livre intercâmbio e troca de informações, como também de se evitar conflitos internos e cisões nas comunidades. Assim, qualquer forma de conflito deverá ser solucionado através de usos, costumes e tradições da própria população. Além disso, de maneira mais abrangente, a titularidade coletiva não se restringe a apenas uma população, mas também é uma maneira de abarcar situações em que o conhecimento é compartilhado ou detido por mais de um povo ou comunidade. *Ibid.* pp. 360-361.

⁵⁸⁸ *Ibid.* pp. 363-364.

⁵⁸⁹ *Ibid.* p. 365.

⁵⁹⁰ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, p. 26.

protegido; (ii) quais são os objetivos da proteção; (iii) de quais ameaças os conhecimentos tradicionais devem ser protegidos; (iv) qual a forma de proteção e quais direitos serão concedidos; (v) quem serão os detentores dos direitos e os beneficiários; (vi) que comportamentos devem ser considerados inaceitáveis e ilegais; (vii) quais exceções e limites aos direitos (por exemplo, uso dos conhecimentos tradicionais em arquivos, livrarias e museus para fins não comerciais); (viii) como os direitos serão adquiridos e quais as formalidades requeridas; (ix) por quanto tempo será concedida a proteção; (x) haverá efeito retroativo; (xi) como os direitos serão administrados e implementados; (xii) quais os remédios judiciais e mecanismos de resolução de disputas; (xiii) quais as sanções; e (xiv) como fixar os direitos de detentores e beneficiários estrangeiros ou em situações transfronteiriças.⁵⁹¹

Na Sexta Conferência de Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, por exemplo, foram apresentadas as seguintes sugestões para a criação de um sistema *sui generis*:

(a) Esclarecimento da terminologia relevante; (b) Compilação e avaliação dos sistemas *sui generis* indígenas, locais, nacionais e regionais existentes; (c) Disponibilização dessa compilação e avaliação; (d) Estudo de sistemas existentes para manipulação e administração de inovações em nível local e sua relação com sistemas nacionais e internacionais de direitos de propriedade intelectual, com vistas a assegurar a complementaridade; (e) Avaliação da necessidade de trabalhar em tais sistemas nos níveis local, nacional, regional e internacional; (f) Identificação dos principais elementos a serem levados em consideração no desenvolvimento dos sistemas *sui generis*.⁵⁹² (tradução nossa)

Para fins didáticos, é possível agrupar as propostas de sistemas *sui generis* em três grandes grupos, quais sejam: (i) propostas de combinação de direitos de propriedade intelectual; (ii) propostas de adaptação, modificação ou aperfeiçoamento de direitos de propriedade intelectual já existentes; e (iii) criação de novas leis.

⁵⁹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013, p. 16.

⁵⁹² “(a) Clarification of relevant terminology; (b) Compiling and assessing existing indigenous, local, national and regional *sui generis* systems; (c) Making available this compilation and assessment through the clearing-house; (d) Studying existing systems for handling and managing innovations at the local level and their relation to existing national and international systems of intellectual property rights, with a view to ensure their complementarity; (e) Assessing the need for further work on such systems at the local, national, regional and international levels; (f) Identifying the main elements to be taken into consideration in the development of *sui generis* systems.”. UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Report of the Ad-Hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Conventions on Biological Diversity on the Work of Its Second Meeting*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, UNEP/CBD/COP/6/7, 14 de fevereiro de 2002, pp. 38-39. Ver também V. A. BERTOOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 182.

A primeira possibilidade que se levanta é a de combinar diferentes direitos de propriedade intelectual existentes para a proteção dos conhecimentos tradicionais. De acordo com Ragavan, a sugestão principal seria a de combinar algum dos direitos de propriedade intelectual com o direito moral. As seguintes ideias podem ser aplicadas como forma de proteção adicional:

1) Medidas punitivas impeditivas, tais como a divisão de porcentagem dos lucros. Tratar-se-ia de uma obrigação a ser imposta aos que infringissem o dever de compensar adequadamente as comunidades tradicionais.

2) Detentores de informação não-autorizada seriam banidos de comercializar produtos patenteados que tiverem sido adquiridos do conhecimento tradicional sem reconhecer a sua origem. Seria uma maneira de impedir grandes multinacionais de obter informações em troca de nada ou quase nada. Porém, para tanto, seria necessário alguma alteração da Convenção sobre Diversidade Biológica e de outras convenções.

3) Populações tradicionais poderiam se tornar coproprietárias dos direitos de propriedade intelectual concedidos a produtos desenvolvidos a partir de seus conhecimentos.

4) Em caso de uma disputa legal, o ônus da prova é do requerente da patente (e utilizador do conhecimento) de demonstrar que o consentimento prévio e informado válido foi obtido da comunidade. Tal requisito deve ser introduzido no TRIPS para que seja efetivo.

5) As leis nacionais de patente devem incorporar ao seu texto uma forma de defesa afirmativa, como a inclusão da comunidade como co-inventora ou a possibilidade de um terceiro invalidar a patente com base no argumento de falta de consentimento prévio.⁵⁹³

Viviane Alves Bertogna apresenta, por sua vez, uma proposta denominada “Direitos de Recursos Tradicionais” (DRT ou “Traditional Resource Rights – TRR), que seria a soma de diversos direitos de naturezas distintas, os quais se integrariam para

⁵⁹³ S. RAGAVAN, *Protection of Traditional Knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 2, 2001, pp. 24-25.

alcançar os objetivos da Convenção sobre Diversidade Biológica.⁵⁹⁴ De acordo com a UNEP:

O termo Direitos de Recursos Tradicionais (DRT) emergiu para definir vários “feixes de direitos” que podem ser usados para a proteção, compensação e conservação. DRT é um conceito de direitos integrados que reconhece a conexão intrínseca entre diversidade cultural e biológica, e é guiado por princípios de direitos humanos incluindo: direitos humanos básicos; o direito à autodeterminação; direitos coletivos; direitos à terra e territoriais; liberdade religiosa; direito ao desenvolvimento; direito à privacidade e ao consentimento prévio informado; integridade ambiental; direitos de propriedade intelectual; direitos de vizinhança; direito de entrar em acordos legais; direitos de proteção à propriedade cultural, folclore e herança cultural; o reconhecimento de paisagens culturais, reconhecimento de direito e práticas costumeiros; direito dos agricultores (...). Esses direitos se suportam mutuamente e são completamente consistentes com a Convenção sobre Diversidade Biológica, já que o destino dos povos tradicionais determina largamente e é determinado pelo estado da diversidade biológica mundial. Significativamente, eles não são inconsistentes com requerimentos do GATT/OMC e FAO/IUPGR.⁵⁹⁵ (tradução nossa)

O problema decorrente dos Direitos de Recursos Tradicionais seria a dificuldade na implementação, pois seriam necessárias medidas em diferentes áreas não restritas ao direito de propriedade intelectual. Além disso, Bertogna assinala que não se trata de um sistema *sui generis* propriamente dito, porém sugere a adoção dos DRT na legislação internacional como forma de direcionar a criação de sistemas nacionais de proteção aos conhecimentos tradicionais.⁵⁹⁶

No segundo grupo de propostas, ou seja, de aprimoramento do sistema vigente, pode-se destacar os mecanismos que levariam a uma melhor adaptação dos direitos de propriedade intelectual à proteção dos conhecimentos de comunidades tradicionais.

Nesse sentido, Viviane Alves Bertogna apresentou a ideia de adaptação do sistema de “petty patents” suíço, bem como a de “criação de uma grande base de dados para ser consultada pelos escritórios de patentes na análise de reivindicações”⁵⁹⁷.

A primeira proposta por ela trazida foi desenvolvida por Thomas Coutier, e trata-se da adoção de um sistema semelhante ao de modelos de utilidade, com base no modelo

⁵⁹⁴ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 170-171

⁵⁹⁵ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities: implementation of Article 8(j)*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 3rd meeting, 1996, Buenos Aires, Argentina, UNEP/CBD/COP/3/19, 18 de setembro de 1996, p. 20.

⁵⁹⁶ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 171-172.

⁵⁹⁷ *Ibid.* p. 170.

suiço de “petty patents”. Nesse caso, o requisito da novidade não seria exaustivamente examinado, facilitando, assim, a reivindicação e o registro de inovações decorrentes do conhecimento tradicional. Uma das vantagens desse modelo é a redução dos custos em comparação ao sistema tradicional de patentes. Além disso, seria uma maneira de impedir o uso comercial por terceiros e de permitir o licenciamento do conhecimento em troca do pagamento de taxas.⁵⁹⁸

Aponta ela, ainda, a proposta de catalogação dos conhecimentos tradicionais associados, de forma que fiquem disponibilizados aos escritórios de patentes ao redor do mundo, com a finalidade de compor o “estado da técnica”. Seria uma maneira de impedir a concessão de patentes indevidas, que se baseiem em conhecimentos tradicionais não autorizados.

A proposta da Índia e da China seria de criação de bibliotecas digitais de conhecimentos tradicionais associados que já caíram em domínio público. Por outro lado, os bancos de dados não poderiam divulgar conhecimentos secretos ou de difícil acesso. Além disso, as comunidades deveriam anuir com a inclusão dos conhecimentos nas bases de dados.⁵⁹⁹

Como se vê, tal sugestão integra o grupo de proteção defensiva no âmbito do sistema de propriedade intelectual já existente. É possível concluir, assim, que a criação de um sistema *sui generis* depende, justamente, de um entrelaçamento entre propostas de proteção positiva, defensiva e de novos mecanismos.

⁵⁹⁸ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 172.

⁵⁹⁹ Ibid. pp. 174-175. O Brasil propôs à OMC a documentação dos conhecimentos tradicionais para fins de determinação do estado da técnica, porém destacando a necessidade de consentimento dos povos tradicionais: “It should go without saying that information that belongs to traditional and indigenous communities should never be disclosed in those databanks without their prior informed consent, in accordance with the Convention on Biological Diversity.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Review of article 27.3(b), Comunicação do Brasil*, IP/C/W/228, de 24 de novembro de 2000. A autora apresenta suas recomendações quanto aos bancos de dados no contexto brasileiro (o que não exclui a possibilidade de inspiração para outros países) para que: “(i) Seja aperfeiçoado o sistema do Decreto 3.551/00; (ii) Seja criado um procedimento de prévia aprovação do titular do conhecimento para sua inclusão no banco de dados; (iii) Conhecimentos secretos sejam cadastrados, quando isto for possível sem que seu conteúdo seja revelado ao público; (iv) Seja estabelecido um sistema de consulta a esses bancos de dados pelo INPI para fins de composição do estado da técnica em caso de pedidos de patentes relacionadas à biodiversidade e para fins de verificação da legalidade do acesso; (v) Seja enviado à Organização Mundial de Propriedade Intelectual, para que constitua material de consulta dos escritórios de patentes de outros países.” V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 181.

Nesse sentido, dentre as propostas para a criação de um sistema *sui generis* elencadas na já mencionada Carta de São Luís do Maranhão, elaborada pelos próprios povos indígenas brasileiros, vale mencionar os seguintes mecanismos que podem ser incorporados ao sistema com a finalidade de aprimorá-lo: a reivindicação à participação em foros internacionais, a criação de um fundo para financiamento de pesquisas e a criação de um banco de dados. Assim constou da Carta:

Nós representantes indígenas, expressamos firmemente aos governos e aos organismos internacionais nosso direito à participação plena nos espaços de decisões nacionais e internacionais sobre biodiversidade e conhecimentos tradicionais como na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), na Comissão das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, na Organização Mundial do Comércio (OMC), no Comitê Intergovernamental de Propriedade Intelectual relativo a Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore da OMPI, entre outros organismos.

(...)

Recomendamos a criação de um fundo financiado pelos governos e gerido por uma organização indígena que tenha como objetivo subsidiar pesquisas realizadas por membros das comunidades.

(...)

Propomos que a criação de um banco de dados e registros sobre os conhecimentos tradicionais sejam discutidos amplamente com comunidades e organizações indígenas e que a sua implantação seja após a garantia dos direitos mencionados neste documento.⁶⁰⁰

Também no âmbito internacional, La Viña e Sapiera destacam estratégias que podem ser utilizadas para o aperfeiçoamento do sistema vigente do “*Farmer’s Right*”, elaborado e implementado no âmbito da FAO, o qual, embora não inclua expressamente as comunidades tradicionais em seu texto, pode auxiliar no aprofundamento da proteção por meio do sistema de direito intelectual.⁶⁰¹

Por fim, vale ressaltar a lição de La Viña e Sapiera, os quais apresentam três proposições para novas leis de propriedade intelectual que poderiam ser desenvolvidas e aplicadas no âmbito nacional, cujas normas seriam adaptadas e compatíveis com a finalidade de proteção dos conhecimentos tradicionais.

Primeiramente, o uso do certificado de inventor (*Inventor’s Certificate*), que, diferentemente dos demais direitos de propriedade intelectual não se baseia no monopólio

⁶⁰⁰ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, *Carta de São Luís do Maranhão*. Disponível em <<https://site-antigo.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=127>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

⁶⁰¹ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 183.

e exclusividade do detentor. Seus benefícios são não-monetários e os contratos de licença não gozam de exclusividade.⁶⁰²

A segunda lei seria a do folclore (*Model Law on Folklore*), que abrangeria três elementos, quais sejam: (i) a possibilidade da comunidade, e não apenas um indivíduo, ser registrada como o “inovador”; (ii) as inovações das comunidades não precisam ser fixas ou finalizadas, mas sim podem ser modificadas ao longo do tempo sem perder a proteção; e (iii) a comunidade mantém o monopólio exclusivo desde que continue inovando.⁶⁰³

A terceira proposta de lei pode ser chamada de “Direitos de Propriedade Intelectual Comunitários” (*Community Intellectual Property Right*), a qual se baseia na premissa de que as comunidades tradicionais criam e inovam coletivamente.⁶⁰⁴

Quanto ao sistema brasileiro, a autora Viviane Alves Bertogna apresenta as seguintes sugestões:

(i) Seja criado um parâmetro para classificação dos conhecimentos tradicionais associados em três grupos: (a) as inovações; (b) os segredos e (c) os conhecimentos caídos em domínio público; (ii) As inovações sejam objeto de propriedade intelectual *sui generis*, exclusiva e oponível *erga omnes*, mediante a concessão de um Certificado de Proteção *Sui Generis*, determinando-se para tanto um parâmetro para aferição da novidade menos rígido que aquele adotado para as patentes e que considere de modo geral as práticas indígenas e locais; (iii) Sejam os certificados mencionados no item anterior concedidos gratuitamente; (iv) Sejam pré-estipuladas condições mínimas para o licenciamento das inovações protegidas; (v) Os segredos ou conhecimentos de difícil acesso, por definição legal, sejam considerados segredos industriais para fins de proteção contra concorrência desleal, desde que mantidos esforços para que não sejam revelados ou utilizados por terceiros, esforços que deverão ser reconhecidos considerando-se os costumes das comunidades indígenas ou locais; (vi) Os conhecimentos caídos em domínio público sejam registrados e que seu uso científico ou comercial seja comunicado previamente aos titulares e ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, sendo autorizado mediante o pagamento de taxas de royalties pré-fixadas (diferenciadas conforme o uso declarado), devidas em parte aos seus titulares e em parte a um fundo, o qual deverá ser criado para manutenção do sistema de concessão de propriedade intelectual *sui generis*, conferindo-se às comunidades indígenas e locais o direito de participação em sua gestão; (vii) Seja atribuída personalidade jurídica às comunidades indígenas e locais oficialmente reconhecidas, para que possam ser titulares dos conhecimentos tradicionais associados, quando for o caso; (viii)

⁶⁰² “Inventor’s Certificates permit the government the flexibility to: (a) vary the method’s of recognition; (b) permit or exclude monetary compensation; (c) grant exclusive or non-exclusive licenses; (d) endure that the patented technology be applied or manufactured nationally; (e) establish other transfer of technology conditions beneficial to the importing country; (f) vary the period of protection; and (g) attach any other contractual provisions deemed beneficial.” A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 180.

⁶⁰³ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, pp. 180-181.

⁶⁰⁴ *Ibid.* p. 181.

Seja conferido às comunidades o direito de decidir sobre a quem será atribuída a titularidade do conhecimento e, somente em caso de conflito, que seja atribuída à comunidade; (ix) Seja criado um mecanismo de decisão sobre a titularidade quando o conhecimento for de mais de uma comunidade, prevendo-se a possibilidade de co-propriedade nesses casos; (x) Seja declarada a inalienabilidade dos conhecimentos tradicionais associados, bem como a possibilidade de as comunidades indígenas e locais, através das gerações, utilizarem os mesmos conhecimentos livremente, mesmo após a concessão de seu uso a terceiros; (xi) Quaisquer pagamentos feitos por terceiros diretamente a algum membro das comunidades indígenas ou locais sejam declarados insuficientes, não tendo o condão de desobrigar terceiros do pagamento das taxas de royalties ou da contratação de licenciamento nas condições previstas em lei; (xii) Sejam mantidas as obrigações de publicação e divulgação da autoria do conhecimento tradicional associado, sempre que utilizado em pesquisa científica ou comercializado.⁶⁰⁵

É de se ressaltar, ainda, que a criação de um sistema *sui generis* para os conhecimentos tradicionais não seria o primeiro a existir. Como bem lembrou Viviane Alves Bertogna, outros sistemas *sui generis* já foram criados, como o já estudado sistema para cultivares e o sistema misto para softwares, que adota características de propriedade industrial e de direito autoral.⁶⁰⁶

Além de tais propostas, surge a necessidade de se considerar que as comunidades tradicionais também dispõem de seus próprios instrumentos para a proteção de seus conhecimentos tradicionais associados, baseados em seus costumes, os quais devem ser considerados quando da criação do sistema *sui generis*: “Tais sistemas, ao lado das demais medidas necessárias, devem ser respeitados, pois se traduzem em importantes instrumentos de conservação do modo de vida tradicional e, afinal, da biodiversidade.”⁶⁰⁷

A esse respeito, Bertogna destacou as recomendações da Sexta Conferência das Partes da Convenção sobre a Diversidade Biológica, realizada em abril de 2002:

Também reconhecendo que as comunidades indígenas e locais têm seus próprios sistemas de proteção e transmissão do conhecimento tradicional como parte de seu direito costumeiro, o qual pode contribuir para a proteção, bem como para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica;

(...)

Também convidando Partes e Governos, com a participação de representantes de comunidades indígenas e locais, para desenvolver e implementar estratégias para proteger o conhecimento tradicional, inovações e práticas, baseadas na combinação de abordagens apropriadas, com o respeito às leis e práticas costumeiras, incluindo o uso de mecanismos de propriedade intelectual

⁶⁰⁵ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 182-184.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 167.

⁶⁰⁷ Ibid. p. 176.

existentes, medidas *sui generis*, o uso de acordos comerciais, registros de conhecimentos tradicionais, e guias e códigos de conduta.⁶⁰⁸ (tradução nossa)

Igualmente é interessante anotar que a prática dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade muitas vezes envolve rituais religiosos ou folclóricos da comunidade. Essa é também uma maneira de se proteger os conhecimentos, tendo em vista que, embora os rituais não sejam mantidos em segredo,

(...) muitas vezes requerem objetos materiais que o inventor poderia facilmente monopolizar ou elaborar procedimentos difíceis de serem copiados. Assim, a proteção se daria de forma inversa: o indivíduo inovador disponibiliza sua inovação a terceiros mediante a compra de objetos materiais ou sob condições que ele passa a monopolizar, pois ele não poderá obter direitos sobre sua propriedade intangível. Os detentores dos conhecimentos obtêm, sob suas regras, benefícios não monetários, mas que consistem na troca de serviços, obtenção de alimentos, entre outras coisas.⁶⁰⁹

Vale mencionar, por fim, ainda que rapidamente, a criação de um sistema *sui generis* para a proteção dos recursos genéticos em si, que, de acordo com Willian Lesser, deve observar três objetivos principais: (i) garantir a equidade dos benefícios; (ii) incentivar a conservação *in situ*; e (iii) promover o acesso aos recursos.

No tocante à equidade de benefícios, deve-se reconhecer a contribuição do titular do direito, com base nos próprios valores culturais da comunidade, que muitas vezes se fundam na religião. Por sua vez, uma forma de incentivar a conservação *in situ* seria através da criação de fundos ou da manutenção de variedades vegetais heterogêneas a

⁶⁰⁸ No original: “Also recognizing that indigenous and local communities have their own systems for the protection and transmission of traditional knowledge as part of their customary law, which can contribute to the protection as well as the conservation and sustainable use of biological diversity; (...) Also invites Parties and Governments, with the participation of indigenous and local communities representatives, to develop and implement strategies to protect traditional knowledge, innovations and practices based on a combination of appropriate approaches, with full respect for customary laws and practices, including the use of existing intellectual property mechanisms, *sui generis* measures, the use of contractual arrangements, registers of traditional knowledge, and guidelines and codes of practice. UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Report of the Ad-Hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Conventions on Biological Diversity on the Work of Its Second Meeting*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, UNEP/CBD/COP/6/7, 14 de fevereiro de 2002, pp. 37-38. Ver também o relatório da OMPI: Organização Mundial de Propriedade Intelectual, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Geneva, apr. 2001. Dele se destaca: “Contrary to a commonly held view, numerous TK holders indicated that exclusive rights and monopoly powers over informal innovations are not uncommon within indigenous and local communities. (...) Participants in FFM meetings pointed out that rituals may require physical objects which the inventor can easily monopolize (...). TK holders who participated in the meetings explained that, like formal IPRs, the informal rights of traditional healers were not only transferable, but also enforceable. They explained that, on the most basic level, indigenous and local communities protect ritualized technology by creating consumer biases which build up barriers against infringement. (...) The meetings also revealed that the right holders of informal intellectual property hold quasi-legal penalties as enforcement measures (...).” Ibid. pp. 62-63.

⁶⁰⁹ V. A. BERTOIGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 177.

instáveis. No que se refere ao acesso aos recursos, interessante seria a distinção da finalidade do acesso para fins comerciais ou para fins de pesquisa científica.⁶¹⁰

Para La Viña e Sapiera, novas regras de depósito devem ser implementadas, de maneira que, para o depósito, passe a ser exigível do requisitante que preste informações a respeito da origem do material, o nome dos indivíduos ou comunidades que contribuíram com a sua coleta ou com qualquer outra informação relativa.

Como decorrência dessas informações prestadas, especialmente no que tange aos bancos de dados genéticos e livrarias de genes (*gene libraries*), quando constar a informação de que o material foi coletado de comunidades tradicionais, dever-se-á considerá-lo como parte integrante do conhecimento intelectual desses povos, afastando-se os direitos de requerer patentes sobre o referido material.⁶¹¹

O sistema proposto por Lesser foi assim sintetizado:

(...) os direitos conferidos por tal sistema de proteção teriam as seguintes características: i) seria dado um nome distinto ao recurso protegido, mediante sua suficiente descrição e caracterização, de forma que pudesse ser identificado com certo nível de precisão; ii) o uso do recurso protegido pelo nome deveria ser dar mediante o pagamento de uma taxa de royalties pré-especificada, contudo, tal uso não seria exclusivo, independentemente de permissão específica; iii) haveria violação dos direitos quando o material genético fosse incorporado em um produto comercial sem o devido pagamento dos royalties.⁶¹²

Ao comentar tal proposta, Viviane Alves Bertogna formula a seguinte crítica:

A responsabilidade pela constatação da violação de direitos ficaria a cargo dos seus titulares, como ocorre nos demais sistemas de proteção. Tal controle nos parece inviável nos casos em que a titularidade dos direitos for de indivíduos representantes de comunidades indígenas ou locais, tendo em vista que a propriedade de cunho privatístico não lhes é familiar. Por outro lado, o custo de investigação para controle seria muito alto, além das possibilidades dessas comunidades, muito embora pudessem ser utilizados os recursos do fundo criado com os benefícios obtido em virtude da proteção.⁶¹³

Porém, ela destaca a vantagem de ser um sistema elaborado para prescindir de técnicos especializados e treinados para sua aplicação. Assim, ela apresenta algumas sugestões para que o sistema de Lesser possa ser adaptado ao caso brasileiro, sem que

⁶¹⁰ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 156.

⁶¹¹ A. G. M. LA VIÑA – M. SAPIERA, *Traditional knowledge: challenge to intellectual property rights*, in *Philippine Law Journal*, vol. 70, 1995-1996, p. 183.

⁶¹² V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, p. 156.

⁶¹³ *Ibid.* p. 157.

dependesse da adoção de um contrato para a proteção dos recursos genéticos. As sugestões seriam, portanto:

- (i) O patrimônio genético deveria ser declarado de propriedade da União, construindo-se uma ficção jurídica;
- (ii) Cada elemento da biodiversidade seguiria o regime de propriedade tal como existe hoje, devendo seus titulares respeitar sua função social e os limites legais;
- (iii) Os recursos seriam submetidos ao registro em favor do titular de sua propriedade material, mediante descrição de suas características e localização, de maneira suficiente para individualizá-los;
- (iv) Ao obter o Certificado de Registro ao Recurso Genético, o proprietário concederia automaticamente uma licença de uso do recurso aos eventuais interessados, autorizados pela União mediante informações prévias quanto à finalidade do acesso, assim, o futuro acesso deveria apenas ser-lhe comunicado para que a coleta fosse acompanhada;
- (v) O acesso *ex situ* se daria mediante prévia informação da União e do proprietário original do recurso;
- (vi) Taxas pré-fixadas de royalties, diferenciadas para os casos de pesquisa ou de uso comercial, seriam devidas parcialmente à União e parcialmente ao proprietário do recurso, tal como ocorre na exploração de recursos minerais;
- (vii) No caso de exploração comercial, alguma forma de transferência tecnológica também seria devida, a escolha da instituição interessada no acesso e mediante aprovação da União, que indicaria a instituição brasileira a ser beneficiada, podendo o proprietário exercer direito de preferência na aquisição da tecnologia, desde que apto a explorá-la em benefício do país;
- (viii) O licenciamento do recurso genético para exploração ou desenvolvimento de pesquisa não seria exclusivo, em hipótese alguma;
- (ix) A utilização comercial de recursos genéticos submetidos ao registro seria considerada contrafação caso não fosse informada ao seu proprietário e à União, com o pagamento das taxas de royalties pré-fixadas e estipulada a transferência de tecnologia. Neste caso, deveria ser proibida a utilização do recurso pelo infrator;
- (x) A utilização dos recursos genéticos submetidos ao registro sem a prévia informação ao proprietário e à União, mediante o pagamento das taxas pré-fixadas deveria ser punida com multa;
- (xi) Os recursos registrados deveriam ser publicados e o banco de dados do escritório de registro deveria ser disponibilizado ao INPI, ao SNPC e aos escritórios de patentes de outros países, para fins de consulta quando da concessão de outros direitos de propriedade intelectual;
- (xii) O INPI, o SNPC e o órgão responsável pela concessão dos Certificados de Proteção de Recursos Genéticos deveriam intercambiar informações para fins de concessão dos direitos de propriedade intelectual.⁶¹⁴

O contrato de acesso, nesse caso, passaria a ser adotado e utilizado somente nas situações em que o recurso não fosse registrado. Nesse cenário, dever-se-ia obter prévia autorização da União com a participação do proprietário, sendo vedado negar o acesso para fins de pesquisa científica. De qualquer modo, as taxas de *royalties* e a transferência

⁶¹⁴ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 159-161. De acordo com a autora, a vantagem do sistema proposto seria a facilitação do acesso aos recursos e da repartição de benefícios, além de incentivar o cadastramento dos recursos.

tecnológica poderiam ser livremente acordadas, cabendo somente destinar uma parcela à União Federal.⁶¹⁵

Por fim, ao comentar a exploração da biodiversidade no Brasil, Ana Lucia Assad e Maria José Amstalden Sampaio destacam ser necessária uma articulação entre as políticas industrial, de saúde, científicas, tecnológicas e ambientais, além da formulação de um arcabouço jurídico e legal mais efetivo e menos burocrático, bem como de investimento na divulgação, educação ambiental, em boas práticas e na fiscalização.⁶¹⁶

Assim, formulam elas as seguintes sugestões para a construção do debate nacional: (i) estímulo à formação de pesquisadores; (ii) estímulo ao conhecimento da biodiversidade; (iii) busca de novas formas de obtenção de recursos financeiros; (iv) revisão da legislação; (v) realização de estudos sobre determinação de valores para repartição; (vi) simplificação de procedimentos; (vii) levantamento e divulgação de conhecimentos tradicionais; (viii) indicação de origem do material biológico; (ix) criação de fundo para os royalties; (x) taxa única de averbação de registro; (xi) revisão da composição do CGEN; (xii) sistema transparente de informação e registro; (xiii) definições técnicas na legislação; e (xiv) fortalecimento da fiscalização.⁶¹⁷

⁶¹⁵ V. A. BERTOGNA, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003, pp. 161.

⁶¹⁶ A. L. D. ASSAD – M. J. A. SAMPAIO, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005, pp. 21-22.

⁶¹⁷ *Ibid.* pp. 22-26.

4. CASOS PRÁTICOS

4.1 O CASO DO SÂNDALO NO OESTE DA AUSTRÁLIA (MOUNT ROMANCE E AVEDA)⁶¹⁸

Em síntese, o sândalo é o mais antigo e popular ingrediente para a fabricação de perfumes e incensos. A árvore pode ser encontrada na Ásia, mais especificamente na Índia, no Nepal e na Indonésia (*santalum album*), ou na região oeste da Austrália (*santalum spicatum*), onde as plantações podem ser encontradas inclusive em reservas de populações aborígenes.

O caso em estudo trata de uma parceria para acesso e repartição de benefícios decorrentes da exploração do sândalo no oeste da Austrália. Os três atores principais dessa parceria são a empresa australiana “Mount Romance”, a empresa americana “Aveda Corporation” e as comunidades aborígenes.

Em resumo, a “Mount Romance” ou “Mt Romance” é uma empresa australiana, fundada em 1990 e que tem por princípios a responsabilidade social e ambiental. A companhia opera a maior usina de processamento de sândalo no mundo, produzindo óleo e resina para a fabricantes de perfumes, incensos, shampoos, detergentes e outros produtos de beleza.

Já a “Aveda Corporation” foi fundada em 1978 e é uma subsidiária da “Estee Lauder Companies”, uma grande multinacional americana de cosméticos e perfumes. A Aveda desenvolve produtos para os cabelos, pele e maquiagens utilizando como base plantas e vegetais, além de assegurar o seu compromisso com o meio ambiente, com a conservação dos recursos naturais e com o apoio às comunidades indígenas.

Em meados de 1990, a Aveda passou a procurar novas parcerias para a obtenção do sândalo, tendo em vista as denúncias de violações a direitos humanos ocorridos nas plantações da Índia. Desse modo, em 2003, a empresa decidiu firmar uma parceria com tribos aborígenes da Austrália e com a empresa “Mt Romance” para a aquisição do sândalo, de forma a cumprir os padrões determinados pelo Departamento de Meio

⁶¹⁸ S. LAIRD – R. WYNBERG, in UNEP, Secretariat of the Convention on Biological Diversity *Access and Benefit-sharing in practice: trends in partnerships across sectors*, Montréal, CBD Technical Series No. 38, 2008, pp. 75-78.

Ambiente e Conservação dos Estados Unidos (Department of Environment and Conservation).

Entretanto, ao mesmo tempo em que foi realizada a pesquisa para se encontrar um novo fornecedor, foi descoberto que os benefícios para as comunidades aborígenes que cultivavam as plantações de sândalo eram mínimos. Por exemplo, enquanto os aborígenes recebiam entre 1.300 e 2.000 dólares australianos por tonelada da madeira cultivada, o governo vendia a madeira por valores entre 8.000 e 11.000 dólares australianos por tonelada.

Diante desse contexto, a Aveda resolveu firmar a parceria com a Mt Romance e com a tribo aborígene Kutkabubba da cidade de Wiluna. Posteriormente, a parceria se estendeu a outras tribos, além de ter levado à criação da “*Songman Circle of Wisdom*”, uma corporação operada, administrada e controlada pelos povos aborígenes.

As principais questões observadas na parceria firmada entre os aborígenes, a Mt Romance e a Aveda são: (i) a necessidade das companhias obterem o consentimento prévio e informado das comunidades, na forma escrita; (ii) o reconhecimento da preponderância do direito costumeiro e das leis tradicionais sobre o sistema de direito tradicional; (iii) a certificação, pela “*Songman Circle of Wisdom*”, do sândalo fornecido à Mt Romance e do óleo fornecido à Aveda; e (iv) a autorização pela tribo Kutkabubba do uso de imagens para *marketing*.

Quanto aos benefícios para os povos aborígenes e comunidades locais produtores de sândalo e associados à “*Songman Circle of Wisdom*”, pode-se destacar: (i) o recebimento de um valor mais justo pelo produto, bem como o recebimento de *royalties*, no montante de 500 dólares por tonelada de madeira, divididos equitativamente entre a Mt Romance e a Aveda; (ii) a criação do fundo “*Capital Works Fund*”, mantido pela Mt Romance, onde são depositados os valores dos *royalties*. O capital do fundo é utilizado pelas próprias comunidades para investir em capacitação local, em engajamento no próprio comércio de sândalo e em suas necessidades básicas; (iii) desenvolvimento das comunidades financiado pelas próprias empresas, paralelamente ao fundo. Por exemplo, a Aveda paga preços mais justos para a madeira explorada, investe em capacitação, fornece equipamentos e materiais básicos para as comunidades manterem a exploração, e ainda busca criar uma ligação entre os produtores com companhias, compradores e certificadores

(*market access*). Além disso, a Aveda dá suporte à defesa do direito à terra de comunidades e populações indígenas, bem como busca relacionar tais povos a grupos que desenvolvem projetos de sequestro de carbono ou que fornecem serviços ambientais.

Já os benefícios para as companhias são: (i) o cumprimento da responsabilidade social e ambiental com as quais se comprometeram; (ii) rápido acesso à matéria-prima, no caso, o sândalo; (iii) a possibilidade de fornecer aos seus clientes produtos certificados; e (iv) a distinção dos produtos vendidos de outros do mercado, pelo fato de contarem com uma história associada à extração pelas comunidades.

Em conclusão, esse caso retrata o acesso a um recurso biológico (sândalo) e a repartição de benefícios em um contexto amplo de forma harmoniosa com os princípios delineados na Convenção de Diversidade Biológica. Merecem destaque as seguintes práticas de “Acesso e Repartição de Benefícios” baseadas na CDB: (i) série de consultas às comunidades e grupos sobre os contornos das parcerias a serem firmadas, em obediência ao princípio do consentimento prévio e informado; (ii) benefícios monetários, tais como preços mais justos e depósito de *royalties* em um fundo; (iii) benefícios não-monetários, como recebimento de equipamentos, de treinamento e acesso ao mercado; (iv) atenção às leis nacionais e proeminência dado ao direito costumeiro; e (v) consentimento prévio e informado quanto ao uso de imagens para *marketing*.

4.2 O CASO DA CASTANHA DO BRASIL (NATURA)⁶¹⁹

A Natura é uma empresa fundada em 1969 na cidade de São Paulo e tem como atividade principal a produção de cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumaria. No ano de 2000, a Natura fundou a conhecida linha “Ekos” com o objetivo de criar produtos a partir da riqueza da biodiversidade brasileira, inspirada no uso tradicional de plantas. A linha conta com sabonetes, shampoos, condicionadores, hidratantes e perfumes, todos criados a partir de quatorze ingredientes (cumaru, pariparoba, copaíba, mate verde, murumuru, guaraná, priprioca, breu branco, cupuaçu, pitanga, maracujá, andiroba, castanha e buriti).

⁶¹⁹ S. LAIRD – R. WYNBERG, in UNEP, Secretariat of the Convention on Biological Diversity *Access and Benefit-sharing in practice: trends in partnerships across sectors*, Montréal, CBD Technical Series No. 38, 2008, pp. 79-82.

Para o desenvolvimento da linha Ekos, a Natura não só investiu em parcerias com as comunidades que detêm conhecimento sobre os ingredientes, mas também facilitou parcerias dessas comunidades com a “IMAFLORA”, uma organização voltada à certificação de produtos da floresta (certificação FSC).

Vale ressaltar que os conhecimentos tradicionais são utilizado pela Natura tanto para inspirar o desenvolvimento de novos ingredientes, quanto para descobrir novas aplicações para ingredientes já existentes. O acesso aos conhecimentos tradicionais usualmente acontece diretamente com as próprias comunidades detentoras dos conhecimentos ou, de maneira indireta, através de colaborações com etno-botânicos e etnofarmacologistas dentro de universidade, e através de publicações acadêmicas e acesso à base de dados.

A Natura detém os direitos de propriedade intelectual, muito embora patenteie somente o processo de extração ou as fórmulas para os cosméticos, e não os ingredientes em si. Ademais, a empresa possui três tipos de relacionamento com as comunidades: (i) acordos de acesso, tanto para os recurso genéticos quanto para os conhecimentos tradicionais; (ii) desenvolvimento local, com a implantação de projetos para criação de instituições locais e capacitação; e (iii) parcerias de fornecimento, na qual não há um acordo para acesso e repartição de benefícios, mas há suporte na produção e colheita dos materiais e facilitação de contato entre os produtores e terceiros

Os benefícios usualmente decorrentes de contratos assinados com a empresa Natura são: (i) o treinamento e capacitação de membros das comunidades; (ii) fornecimento de equipamentos e materiais; (iii) ajuda no desenvolvimento e administração de associações; (iv) a obtenção de consentimento com o devido pagamento pelo uso de imagem em campanhas de *marketing*; e (v) a criação de fundos onde é depositado percentual das vendas (Fundo Natura).

No caso do acesso ao conhecimento relacionado à castanha do Brasil (*bertholletia excelsa*) o processo para obtenção do consentimento e para assinatura de um contrato de repartição de benefícios foi acompanhado por uma profissional da área da antropologia, que elaborou um laudo antropológico.

A castanha do Brasil (*bertholletia excelsa*) é a semente do fruto de uma árvore encontrada na região amazônica, especialmente na Bolívia, no Peru e no norte do Brasil.

Além da castanha do Brasil e seu óleo serem bastante utilizados na alimentação, o óleo da castanha é utilizado na confecção de cosméticos como shampoos, condicionadores, sabonetes e hidratantes.

Os atores, no caso, foram a empresa “Natura Inovação e Tecnologia de Produtos Ltda.” e a “Associação da População Tradicional da Biodiversidade da Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Iratapuru” (BIORIO), entidade responsável por representar a comunidade de São Francisco de Iratapuru, localizada no entorno da Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Iratapuru, municípios de Laranjal do Jari, Mazagão e Amapari, Estado do Amapá.

A Natura já produzia e comercializava produtos com a castanha do Brasil e, inclusive, já havia firmado um contrato com a comunidade de São Francisco do Iratapuru para o fornecimento das castanhas. Como salientado ao longo das negociações por Ronaldo Freitas, representante da Natura, a venda dos produtos de castanha vinham sofrendo um declínio, em razão do lançamento de produtos que utilizavam novos ingredientes, como o açaí. De acordo com Ronaldo, o consumidor de cosméticos e perfumes tende a optar por produtos novos com certa regularidade. Por tal motivo, como maneira de impulsionar as vendas dos produtos de castanha, a empresa resolveu revitalizá-los e, para tanto, vislumbrou a possibilidade de acessar os conhecimentos tradicionais a ela associados.

Inicialmente, a primeira etapa do processo envolvia a construção de consenso internamente na empresa, bem como a obtenção de um acordo com o governo do Estado, e perdurou do período entre 24 de março de 2008 e 19 de maio de 2008. Em suma, após a apresentação de um projeto e do agendamento de uma reunião prévia de expedição, foi firmado, com o representante da Secretaria do Meio Ambiente do Amapá (SEMA), um Termo de Anuência Prévia (TAP) e um Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURB) “referentes ao acesso ao patrimônio genético relacionado ao óleo, proteína e torta aromática da Castanha do Brasil e ao óleo da copaíba”.⁶²⁰

No projeto apresentado pela Natura destacou-se o objetivo de desenvolver produtos que refletissem o conhecimento tradicional associado à castanha do Brasil e a

⁶²⁰ M. ALLEGRETTI, *Lauda antropológico referente a acesso e repartição de benefícios por conhecimento tradicional associado à castanha do Brasil (bertholletia excelsa)*, 2010, p. 27.

valorização da comunidade castanheira. Também constava do documento que a comunidade de São Francisco de Irapuru foi escolhida por ter tradição na extração e no uso da castanha na alimentação, bem como por já possuir uma forma de organização social e desenvolver práticas sustentáveis, sendo inclusive certificada pelo FSC. Por fim, a Natura pontuou em seu projeto que pretendia levantar informações através de visitas programadas e de entrevistas informais com os castanheiros.

Posteriormente, a fase de obtenção do consentimento ocorreu entre 20 de maio de 2008 e 25 de julho de 2008. Foram realizadas duas reuniões (em 21 e 22 de maio) entre a Natura e membros da comunidade, na qual a empresa solicitou a realização de pesquisas por sua equipe de *marketing*, o que não necessariamente resultaria em um acordo e na repartição de benefícios. As reuniões foram acompanhadas, ainda, pelo advogado da SEMA e pelo coordenador de Unidades de Conservação Estaduais do Amapá.

Após, entre os dias 09 e 13 de maio de 2008, a equipe de *marketing* da Natura acompanhou os castanheiros na colheita da castanha do Brasil com a finalidade de obter informações sobre o conhecimento tradicional associado ao produto. Por fim, foi realizada mais uma reunião entre a Natura, comunidade e Estado, onde ficou acordado que as negociações a respeito do novo contrato ocorreriam após o pagamento de valor referente de acordo previamente firmado para repartição de benefícios decorrentes do breu branco e de parcela do Fundo Natura⁶²¹.

A última etapa, de negociação e assinatura do Termo de Anuência e do Contrato de Repartição de Benefícios, iniciou-se em 06 de março de 2009, com o depósito no CGEN do Termo de Anuência Prévia e do Contrato de Repartição de Benefícios assinados com o governo do Estado do Amapá, e findou 16 de dezembro de 2009, com a assinatura dos documentos.

Nessa etapa, foram realizadas as reuniões com a comunidade para a negociação dos termos do acesso e da repartição de benefícios. A primeira reunião, ocorrida em 07 de outubro de 2009, contou com a presença de membros da comunidade, a diretoria da

⁶²¹ Nesse ponto, frisa-se a diferença existente entre o valor recebido em decorrência do acesso ao conhecimento tradicional (CTA) e os valores depositados no Fundo Natura: “O recurso do Fundo é uma percentagem do valor líquido dos produtos vendidos da comunidade que a Natura repassa, uma percentagem de volta para a comunidade e precisa de projetos para ser acessado. E o CTA é o acesso ao conhecimento tradicional que é pago aos produtores sem necessidade de projeto.” M. ALLEGRETTI, *Laudo antropológico referente a acesso e repartição de benefícios por conhecimento tradicional associado à castanha do Brasil (bertholletia excelsa)*, 2010, p. 41.

COMARU e da BIORIO, representantes do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético do Estado do Amapá e do Conselho Estadual de Meio Ambiente, e nela foi traçado um histórico das legislações e um balanço dos contratos já firmados entre a Natura, o Estado do Amapá e a comunidade, além de terem sido apresentados os conceitos envolvidos nas negociações.

Na segunda reunião, também ocorrida no dia 07 de outubro de 2009, porém no período da noite, foi aberto um espaço para perguntas, questionamentos e esclarecimento de dúvidas. Além disso, a Natura explicou o processo de pesquisa a ser desenvolvido, apresentou o cronograma para as discussões sobre o contrato de anuência e a proposta de pagamento de projetos no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Uma terceira reunião ocorreu no dia 12 de novembro de 2009, na qual a comunidade apresentou suas respostas à Natura. Primeiramente, afirmou que tinha interesse na realização do contrato para acesso e repartição de benefícios, o qual deveria ser firmado com a Associação BIORIO. Foram apresentadas, ademais, ideias de projetos a serem implantados com os valores do Acordo, tais como um sistema de comunicação e uma alternativa para o abastecimento de água.

A assinatura do Termo de Anuência Prévia e do Contrato de Repartição de Benefícios ocorreu na quarta reunião, ocorrida em 16 de dezembro de 2009. Interessante notar que os dois documentos foram escritos em formato de perguntas e respostas, ao invés da forma clássica através de cláusulas.

Quanto à repartição de benefícios, ficou estabelecido que a comunidade receberia o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Além disso, ficou estabelecido que a Natura adquiriria 10 toneladas de óleo de castanha para o relançamento dos produtos. Coube à comunidade, por sua vez, definir onde seriam aplicados os recursos e como se daria a gestão dos valores.

O caso da castanha do Brasil é uma demonstração de transparência no acesso e repartição de benefícios, dentro dos parâmetros da Convenção de Diversidade Biológica. A Natura tende a trabalhar com comunidades já organizadas que possuam algum tipo de associação representativa. No caso, a existência da COMARU e da BIORIO foi crucial para que a comunidade descartasse a contratação de um advogado para a auxiliar, o que foi oferecido pela Natura às suas próprias expensas. Isso ocorreu pois a COMARU já tinha a

experiência prévia de assinatura do contrato relativo ao breu branco.

Ademais, o caso demonstra que a empresa prefere trabalhar com poucas comunidades, investindo na diversificação dos produtos por elas cultivados, e conseqüentemente na diversificação de suas fontes de sustento, diminuindo o risco a que elas ficam expostas quando focam em somente um produto.

Por fim, o fato da empresa realizar o pagamento antes mesmo do lançamento do produto mostra-se positivo, não só por ser completamente desvinculado das vendas futuras, mas também porque permite que a comunidade invista em sua própria infraestrutura e em práticas sustentáveis como melhor lhe aprouver.

4.3 O CASO DA HOODIA NO SUL DA ÁFRICA (CSIR, PHYTOPHARM E UNILEVER)⁶²²

A hoodia é uma espécie de planta suculenta encontrada no sul da África, especialmente em Botsuana, Namíbia e África do Sul, utilizada pelo povo San para inibir a fome e a sede. Tal utilização já havia sido publicada por botânicos na época colonial, o que levou à inclusão da hoodia, em 1963, em um projeto sobre plantas comestíveis desenvolvido pelo Conselho para Pesquisa Científica e Industrial (*Council for Scientific and Industrial Research – CSIR*).

Em 1995, o CSIR patenteou a substância responsável pela inibição do apetite sem qualquer envolvimento ou consentimento por parte do povo San. Posteriormente, em 1998, o Conselho concedeu uma licença para a companhia inglesa Phytopharm desenvolver e comercializar a patente.

Através do programa denominado “P57”, a Phytopharm concedeu uma licença com acordo de royalties à Pfizer, uma farmacêutica americana. Entretanto, o acordo foi cancelado, ante o fechamento da “*Pfizer Natureceuticals*”. Assim, em 2004, a Phytopharm negociou com a Unilever para o desenvolvimento de extratos que seriam incorporados a alimentos funcionais para a perda de peso.

⁶²² S. LAIRD – R. WYNBERG, in UNEP, Secretariat of the Convention on Biological Diversity *Access and Benefit-sharing in practice: trends in partnerships across sectors*, Montréal, CBD Technical Series No. 38, 2008, pp. 83-98.

Paralelamente surgiu um mercado voltado ao fornecimento da hoodia em seu estado natural, com diversas pequenas empresas incorporando a própria planta, e não o seu extrato, em seus suplementos herbais. Conseqüentemente, cresceram as preocupações a respeito da qualidade e segurança do material comercializado, da comercialização ilegal e da super-exploração, reconhecendo-se que era necessário criar uma rede sustentável para a comercialização da hoodia.

Assim, em resumo, é possível identificar duas formas de comercialização da hoodia. A primeira a do extrato patenteado utilizado pela Phytopharm e pela Unilever no desenvolvimento de um alimento funcional para perda de peso, na qual a alta demanda impulsionava a baixa do preço. A segunda da planta em si, incorporada em suplementos herbais de empresas menores, na qual a baixa demanda levava a um aumento do preço.

Inicialmente, para ambos os setores (de alimentos e de suplementos) foi necessária a obtenção do consentimento do governo para acessar a hoodia. Na década de 1960, o CSIR obteve a autorização para realizar pesquisas sobre a hoodia e, após obter a patente sobre o extrato, recaiu sobre o Conselho a responsabilidade pela coleta e negociação com os donos das terras e com o governo. Em 1998, quando o CSIR negociava com a Phytopharm a concessão de uma licença, efetuou requerimento para o Departamento de Meio Ambiente e Turismo (Department of Environmental Affairs and Tourism – DEAT) para firmar um contrato de bioprospecção.

Posteriormente, tornou-se necessário obter o consentimento dos conhecimentos tradicionais associados à hoodia, tendo em vista que até 2001 os San sequer sabiam da patente do CSIR, muito menos haviam consentido com a utilização de seu conhecimento, em uma clara violação à Convenção 169, da OIT, à Convenção sobre Diversidade Biológica, à lei africana sobre acesso e repartição de benefícios (African Union's Model Law on Access and Benefit Sharing) e às Diretrizes de Bonn.

Em 2001, a ONG sul-africana Biowatch e a ONG internacional Action Aid alertaram a mídia sobre o acordo firmado entre o CSIR e a Phytopharm e sua natureza potencialmente exploradora. Após a publicação da história em um jornal britânico, o CSIR viu-se pressionado a buscar uma negociação com o povo San.

Os atores nessa negociação foram a Pzifer/Unilever, Phytopharm, CSIR e o povo San, representado por três organizações: Working Group of Indigenous Minorities in

Southern Africa (WIMSA), South African San Council (representante dos San na África do Sul, Namíbia e Botsuana) e South African San Institute (SASI).

A negociação de um acordo de Acesso e Repartição de Benefícios ocorreu em três etapas. A primeira etapa foi a de assinatura do memorando de entendimento (em inglês, Memorandum of Understanding – MoU), na qual o povo San decidiu obter royalties da patente já existente e concedida à CSIR.

O MoU foi assinado em 2002 entre o CSIR e a South African San Council e dele constou, basicamente, o reconhecimento que os San detém o conhecimento tradicional sobre a hoodia e já o detinham antes de se iniciar o uso científico, fazendo jus, portanto, ao recebimento de benefícios. Também ficou acordado que os San não poderiam pleitear, futuramente, a co-propriedade da patente e de produtos dela derivados. As partes se comprometeram a negociar um acordo de repartição de benefícios, além de divulgar todas as informações relevantes que detivessem.

A assinatura do MoU entre o CSIR e os San, representados pelo South African San Council, foi uma ferramenta para excluir outros grupos de pleitearem benefícios, dentre eles oportunistas e outros detentores genuínos de conhecimentos, como os Nama, Damara e Topnaar.

A segunda etapa após a assinatura do memorando foi a de discussões, que tinha três temas principais: (i) a criação de confiança entre as partes;⁶²³ (ii) a identificação de detentores de conhecimentos tradicionais e os beneficiários potenciais⁶²⁴; e (iii) a proteção e a promoção da cultura e conhecimentos dos San⁶²⁵.

Nessa fase, o CSIR demonstrou, ainda, preocupação em se certificar de que estava negociando com uma liderança dos San que fosse realmente representativa e genuína, bem como de que o acordo não levaria terceiros a pleitear benefícios.

⁶²³ Além de ser uma instituição criada durante o regime do *apartheid*, a inércia inicial do CSIR criou um sentimento de desconfiança e má impressão do conselho perante os San. As negociações permitiram que as partes estabelecessem uma relação de confiança a fim de chegar a um acordo final.

⁶²⁴ Foi identificado que a hoodia e os conhecimentos tradicionais a ela associados se espalham através das fronteiras da África do Sul, Namíbia e Botsuana, onde estão estabelecidos diversos grupos San. Concluiu-se que seria praticamente impossível identificar todos esses grupos e quais já conheciam o uso da hoodia como inibidor de apetite. Por fim, os próprios San decidiram que os benefícios financeiros deveriam ser repartidos igualmente entre os países representados pelo WIMSA.

⁶²⁵ Os San buscavam a preservação de sua herança cultural, que envolve, principalmente, a arte em pedras e de seu vasto conhecimento etno-botânico e ambiental.

Finalmente, em março de 2003 as negociações chegaram ao fim, iniciando-se a terceira etapa de assinatura do acordo de repartição de benefícios, através do qual se estabeleceu que os direitos de propriedade intelectual continuariam a pertencer ao CSIR, sendo vedado aos San pedir a co-propriedade, acordar com terceiros e pedir benefícios adicionais à Phytopharm ou à Pfizer.

Ficou acordado, ainda, que os San receberiam 6% dos royalties recebidos pelo CSIR da Phytopharm e 8% da receita recebida pelo CSIR da Phytopharm quando certos objetivos fossem alcançados no desenvolvimento dos produtos. No caso de uma comercialização bem sucedida, os valores seriam revertidos a um fundo, criado conjuntamente pelo CSIR e pelo South African San Council, com o objetivo de melhorar o bem-estar do povo San no sul da África.

O Fundo têm representantes do CSIR, dos grupos San =Khomani, !Xun e Khwe, outros San do sul da África, WIMSA, um advogado sul-africano nomeado pelo South African San Council, e o Departamento de Ciência e Tecnologia. Valores do fundo somente poderiam ser pagos a uma comunidade ou instituição beneficiária, e não a indivíduos, dependendo da apresentação de um orçamento e um plano coerente de aplicação.

Em fevereiro de 2005 foi formalmente registrado o Fundo dos San, denominado “San Hoodia Benefit-Sharing Trust”, com distribuição dos valores da seguinte maneira: 75% igualmente distribuídos para Conselhos dos San da Namíbia, África do Sul e Botsuana, 10% para a administração interna do Fundo, 10% alocado para o WIMSA como fundo de caráter emergencial e 5% para a administração do WIMSA.

Os benefícios fixados no acordo são predominantemente monetários, os quais dependem da venda e comercialização bem sucedidos dos produtos. Os benefícios não-monetários apareceram através de expressões genéricas como “conservação da biodiversidade, “boas práticas de plantio”, “acesso a bolsas de estudo” e “colaboração na bioprospecção”.

Um segundo acordo foi firmado, ainda, em março de 2007, entre os San e a uma associação de plantadores de hoodia (South African *Hoodia* Growers Association), o que somente foi possível pois os produtos a serem comercializados não dependiam do extrato patenteado pela Phytopharm. Em tal acordo também restou reconhecido que os San eram

os detentores originais do conhecimento tradicional relacionado à hoodia, tendo direito aos benefícios decorrentes de seu plantio e de sua utilização. Neste caso, o benefício financeiro decorria da venda da planta em si e seria administrado pelo WIMSA. Ademais, vale ressaltar que embora o acordo tenha sido firmado na África do Sul, permitiu-se a participação de plantadores da Namíbia e Botsuana.

Ambos os acordos apresentaram dificuldades de implementação. Primeiramente, no que se refere à tomada de decisões, especialmente em relação à distribuição dos benefícios, tendo em vista que os beneficiários (os San) formam um grupo sem coesão que se encontra espalhado por três países. Em segundo lugar, o dinheiro destinado ao WIMSA não foi previamente alocado para qualquer tipo de finalidade e teria que ser administrado por um Conselho inexperiente.

Ademais, identificou-se a possibilidade de surgirem conflitos internos após a introdução de largas quantias de dinheiro e de valores ocidentais nas comunidades, tendo em vista que a organização política dos San é extremamente complexa e fragmentada. Por fim, mais um problema identificado seria a dificuldade na distribuição dos benefícios a outras comunidades que também detêm conhecimento sobre a hoodia, tais como os Nama, Damara e Topnaar.

Outra questão a se ressaltar nesse caso são suas implicações regionais. Por um lado, a África do Sul assumiu um papel de liderança, tanto no momento de patenteamento, quanto no desenvolvimento de parcerias comerciais com multinacionais, na criação de leis relativas ao acesso e repartição de benefícios e no reconhecimento dos direitos dos San. Por outro lado, a Namíbia e Botsuana permaneceram como locais de cultivo, sem tomarem iniciativa para a aprovação de uma lei de acesso e repartição de benefícios, de modo que, nesses locais, os benefícios decorrentes da hoodia pertenciam ao Estado. Destaca-se também que a falta de colaboração entre esses países dificultou a fiscalização, dando espaço para o cultivo ilegal da planta.

Finalmente, do caso da hoodia é possível elencar as seguintes conclusões e lições: (i) é de extrema importância a obtenção do consentimento prévio e informado dos detentores do conhecimento tradicionais desde o início do projeto, antes que haja o acesso; (ii) o processo de negociação entre o CSIR e San demonstra a importância a construção de confiança entre os atores; (iii) a importância de instituições comunitárias que representem

os detentores de conhecimentos tradicionais e que recebam os benefícios; (iv) o papel das ONGs, dos representantes legais e intermediários na repartição de benefícios, não somente ao ajudar os San a obter direitos, mas também ao incentivar o seu desenvolvimento político e econômico; (v) para os San, a hoodia foi uma importante ferramenta de empoderamento que permite a tomada de melhores decisões para proteção de seu conhecimento tradicional; (vi) no âmbito governamental, o caso levou ao foco na biodiversidade e no seu valor potencial; (vii) na África do Sul, foi criada a legislação para regular o acesso e a repartição de benefícios, com a introdução do conceito de consentimento prévio e informado e do requisito de divulgação da origem antes da concessão de uma patente; (viii) no âmbito internacional, criou-se um precedente sobre a maneira como detentores de conhecimento tradicional podem e devem ser compensados; (ix) a adoção da proteção defensiva para evitar a apropriação indevida do conhecimento tradicional deve ser aliada a um sistema integrado de proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais; (x) a dificuldade de determinar beneficiários, especialmente em áreas de fronteiras geográficas; (xi) a necessidade de se reduzir impactos sociais e econômicos negativos decorrentes da injeção de grandes quantias de dinheiro nas comunidades tradicionais, bem como de se evitar possíveis conflitos internos; e (xii) o dever de compensar outras comunidades também detentoras do conhecimento, como no caso os Nama, Damara e Topnaar.⁶²⁶

⁶²⁶ Debra Harry e Le'a Malia Kanehe, por sua vez, discorrem a respeito do caso em tom crítico: “É importante salientar que os San foram compensados pelos seus conhecimentos tradicionais, e não por qualquer direito que possam ter sobre o recurso genético em si. Foi o CSIR, e não os San, quem consentiu com o acesso ao recurso genético. (...) O pacto entre os San e o CSIR foi aplaudido por muitos como uma história de sucesso para os San, que estão entre os povos mais marginalizados da África do Sul. A história tem sido usada para promover a repartição de benefícios como meio de aliviar a pobreza. Os lucros derivados do acordo, conforme nos contam, são depositados no Fundo de Benefícios San Hoodia, a ser usado para saúde pública, infra-estrutura e previdência social. (...) O que essa análise deixa de notar é que saúde, educação e outros serviços essenciais estão entre os direitos humanos básicos para todas as pessoas. O acesso a essas necessidades fundamentais não deveria estar ligado a uma exigência de troca de conhecimento tradicional ou recursos biológicos. Além disso, é inaceitável que se promova a venda de um monopólio sobre um conhecimento tradicional a uma corporação ocidental para que comunidades marginalizadas possam ser reconhecidas como povos indígenas. Os San não possuem sequer total poder de tomada de decisão sobre a pequena parte dos *royalties*, a serem depositadas no Fundo “deles”. Vale ressaltar que, embora o Fundo “deles” incluía representantes de várias comunidades San, também inclui o CSIR e o Departamento de Ciência e Tecnologia, aparentemente como fiduciários paternalistas. A intenção aqui não é criticar os San por participarem num acordo de repartição de benefícios. Pensando bem, está claro que a única opções apresentada para os San era aceitar uma parte na transação, ou não conseguir nada. E se o CSIR e a Phytopharm não tivessem sido pegos “em flagrante” na apropriação do conhecimento dos San, estes poderiam permanecer simplesmente como desconhecidas vítimas de roubo. Vemos esse caso como um recente e instrutivo exemplo típico das dinâmicas do poder, quando povos indígenas são forçados a desafiar as ações de Estados coloniais e empresas multinacionais. O caso dos San também mostra como o lucro potencial do material genético tende a evocar práticas desonestas.” D. HARRY – L. M. KANEHE, *A RB no acesso e repartição de benefícios (ARB): questões críticas para povos indígenas*, in F. MATHIAS E H. DE NOVIÓN (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 170-171.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo discutir os conhecimentos tradicionais, apresentando as possíveis formas de protegê-los da apropriação indevida por terceiros, bem como de repartir com os povos tradicionais e indígenas os benefícios oriundos da sua utilização, em cumprimento ao artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica. Além de examinar as formas de proteção existentes no sistema de propriedade intelectual, buscou-se explorar as propostas para a criação de um sistema *sui generis*, adaptável às peculiaridades dos conhecimentos das populações indígenas e tradicionais. Verificou-se, ainda, que a repartição de benefícios não se restringe a compensações monetárias, podendo ocorrer de formas alternativas.

Em sua primeira parte, o trabalho analisou, em linhas gerais, a definição de “biotecnologia” e o papel por ela desempenhado nos dias atuais. Posteriormente, estudou-se a propriedade intelectual e o seu desenvolvimento histórico, destacando os principais instrumentos internacionais que cuidaram da matéria, desde a Convenção da União de Paris até o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, mais conhecido como TRIPS. Cuidam-se de dois temas que tangenciam a questão central da pesquisa e que mereciam esclarecimento antes de se adentrar na discussão sobre os conhecimentos tradicionais.

A segunda parte do trabalho, portanto, voltou-se ao exame dos conhecimentos tradicionais sob a perspectiva do Direito Internacional, sobre a qual deve-se traçar algumas considerações.

Inicialmente, constatou-se uma dificuldade de agrupar as comunidades tradicionais sob o manto de uma única definição, tendo em vista a diversidade que representam. Entretanto, foi possível concluir que povos tradicionais e indígenas têm como ponto comum o papel central que desempenham na preservação e conservação da biodiversidade. Além de viverem em harmonia com o meio ambiente, dele retirando suas fontes de subsistência, viu-se que tais povos possuem uma estreita relação com a terra onde habitam e onde desenvolvem uma cultura distinta do restante da sociedade.

Igualmente, encontrar uma definição para os conhecimentos tradicionais não é tarefa fácil. A princípio, os conhecimentos tradicionais envolvem saberes, inovações, habilidades e práticas detidos coletivamente por uma comunidade tradicional ou indígena,

muito embora deva-se lembrar que existem conhecimentos detidos por apenas um ou alguns indivíduos do grupo. Outro importante elemento caracterizador dos conhecimentos tradicionais é o fato de serem transmitidos, oralmente, de geração a geração. Ademais, tais conhecimentos se desenvolvem através da observação da natureza e costumam caracterizar-se por seu dinamismo.

Tendo em vista que os saberes das populações tradicionais se entrelaçam, não se recomenda classificá-los ou dividi-los. Entretanto, convencionou-se destacar os chamados “conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos”, os quais estão estritamente ligados à diversidade biológica. Os conhecimentos tradicionais associados adquiriram um enorme valor para o desenvolvimento da biotecnologia, já que esta indústria utiliza recursos naturais como matéria-prima. Concomitantemente ao desenvolvimento da biotecnologia, intensificaram-se a prática e as denúncias de biopirataria, ou seja, o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais sem o consentimento dos Estados e dos povos tradicionais.

A questão foi abordada na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que, em seu artigo 8(j), reconhece o valor dos conhecimentos tradicionais e prevê o dever de repartir com as populações tradicionais e indígenas os benefícios decorrentes da utilização de tais saberes. Já o artigo 15 da Convenção consagrou a soberania dos Estados Partes sobre os recursos genéticos encontrados em seus respectivos territórios. Sobrevieram instrumentos internacionais, especialmente o Protocolo de Nagoya e as Diretrizes de Bonn, que visam auxiliar no desenvolvimento e na implementação de um modelo de acesso e repartição de benefícios (ABS) consoante as disposições da CDB.

No âmbito regional, vale destacar a adoção, pela Comunidade Andina, da Decisão nº 391, que, no ano de 1996, criou o Regime Comum de Acesso aos Recursos Genéticos. Também merece menção a legislação modelo adotada pela Organização da Unidade Africana. Diversos países, influenciados pela Convenção, promulgaram legislações voltadas à regulamentação da matéria, buscando dar efetividade aos requisitos previstos na CDB, acerca da obtenção do consentimento prévio e informado e da repartição de benefícios.

Ocorre que, apesar da existência de um arcabouço de regras relativas ao acesso consentido e à repartição de benefícios, ainda enfrenta-se uma enorme dificuldade de

implementá-las, não se podendo tratar de maneira despicienda casos de biopirataria ainda recorrentes.

Um dos motivos para tal fenômeno reside no fato de que os conhecimentos tradicionais não são alçados ao mesmo patamar de importância dos conhecimentos científicos ocidentais. Em que pese não serem eles expressos em linguagem científica formal, isso não deveria implicar a falta de proteção formal e a sua utilização indevida.

Ademais, a própria Convenção não possui mecanismos sancionatórios aptos a punir aqueles que descumpram seus preceitos. Essa problemática torna-se relevante quando se verifica que, para um indivíduo ou empresa desenvolver um produto com base em conhecimentos tradicionais associados e protegê-lo através dos direitos de propriedade intelectual, basta o preenchimento dos requisitos previstos no Acordo TRIPS, o qual não faz menção à obtenção do consentimento prévio do detentor do conhecimento e, tampouco, à formalização de um acordo para partilha dos benefícios decorrentes do direito de exclusividade.

Outro obstáculo imposto à efetivação da proteção aos conhecimentos tradicionais refere-se à dificuldade de amoldá-los ao sistema de direito de propriedade intelectual vigente. Questões aparentemente simples como a identificação do autor e a comprovação do ato inventivo, tornam-se complexas para comunidades cujos conhecimentos são detidos coletivamente e compartilhados oralmente há gerações, o que dificulta a tarefa de precisar o momento em que houve a inovação. Lembre-se que, ao menos para a obtenção de uma patente, é necessária a comprovação da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial.

Outrossim, o preenchimento de formulários para requerer um direito de propriedade intelectual exige a utilização de linguagem técnica, a qual dificilmente é dominada por povos tradicionais e indígenas. Uma quarta dificuldade a ser apontada refere-se aos altos custos tanto para o requerimento de um direito de propriedade intelectual, quanto para sua fiscalização e manutenção em diferentes países.

Evidentemente, alguns desses embaraços podem ser contornados. Como bem destacou Graham Dutfield, há espaço no direito de propriedade intelectual para a invenção

coletiva⁶²⁷. Os valores das taxas, por sua vez, poderiam ser arcados por organizações representativas das comunidades. Todavia, é questionável se tais soluções são suficientes e satisfatórias.

Além das patentes, o *copyright* (direito do autor), os segredos industriais, as marcas (*trademarks*) e as indicações geográficas surgem como possíveis instrumentos de proteção dos conhecimentos. O *copyright*, por exemplo, poderia ser utilizado para a proteção dos conhecimentos relacionados à expressões culturais e artísticas dos povos tradicionais. Segredos industriais, por sua vez, seriam uma opção às patentes, pois são menos custosos e não expiram.

As marcas podem ser utilizadas em casos de *ecolabelling*, como forma de provar aos consumidores que um produto foi desenvolvido dentro de parâmetros de sustentabilidade. Enfim, as indicações geográficas são interessantes para que se identifique um modo específico de produção, estritamente relacionado a uma região. Porém, apesar de tais instrumentos aparentemente despontarem como alternativas viáveis, verificou-se que nenhum desses mecanismos é perfeitamente adaptável aos conhecimentos tradicionais, cada qual encontrando limitações específicas.

As comunidades tradicionais enfrentam não só óbices de ordem prática, mas também a dificuldade de se adaptar à lógica apropriacionista e monopolista que permeia o direito de propriedade intelectual. Em outras palavras, os valores ocidentais consagrados pelo sistema de propriedade intelectual são estranhos e contrários aos valores das comunidades detentoras dos conhecimentos tradicionais, não sendo razoável esperar que elas assimilem tais valores e se adaptem a um sistema pré-estabelecido.

Um bom exemplo dessa divergência entre os valores ocidentais e tradicionais pode ser observado na própria repartição de benefícios, os quais, como já mencionado, não devem se restringir a compensações monetárias. Em muitos casos, a introdução da lógica capitalista em comunidades tradicionais ou em tribos indígenas pode ser prejudicial. Já nos casos em que um conhecimento é detido por mais de um grupo étnico, a divisão dos valores pode gerar disputas e desentendimentos.

⁶²⁷ G. DUTFIELD, *TRIPS-related aspects of traditional knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, 2001, p. 254.

Destarte, alternativas tiveram que ser buscadas para uma implementação efetiva da proteção aos conhecimentos tradicionais. Alguns dos mecanismos podem ser agrupados como formas de proteção defensiva, as quais incluem: a documentação através da criação de bibliotecas e bancos de dados; a divulgação da origem dos recursos genéticos ou da fonte do conhecimento tradicional como requerimento a ser preenchido para a obtenção de direitos de propriedade intelectual; criação de um *ombudsman* de direito de propriedade intelectual, a quem caberia investigar reclamações trazidas por comunidades tradicionais, governos e organizações não-governamentais; criação de mecanismos de resolução de controvérsias; dentre outros.

Já a criação de um sistema *sui generis*, envolve modificações e adaptações nos instrumentos de propriedade intelectual, os quais podem ser associados aos mecanismos de proteção defensiva e também a novos instrumentos. É imprescindível que, no desenvolvimento desse modelo, sejam levadas em consideração as especificidades e a diversidade social, cultural e jurídica que as populações tradicionais representam. Além disso, é necessário garantir-lhes a proteção de direitos essenciais, tais como a autodeterminação, a autonomia, a liberdade, o respeito à sua cultura e às suas terras. Como bem afirma Shubha Ghosh, a proteção dos conhecimentos tradicionais é abrangente, pois envolve uma questão de direitos humanos⁶²⁸.

Complementando o debate a ser travado, foram apresentados três casos em que houve o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, nos quais não apenas buscou-se explorar a maneira como se deu a aplicação dos princípios previstos na Convenção, mas também extrair práticas a serem replicadas ou a serem evitadas.

Neste ponto, vale destacar que a finalidade da implementação de um sistema de proteção de tais conhecimentos é evitar a sua utilização indevida, bem como a falta de compensação pelo seu uso, como se verificou ter ocorrido no caso da *hoodia* no sul da África, no qual o conhecimento do povo San foi, por muitos anos, utilizado para a produção de inibidores de apetite sem o seu consentimento.

Diante desse contexto, é possível afirmar que, muito embora questões envolvendo comunidades tradicionais e indígenas já fossem discutidas anteriormente, foi a partir de 1992, com o advento da Convenção sobre Diversidade Biológica, que se reconheceu

⁶²⁸ S. GHOSH, *Globalization, patents and traditional knowledge*, Columbia Journal of Asian Law, vol. 17, 2003-2004, p. 111.

expressamente a importância de comunidades tradicionais para a manutenção e preservação da biodiversidade, bem como o direito desses grupos obterem benefícios oriundos de seus conhecimentos, inovações e práticas.

Apesar das críticas direcionadas à Convenção, especialmente por não ter previsto a soberania desses povos aos recursos naturais encontrados em seus territórios, não se pode negar que a introdução dos conceitos de “consentimento prévio e informado” e “repartição de benefícios” deu início à regulamentação da matéria em nível internacional, regional e nacional.

Contudo, diante dos diversos empecilhos enfrentados para a efetivação da Convenção, parece inevitável que ainda seja necessário muito estudo e discussão a respeito do tema, para o fim de aperfeiçoar as práticas adotadas, bem como para solucionar os problemas identificados, criando um sistema verdadeiramente justo de acesso e repartição de benefícios.

Por fim, é importante considerar que a questão da proteção aos conhecimentos tradicionais associados não envolve somente os interesses de Estados, empresas, organismos internacionais e organizações não-governamentais, mas, principalmente, dos próprios detentores de tais conhecimentos, as populações tradicionais, as quais devem ser ouvidas e elevadas à posição de atores, e não mantidas como meros de espectadores, enquanto direitos e benefícios lhes são designados.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento, e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. , São Paulo, Saraiva, 2010.

ADIERS, Cláudia Marins, *A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Revista dos Tribunais, vol. 793, 2001, pp. 11-39.

ALLEGRETTI, Mary, *Laudo antropológico referente a acesso e repartição de benefícios por conhecimento tradicional associado à castanha do Brasil (bertholletia excelsa)*, 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *Curso de direito internacional público*, 3.ed, São Paulo, Atlas, 2012.

AMERICAN CHEMICAL SOCIETY, *Biotechnology*. Disponível em <<http://www.acs.org/content/acs/en/careers/college-to-career/chemistry-careers/biotechnology.html>>. Acesso em 09 de março de 2016.

ANTUNHA, Carla, BARBOSA, João Mitia Antunha, e FIGUEIREDO, Patrick, *O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas*, in Proa – Revista de Antropologia e Arte, ano 02, vol. 02, nº 02, nov. 2010. Disponível em <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/proa/article/viewFile/2377/1779>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

ASSAD, Ana Lúcia Delgado, e SAMPAIO, Maria José Amstalden, *Acesso a biodiversidade e repartição de benefícios: perspectivas futuras e sugestões de ação para o Brasil*, Brasília, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, 2005.

BANCO MUNDIAL, *Manual Operacional do Banco Mundial*, OP 4.10. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2017.

BARBOSA, Denis Borges, *Uma introdução à propriedade intelectual*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em 5 de novembro de 2017.

BASSO, Maristela, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

BAUTISTA, Lowell B., *Bioprospecting or Biopiracy: Does the TRIPS Agreement Undermine the Interests of Developing Countries*, in *Philippine Law Journal*, Vol. 82, Issue 1, September 2007, pp. 14-33.

BERTOONA, Viviane Alves, *Biodiversidade e propriedade intelectual no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003.

BIODIVERSITY A-Z, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.biodiversitya-z.org/content/genetic-resources>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

BIODIVERSITY INFORMATION SYSTEM FOR EUROPE, *About BISE*. Disponível em <<http://biodiversity.europa.eu/info>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

BIODIVERSITY INFORMATION SYSTEM FOR EUROPE, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://biodiversity.europa.eu/topics/genetic-resources>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

BIOTECHNOLOGY INNOVATION ORGANIZATION, *About BIO*. Disponível em <<https://www.bio.org/about>>. Acesso em 19 de maio de 2016.

BIOTECHNOLOGY INNOVATION ORGANIZATION, *What is Biotechnology?*. Disponível em <<http://www.bio.org/articles/what-biotechnology>>. Acesso em 22 de abril de 2016.

BOLÍVIA, *Decreto Supremo nº 24676, Reglamento de la Decisión 391 Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*. Disponível em <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/gmfp/docs/Bol-DS-24676-97-Reglamento-Decision-391-Rec-Geneticos-.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2017.

BRASIL, *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

BRASIL, *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf> Acesso em 19 de novembro de 2016.

BRASIL, *Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3945.htm>. Acesso em 15 de julho de 2017.

BRASIL, *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 29 de abril de 2017.

BRASIL, *Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

BRASIL, *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em 09 de julho de 2017.

BRASIL, *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 26 de maio de 2016.

BRASIL, *Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm>. Acesso em 28 de julho de 2017.

BRASIL, *Lei n° 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

BRASIL, *Lei n° 11.284, de 2 de março de 2006*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

BRASIL, *Lei n° 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

BRASIL, *Medida Provisória n° 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de julho de 2017.

BRASIL, *Medida Provisória n° 2.126-11, de 26 de abril de 2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2126-11.htm>. Acesso em 08 de maio de 2017.

BRASIL, *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica*, Decreto No. 5.705 de 16 de fevereiro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

C&S INTERPATENTS. <<http://www.interpatents.com.br>>. Acesso em 22 de abril de 2016.

CALDAS, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de, *Patentes de produtos de origem biológica*, in PICARELLI, Márcia Flávia Santini, e ARANHA, Márcio Iorio (org.), *Política de patentes em saúde humana*, São Paulo, Atlas, 2001, pp. 70-87.

CASTREE, Noel, KITCHIN, Rob, ROGERS, Alisdair, *A Dictionary of Human Geography*, Oxford University Press, 2016.

CENTRO MUNDIAL DE MONITORAMENTO DA CONSERVAÇÃO, *What is Biotechnology?*. Disponível em <<https://www.unep-wcmc.org/about-us>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

CHEMICAL AND ENGINEERING NEWS, *The Three Biotechnologies*. Disponível em <<http://cen.acs.org/articles/84/i14/Three-Biotechnologies.html>>. Acesso em 15 de março de 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

COLÔMBIA, Ministério de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em <<http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=782:plantilla-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistematicos-57#normatividad>>. Acesso em 9 de setembro de 2017.

COMISSÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, setembro 2002, p. 80. Disponível em <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em <<https://cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>. Acesso em 09 de maio de 2017.

COMUNIDADE ANDINA, *Decision No. 391 establishing the Common Regime on Access to Genetic Resources*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=223610>. Acesso em 08 de julho de 2017.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. Disponível em <<http://cib.org.br>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA, *Glossário de Biotecnologia*. Disponível em <<http://cib.org.br/biotec-de-a-a-z/glossario/>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *COP 9 Decision IX/13*, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/13. Disponível em <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=11656>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *COP 10 Decision X/42, The Tkarihwaié:ri Code of Ethical Conduct to Ensure Respect for the Cultural and Intellectual Heritage of Indigenous and Local Communities*. Disponível em <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12308>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/text/articles/default.shtml?sec=abs-02>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

COSTA RICA, *Ley de Biodiversidad N° 7788 de 23 de abril de 1998*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126084>. Acesso em 12 julho de 2017.

CROSS, J. T., *Property Rights and Traditional Knowledge*, in Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 13, Issue 4, 2010, pp. 12-48.

CUNHA, Manuela Carneiro da, e ALMEIDA, Mauro W. B, *Populações tradicionais e conservação ambiental*, in CUNHA, Manuela Carneiro da, *Cultura com aspas e outros ensaios*, 2ª ed., São Paulo, Cosac Naify, 2014, pp. 277-300.

DEL, NERO, Patrícia Aurélio, *Biotecnologia – análise crítica do marco jurídico regulatório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

DEL NERO, Patrícia Aurélio, *Propriedade intelectual – a tutela jurídica da biotecnologia*, 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

DIEDRICH, Gislayne Fátima, *Genoma humano: Direito Internacional e legislação brasileira*, in SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Santos, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 214-232.

DIEGUES, Antônio Carlos (org.), ARRUDA, Rinaldo Sergio Vieira, DA SILVA, Viviane Capezzuto Ferreira, FIGOLS, Francisca Aida Barboza, e ANDRADE, Daniela, *Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil: os saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil*, São Paulo, Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, COBIO – Coordenadoria da Biodiversidade, NUPAUB – Núcleo de Pesquisas sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras – Universidade de São Paulo, 2000. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf>.

DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

DOMINGUES, Douglas Gabriel, *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

DUTFIELD, Graham, *TRIPS-related Aspects of Traditional Knowledge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 33, Issue 2, Spring 2001, pp. 233-276.

EQUADOR, *Código Orgánico del Ambiente*. Disponível em <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu167116.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

EQUADOR, *Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador*. Disponível em <<http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/06/Ley-que-protege-la-Biodiversidad-en-el-Ecuador.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

ERSTLING, Jay, *Using patents to protect traditional knowledge*, in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 15, issue 2, Spring 2009, pp. 295-334.

ETIÓPIA, *Access to Genetic Resources and Community Knowledge, and Community Rights Proclamation* No. 482/2006. Disponível em http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179080. Acesso em 24 de julho de 2017.

FOSTER, George M., *What is folk culture?*, in *American Anthropologist*, New York, 1953. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1953.55.2.02a00020/epdf>. Acesso em 30 de abril de 2017.

GHOSH, Shubha, *Globalization, Patents and Traditional Knowledge*, in *Columbia Journal of Asian Law*, Vol. 17, Issue 1, Fall 2003, pp. 73-120.

GHOSH, Shubha, *Reflection on the Traditional Knowledge Debate*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 2003, pp. 497-510.

GOLDIM, José Roberto, MATTE, Úrsula, *Projeto Genoma Humano (HUGO)*. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/genoma.htm> . Acesso em 04 de fevereiro de 2017.

HARRY, Debra, e KANEHE, Le'a Malia, *A RB no acesso e repartição de benefícios (ARB): questões críticas para povos indígenas*, in MATHIAS, Fernando, e NOVION, Henry de (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 161-177.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, *Carta de São Luís do Maranhão*. Disponível em <https://site-antigo.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=127>. Acesso em 10 de julho de 2017.

KAINGANG, Fernanda, *Conhecimentos Tradicionais e Circulação de Informação* in MATHIAS, Fernando, e NOVION, Henry de (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 41-48.

KANDEL, Eric R., *Thomas Hunt Morgan at Columbia University*. Disponível em <<http://www.columbia.edu/cu/alumni/Magazine/Legacies/Morgan/>>. Acesso em 10 de março de 2016.

LA VIÑA, Antonio G. M. e SAPIERA, Mylin, *Traditional Knowledge: Challenge to Intellectual Property Rights*, in *Philippine Law Journal*, Vol. 70, Issue 2, December 1995, pp. 140-186.

LAIRD, Sarah, e WYNBERG, Rachel, in UNEP, Secretariat of the Convention on Biological Diversity *Access and Benefit-sharing in practice: trends in partnerships across sectors*, Montréal, CBD Technical Series No. 38, 2008.

LAST, John M., *A Dictionary of Public Health*, Oxford University Press, 2007.

LAW, Jonathan, e MARTIN, Elizabeth A., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 7 ed., 2014.

MARKY, Thomas, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo, Saraiva, 8ed., 1995.

MARTIN, Elizabeth, e HINE, Robert, *A Dictionary of Biology*, Oxford University Press, 6 ed., 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Agenda 21*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em 29 de abril de 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Agenda 21 Global*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap26.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em 27 de março de 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biosseguranca/item/7513-conven%25C3%25A7%25C3%25A3o-sobre-diversidade-biol%25C3%25B3gica-cdb>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, *IX Conferência Ministerial da OMC (Bali, 2013)*. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/697-xi-conferencia-ministerial-da-omc-bali-2013>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

MONSANTO, *Biotecnologia*. Disponível em <<http://www.monsanto.com/global/br/produtos/pages/biotecnologia.aspx>>. Acesso em 19 de março de 2016.

NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA DO CENTRO BRASILEIRO DA ANÁLISE E PLANEJAMENTO, *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira*, Brasília, Série Pensando o Direito, coord. José Rodrigo Rodriguez, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Statistical Definition of Biotechnology*. Disponível em <<http://www.oecd.org/sti/biotech/statisticaldefinitionofbiotechnology.htm>>. Acesso em 19 de março de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/Res.2888 (XLVI-O/16). Disponível em <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Convenção n° 107 da OIT, de 05 de junho de 1957*. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos>>

%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf>. Acesso em 27 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Indigenous and Tribal Populations Convention*, 1957. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107>. Acesso em 27 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Annual Report (2009) of the Council for TRIPS*, IP/C/52, de 05 de novembro de 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Annual Report (2011) of the Council for TRIPS*, IP/C/59, de 07 de novembro de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Article 27.3(b) and the Legalization of Biopiracy: Trends, Impacts and Why it Needs to be Amended*, Communication from the Plurinational State of Bolivia, IP/C/W/554, de 26 de março de 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação dos Estados Unidos*, WT/GC/W288, de 04 de agosto de 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação apresentada por Bolívia, Colômbia, Equador, Nicarágua e Peru*, WT/GC/W/362, de 12 de outubro de 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Comunicação apresentada pelo Japão*, WT/GC/W/365, de 12 de outubro de 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Review of article 27.3(b)*, *Comunicação do Brasil*, IP/C/W/228, de 24 de novembro de 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Declaración Ministerial*, WT/MIN(05)/DEC, de 22 de dezembro de 2005. Disponível em <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/final_text_s.htm>. Acesso em 23 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Draft Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/W/1, de 14 de dezembro de 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Environment and TRIPS*, WT/CTE/W/8, de 8 de junho de 1995.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Follow-up Question posed by the United States*, IP/C/W/420/Add. 1, de 05 de março de 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Negociaciones, aplicación y labor del Consejo de los ADPIC*. Disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/brief_s/brief06_s.htm#geographical%20indications. Acesso em 23 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *El Paquete de Bali y las decisiones de noviembre de 2014*. Disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm#baliministerialdeclaration. Acesso em 23 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *The relationship between the TRIPS agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD)*, IP/C/W/420, de 02 de março de 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *Tenth WTO Ministerial Conference*. Disponível em https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/mc10_e.htm . Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, IP/C/W/356, de 24 de junho de 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *What are intellectual property rights?*. Disponível em <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intell_e.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*, International Depositary Authorities Under Article 7 of the Budapest Treaty. Disponível em <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/registration/budapest/pdf/idalist.pdf>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833>. Acesso em 03 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/genetic/>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Glossary*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html#49>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property and genetic resources: an overview*, WIPO/IP/GR/00/2, de 24 de março de 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Geneva, abril de 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, publication n° 920(E).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intellectual property, traditional knowledge and traditional cultural expressions/folklore: a guide of countries in transition*, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Thirteenth Session*. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_7.pdf. Acesso em 16 de maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, *La primera Conferencia Ministerial de la OMC*. Disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/min96_s.htm. Acesso em 23 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Matters Concerning the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Assemblies of Member States of WIPO Fifty-Seventh Session. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/pdf/igc_mandate_2018-2019.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>. Acesso em 27 de maio de 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Disponível em http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514. Acesso em 27 de maio de 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Patents*. Disponível em <<http://www.wipo.int/patents/en/>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Patent Expert Issues: Biotechnology*. Disponível em <<http://www.wipo.int/patents/en/topics/biotechnology.html>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Protecting Innovations by Utility Models*. Disponível em <http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/utility_models/utility_models.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Regulations under the Patent Cooperation Treaty*. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/texts/pdf/pct_regs.pdf>. Acesso em 2 de setembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Summary of the Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/registration/budapest/summary_budapest.html>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Summary of the Patent Law Treaty (PLT) (2000)*. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/plt/summary_plt.html>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Traditional Knowledge*. Disponível em <<http://www.wipo.int/tk/en/>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, *Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT)*. Disponível em

<<http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct.pdf>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, WIPO/BIOT/CE/I/2.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, WIPO/GRTKF/IC/34.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Agenda 21*. Disponível em <<https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>>. Acesso em 30 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *The Concept of Indigenous Peoples*, Department of Economic and Social Affairs, PFII/2004/WS.1/3.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007*. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 2 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007*. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDiGENAS.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/476, de 30 de julho de 1981. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_intro_1981_en.pdf> Acesso em 30 de maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6, de 20 de junho de 1982. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_v_en.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, de 30 de setembro de 1983. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_xxi_xxii_e.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA, *Genetic Resources*. Disponível em <<http://www.fao.org/genetic-resources/es/?%2525EF%2525BF%2525BDy0%252507=>>>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017.

PANAMÁ, *Law No. 20 of June 26, 2000, on Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177308>. Acesso em 23 de julho de 2017.

PARK, Chris, e ALLABY, Michael, *Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford University Press, 3.ed, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

PERU, *Ley n° 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Disponível em <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

PERU, *Ley n° 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.* Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129335>. Acesso em 23 de julho de 2017.

PETERSON, Kristin, *Benefit Sharing for All?: Bioprospecting NGOs, Intellectual Property Rights, New Governmentalities*, in *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, Vol. 24, Issue 1, 2001, pp. 78-91.

PIMENTEL, Luiz Otávio, e DEL NERO, Patrícia Aurélio, *A OMC, a propriedade intelectual e a biotecnologia*, in DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.), *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 443-465.

PORTUGAL, *Decreto-Lei n° 118/2002 de 20 de Abril (Material vegetal autóctone)*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181397>. Acesso em 23 de julho de 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE, *Who We Are*. Disponível em <<http://web.unep.org/about/who-we-are/overview>>. Acesso em 21 de abril de 2017.

QUÊNIA, *The Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Act, 2016*. Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=415121>. Acesso em 24 de julho de 2017.

RAGAVAN, Srividhya, *Protection of traditional knowledge*, in *Minnesota Intellectual Property Review*, Vol. 2, Issue 2, 2001, pp. 1-60.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *Manual de biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

SANTILLI, Juliana, *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*, in Platiau, Ana Flávia

Barros e Varella, Marcelo Dias, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 341-369.

SANTILLI, Juliana, *Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos*, in MATHIAS, Fernando, e NOVION, Henry de (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 83-100.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Disponível em <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2017.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*. Disponível em <<https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Introdução ao acesso e repartição de benefícios*, trad. Carlos Potiara Castro, 2012. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/print/brochure-pt.pdf>> . Acesso em 19 de novembro de 2016.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>> . Acesso em 13 de setembro de 2017.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, *Uso dos recursos genéticos*, trad. Carlos Potiara Castro, 2012. Disponível em <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-uses-pt.pdf>> . Acesso em 19 de novembro de 2016.

SHIVA, Vandana, *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Petrópolis, Editora Vozes, 2001.

SILVEIRA, Clóvis, *Seminário de biotecnologia: proteção e regulamentação*, São Paulo, C&S InterPatents, 1995. Disponível em <http://interpatentes.com.br/pdfs/csilveira_biotecnologia.pdf>. Acesso em 19 de março de 2016.

SILVEIRA, José Maria Ferreira Jardim da, BORGES, Izaias de carvalho, BUAINAIN, Antonio Marcio, *Biotecnologia e agricultura da ciência e tecnologia aos impactos da inovação*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000200009>. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

SILVEIRA, Newton, *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares*, 3^a ed., Barueri, Manole, 2005.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton, *A propriedade industrial em face do conhecimento tradicional associado à biodiversidade*, Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2007.

UETELA, Marta A., *Conhecimento tradicional/nativo, medicina tradicional e direitos humanos: analisando dois contextos – Brasil e Moçambique*, in MATHIAS, Fernando, e NOVION, Henry de (org.), *As encruzilhadas das modernidades: debates sobre biodiversidade, tecnociência e cultura*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, pp. 101-113.

UNIÃO EUROPEIA, *Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*. Disponível em

<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126957>. Acesso em 17 de dezembro de 2017.

UNIÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DAS VARIEDADES VEGETAIS. Disponível em <<http://www.upov.int/portal/index.html.en>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Bio-Cultural Community Protocols: a community approach to ensuring the integrity of environmental law and policy*, S. DUNLOP (org.), 2009.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities: implementation of Article 8(j)*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 3rd meeting, 1996, Buenos Aires, Argentina, UNEP/CBD/COP/3/19, 18 de setembro de 1996.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Report of the panel of experts on access and benefit-sharing*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 5th meeting, Nairobi, may 2000, UNEP/CBD/COP/5/8, de 2 de novembro de 1999.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Report of the Ad-Hoc Open-Ended Intersessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions of the Conventions on Biological Diversity on the Work of Its Second Meeting*, Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, UNEP/CBD/COP/6/7, 14 de fevereiro de 2002.

VISSER, Coenraad, *Biodiversity, Bioprospecting, and Biopiracy: a Prior Informed Consent Requirement for Patents*, in South African Mercantile Law Journal, Vol. 18, Issue 4, 2006, pp. 497-507.

VON LEWINSKI, Silke, *Commentary on Traditional Knowledge*, in International Intellectual Property Law & Policy, Vol. 7, pp. 77-1-77-6.

YOSHINO, André Motoharu, ALVES, Pedro Cordelli, e SOARES, Ricardo Kanashiro Syuffi, *A ética, a bioética, o biodireito e os limites da ciência – organismos geneticamente*

modificados (OGM), respeito à dignidade humana e aspectos da propriedade intelectual,
Rio de Janeiro, Revista Forense, vol. 416, 2012, pp. 43-67.