

VITOR HENRIQUE PINTO IDO

Conhecimentos Tradicionais na Economia Global

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Calixto Salomão Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

VITOR HENRIQUE PINTO IDO

Conhecimentos Tradicionais na Economia Global

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direitos Humanos (DHU) - Direito e exclusão social na história: Aspectos jurídicos e filosóficos, sob a orientação do Prof. Titular Calixto Salomão Filho.

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

Ido, Vitor Henrique Pinto

Conhecimentos Tradicionais na Economia Global / Vitor Henrique Pinto
Ido ; orientador Calixto Salomão Filho – São Paulo, 2017.

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

1. Conhecimentos Tradicionais. 2. Povos Indígenas. 3. Propriedade
Intelectual. 4. Antropologia Jurídica. 5. Direito Transnacional. I. Salomão
Filho, Calixto, orient. II. Título.

PERGUNTAS DE UM TRABALHADOR QUE LÊ

Bertold Brecht

Quem construiu Tebas, a cidade das sete portas?
Nos livros estão nomes de reis;
os reis carregaram pedras?
E Babilônia, tantas vezes destruída,
quem a reconstruía sempre? Em que casas
da dourada Lima viviam aqueles que a edificaram?
No dia em que a Muralha da China ficou pronta,
para onde foram os pedreiros?
A grande Roma está cheia de arcos-do-triunfo:
quem os erigiu? Quem eram
aqueles que foram vencidos pelos césaes? Bizâncio, tão famosa,
tinha somente palácios para seus moradores? Na legendária Atlântida,
quando o mar a engoliu, os afogados continuaram
a dar ordens a seus escravos.
O jovem Alexandre conquistou a Índia.
Sozinho?
César ocupou a Gália.
Não estava com ele nem mesmo um cozinheiro?
Felipe da Espanha chorou quando sua frota
naufragou. Foi o único a chorar?
Frederico Segundo venceu a guerra dos sete anos.
Quem partilhou da vitória?
A cada página uma vitória.
Quem preparava os banquetes comemorativos?
A cada dez anos um grande homem.
Quem pagava as despesas?
Tantas informações. Tantas questões.

*Dedico esta dissertação à minha avó, Dinair (in memoriam),
por ser a reposta a algumas dessas questões.*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

A2K: Access to Knowledge
ACP: Ação Civil Pública
Acordo TRIPS: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARB: Acesso e Repartição de Benefícios
ASEAN: Association of Southeast Asian Nations
CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDB: Convenção da Diversidade Biológica
CFRB: Constituição Federal da República Federativa do Brasil
CGEN: Conselho Gestor do Patrimônio Genético
CNPq: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
COICA - Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica
COP: Conferência das Partes
CPI: Comissão Pró-Índio
CPLI: Consentimento Prévio, Livre e Informado
CPR: Common Pool Resources
CT: Conhecimentos Tradicionais
CTA: Conhecimentos Tradicionais Associados
DNUPI: Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas
DPI: Direitos de propriedade intelectual
ECT: Expressões Culturais Tradicionais
Embrapa: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
ETK: Ecological Traditional Knowledge
FAO: Food and Agriculture Organization of the United Nations
FDUSP: Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo
FFLCH/USP: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo
FNRB: Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios
FSM: Fórum Social Mundial
FUNAI: Fundação Nacional do Índio
Ibama: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

Iepé: Instituto de Pesquisa e Formação Indígena
IG: Indicações Geográficas
IGC/WIPO: Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore
INBio: Instituto Nacional de Biodiversidad
INBRAPI: Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual
IPHAN: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
ISA: Instituto Socioambiental
LPI: Lei de Propriedade Industrial
MMA: Ministério do Meio Ambiente
MP: Medida Provisória
MPF: Ministério Público Federal
NIH: National Institute of Health
NIT: Núcleo de Inovação Tecnológica
OAB: Ordem dos Advogados do Brasil
OIT: Organização Internacional do Trabalho
OMC: Organização Mundial do Comércio
OMPI: Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS: Organização Mundial da Saúde
ONG: Organização Não Governamental
ONU: Organização das Nações Unidas
P&D: Pesquisa e Desenvolvimento
PL: Projeto de Lei
SISGen: Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético
SPI: Serviço de Proteção aos Índios
TIRFAA: Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura
TKDL: Traditional Knowledge Digital Library
TMA: Termos Mutuamente Acordados
UNCTAD: Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNESCO: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNIFESP: Universidade Federal de São Paulo
UPOV: International Union for the Protection of New Varieties of Plants
USPTO: United States Patent and Trade Office

LISTA DE QUADROS E ANEXOS

QUADRO 1 – BIOCOLONIALISMO	44
QUADRO 2 - MODALIDADES DE ARRANJOS CONTRATUAIS NO ACESSO A CT	93
QUADRO 3 – PRINCIPAIS DEVERES DAS EMPRESAS E CT	111
QUADRO 4 – DIMENSÕES EM JOGO NO KAMPÔ	134
QUADRO 5 – CONCEITO DE PESSOA	152
ANEXO 1 – USO DE CT POR SETOR INDUSTRIAL	195

RESUMO

IDO, V. H. P. **Conhecimentos Tradicionais na Economia Global**. 2017. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Conhecimentos Tradicionais (CT) é um tema de crescente preocupação: de um lado, o conhecimento enquanto ativo comercial – em geral protegido por direitos de propriedade intelectual – tem se tornado crucial para a economia global; de outro, povos indígenas e outras minorias lutam pelo reconhecimento e respeito de seus direitos. Dentre eles, a proteção de expressões culturais tradicionais (ECT) e CT associados a recursos genéticos contra apropriação indevida e biopirataria. Diversas arenas internacionais lidaram com esta questão e, no nível doméstico, muitos países (tais quais o Brasil) promulgaram leis específicas. A hipótese deste trabalho defende, entretanto, que esta particular ordem jurídica fragmentada criou “buracos negros regulatórios” e, portanto, intensifica o processo de mercantilização de culturas. Primeiramente, realizo o mapeamento das bases do regime jurídico internacional, sobretudo nos anos 1990: biodiversidade (Convenção da Diversidade Biológica), propriedade intelectual (TRIPS/OMC) e direitos humanos (OIT 169; UNESCO). A seguir, sua multiplicação de arenas e complexificação temática do debate nos anos 2000 para além das organizações internacionais: contratos, códigos de ética e bancos de dados tornaram-se comuns, assim como o número de casos malsucedidos. A proposta de um tratado internacional junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) é pouco frutífera, e a responsabilidade empresarial é em geral esquecida. Então, inspirado na ideia de fricções de Anna Tsing (2005), contrasto tais dados com a realidade do caso brasileiro e as práticas efetivamente realizadas conjuntamente por povos indígenas, comunidades tradicionais e ONGs socioambientais no Brasil, que enfocam soluções muito pragmáticas de ordem procedimental, rejeitando definições ontológicas, tais como protocolos comunitários. Além de estudos de caso empíricos, esta pesquisa sócio-jurídica é ainda baseada em estudos antropológicos que desconstruem as categorias sobre as quais a regulação está estruturada, como “autoria”, “autenticidade”, “sujeito de direito” e “política”. Com elas em mente, propõe-se a descrição de que forma uma “propriedade intelectual indígena” assumiria, e que lições ela traria ao debate ocidental. A conclusão descreve os paradoxos dos usos dos direitos de povos tradicionais, que protegem ao mesmo tempo em que limitam, e o papel desses grupos na construção de um direito transnacional contemporâneo. Ao final, um balanço das propostas existentes em busca da alternativa que seja simultaneamente adequada a tratar CT como ativos valiosos para a inovação e o desenvolvimento socioeconômico no Sul Global, e para o necessário respeito a seus detentores de uma forma estrutural, não etnocêntrica e pós-colonial.

ABSTRACT

IDO, V. H. P. Traditional Knowledge in the Global Economy.

Traditional Knowledge (TK) is a matter of increasing concern: on one hand, knowledge assets, mostly protected by intellectual property rights, have become crucial to the global economy; on the other hand, indigenous peoples and other minorities have struggled to have their rights recognized and respected, which includes the protection of their traditional cultural expressions (TCE) and TK associated to genetic resources against misappropriation and biopiracy. Several international arenas have since addressed the issue and, on the domestic level, many countries (such as Brazil) have enacted specific laws. This research's hypothesis sustains, however, this particular fragmented legal order has created “regulatory black holes”, and thus intensifies the general process of commodification of cultures. I firstly map the foundations of international legal regime in the 1990s: biodiversity (Convention on Biological Diversity), intellectual property (TRIPS/WTO), and human rights (ILO 169; UNESCO). I then map the multiplication of arenas and its thematic development in the 2000s beyond international organizations: contracts, ethic codes, and databases became widespread, as much as unsuccessful cases. WIPO's proposal of an international treaty is distant, corporate social responsibility is usually forgotten. Therefore, inspired by Anna Tsing's frictions (2005), I contrast these findings to the reality of the Brazilian case and the effective practices jointly undertaken by indigenous peoples, traditional communities, and socioenvironmental NGOs in Brazil, who focus instead on very pragmatic procedural solutions to protect their TK (such as community protocols), refusing any ontological definition. Besides empirical case studies, this socio-legal research is further based on anthropological writings deconstructing the categories upon which regulation is based, such as “authorship”, “authority”, “subject of rights”, and “politics”. Bearing this in mind, I propose a description of what form an “indigenous intellectual property” would take, and which lessons would it bring to Western debate. The conclusion aims to describe the paradoxes concerning the use of traditional peoples' rights, which protect and limit at the same time, and these groups' role in the construction of a contemporary transnational law. At the very end, I offer an analysis of existing regulatory approaches in search of one that is both adequate to TK's role as valuable assets to innovation and socioeconomic development in the Global South, and to the much needed respect of its holders through a structural, non-ethnocentric, and post-colonial approach.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é resultado de um percurso que envolveu inúmeras pessoas, as quais não mediram esforços para escutar, discutir, criticar e, sobretudo, apoiar as andanças e reflexões destes últimos anos. Àqueles que efetivamente acreditam no projeto de um mundo baseado na tolerância e no compartilhamento, a trajetória desta pesquisa – tanto quanto ou mais que seu conteúdo – é a maior prova de que vale a pena insistir. A lista deveria ser mais longa; o espaço e a memória infelizmente não permitem.

De início, agradeço a meus pais, Rosana e Carlos, pelo apoio e amor incondicionais, e por realmente acreditarem em relações igualitárias e plurais. A toda a família, e em especial minha avó Sizuia, por me ouvir longamente e achar que, na dúvida, é sempre melhor seguir em frente. À família de Belém, por me receber tão bem. Agradeço a meu orientador, prof. Calixto Salomão Filho, pela confiança e pela perspectiva sempre crítica e comprometida com a transformação social. Esta pesquisa não teria sido possível sem as contribuições da prof. Dominique T. Gallois, que literalmente apresentou um mundo novo. Também foram cruciais os aportes das professoras Sheila C. Neder Cerezetti, Juliana Krueger Pela e dos professores Samuel Barbosa e José Marcelo Martins Proença. Na banca de qualificação, o prof. Pedro de Niemeyer Cesarino fez comentários mais do que valiosos. Muitos outros professores foram essenciais nos últimos anos, no Direito e nas Ciências Sociais: Fernanda Arêas Peixoto, Renato Sztutman, João Felipe Gonçalves, Bianca Freire-Medeiros, Álvaro Comin, Lília Schwarcz, Ricardo Musse, Rúrion Melo, Marina Vanzolini, Jean Tible, Michelle Ratton, Alessandro Octaviani, Orlando Villas-Boas Filho, Fernando Haddad, para citar apenas alguns. Muitas ideias e oportunidades novas foram proporcionadas pela experiência no Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação – GEPI da Escola de Direito da FGV/SP. Agradeço a todos os amigos na figura do prof. Alexandre Pacheco. Argumentos e ideias da dissertação foram apresentados no 3rd Thematic Conference on Knowledge Commons, de 20 a 22 de outubro de 2016, em Paris, no II Seminário Pós-Colonialismo, Pensamento Descolonial e Direitos Humanos, em São Leopoldo, nos dias 25 e 26 de abril de 2017, no International Meeting on Law and Society, na Cidade do México, de 20 a 23 de junho, e no V Encontro Nacional de Antropologia do Direito – ENADIR, em São Paulo, de 28 a 31 de agosto do mesmo ano. Agradeço a todos os comentários e sugestões recebidos.

Os amigos, não precisaria dizer, são a outra base desta caminhada de inúmeras idas e vindas. Nesta reta final, não haveria resultado algum sem a ajuda de Larissa Barreto, Raissa Belintani, Taís Chartouni, Julia Chao, Renata Elias, Bruna Trevelin, Maya Isogai, Fabio Ando e Alessandra Forgioni. Não poderia também deixar de citar alguns que discutiram a dissertação do começo ao fim: Matheus Falcão, Talitha Saez, Vinícius Mendes, Ricardo Mil-Homens, Giovana Teodoro, Lívia Batista, Fernanda Seidel. Todos os funcionários das Bibliotecas da FDUSP, da FFLCH e da FEA ajudaram muito, e é preciso também ser grato a todos os demais que fazem o sistema funcionar, da limpeza à segurança, tão importantes quanto os demais, embora nem sempre lembrados. Por fim, agradeço ao Fundo Sasakawa de Bolsas para Jovens Líderes, pela bolsa de pesquisa, indispensável para este trabalho, e à Universidade de São Paulo, pela educação pública, de qualidade e gratuita.

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS NA ECONOMIA GLOBAL

Lista de Siglas e Abreviaturas.....	3
Lista de Quadros e Anexos.....	5
Resumo.....	6
Abstract.....	7
Agradecimentos.....	8
Prólogo – O Papel do Tû-Tû no Mundo dos Nacirema.....	12
Parte I – Mapeamento dos Conhecimentos Tradicionais na Economia Global.....	14
1. Introdução.....	16
Panorama Geral dos Conhecimentos Tradicionais.....	16
1.1. Estrutura do Trabalho.....	19
1.2. Usos e sentidos da expressão “conhecimentos tradicionais”.....	20
1.2.1. Primeiras críticas à classificação: natureza, cultura, técnica, arte.....	22
1.2.2. Conhecimentos tradicionais: expressão a ser repensada “de dentro”.....	26
1.3. Aspectos Metodológicos: Técnicas e Pressupostos de uma Pesquisa Interdisciplinar.....	27
1.3.1. Uma Perspectiva de Crítica Estrutural do Direito.....	28
1.3.2. Antropologia e Direito: Estratégias para a Pesquisa Jurídica.....	32
2. Neocolonialismo e Subdesenvolvimento: Esboços da Agenda Internacional.....	36
2.1 A Invenção dos Conhecimentos Tradicionais e Suas Permanências.....	36
2.2. O Lugar dos CT na Economia Global Contemporânea.....	39
2.2.1. A Visão Cética: Mercantilização de Culturas e Biocolonialismo.....	39
2.2.2. A Visão Otimista: Biotecnologia e Descolonialidade.....	42
2.3. Novas apropriações ou novas oportunidades?.....	45
3. As Bases do Regime Internacional: Biodiversidade, Propriedade Intelectual e Direitos Humanos.....	49
3.1. Biodiversidade.....	50
3.1.1. Convenção da Diversidade Biológica (1992).....	50
3.1.1.1. Desenvolvimento sustentável e seus críticos.....	52
3.1.1.2. Conservação in situ (artigo 8j) e o papel das comunidades tradicionais.....	53
3.1.1.3. Acesso e repartição de benefícios (ARB).....	55
3.1.1.4. Do domínio público às comunidades detentoras.....	56
3.1.1.5. Resumo: Principais Aspectos da Proteção Jurídica a CT pela CDB.....	57
3.1.2. Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (FAO, 2001).....	58
3.2. Propriedade Intelectual.....	59

3.2.1. TRIPS/OMC (1994).....	59
3.2.1.1. Propriedade Intelectual como Forma de Biopirataria.....	61
3.2.1.2. Uso de Propriedade Intelectual para Proteção dos CT.....	65
3.2.2. CT e Acesso ao Conhecimento: Inversão do Debate sobre PI.....	67
3.3. Direitos Humanos.....	70
3.3.1. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (UNESCO, 2003).....	70
3.3.2. Direitos Humanos dos Povos Indígenas – Convenção OIT 169 (1989): Autonomia, Autodeterminação e Diferença.....	72
3.3.2.1. Consentimento Prévio, Livre e Informado (CPLI).....	73
3.3.3. Espaços Globais Contra Hegemônicos: Declarações Indígenas, Fórum Social Mundial, Cúpula dos Povos, etc.....	74
3.4. Notas sobre a Interação Transnacional: Complexidade e Fragmentação.....	75
4. Complexidade e Fragmentação: Multiplicação de Arenas e Estratégias nos anos 2000: 78	
4.1. Desdobramentos Internacionais.....	78
4.1.1. A Crise da Propriedade Intelectual e a Declaração de Doha (2001).....	79
4.1.2. Declaração da ONU dos Direitos dos Povos Indígenas (2007).....	81
4.1.3. Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios (2010): “Obra-Prima de Ambiguidade”.....	83
4.2. Legislações Nacionais e Políticas Regionais.....	85
4.3. A Guinada Procedimental: responsabilidade, contratos e protocolos.....	89
4.3.1. Contratos e Repartição de Benefícios.....	91
4.3.2. Códigos de Ética e Compliance.....	95
4.3.3. Bases de Dados.....	95
4.3.4. Protocolos Comunitários.....	98
4.3.5. Certificados e Etiquetas (Labels).....	99
4.4. Tratado internacional de CT (OMPI).....	100
4.4.1. Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (Organização Mundial da Propriedade Intelectual/OMPI, 2000).....	100
4.4.2. Estado das Discussões.....	102
4.5. Responsabilidade Social Corporativa e Deveres das Empresas.....	105
Parte II – Povos Tradicionais e Regulação Jurídica:	
No Limite de uma Certa Linguagem.....	114
5. Regime Jurídico dos CT no Brasil e seus Limites.....	116
5.1. Biodiversidade: Lei do Patrimônio Genético Nacional (Lei 13.123/2015).....	120
5.1.1. O Caso Kampô.....	130
5.2. Direitos dos Povos Indígenas no Brasil.....	133
5.2.1. Definição de Comunidades Tradicionais no Brasil.....	135
5.2.2. Direitos Intelectuais Coletivos.....	138

5.2.3. Autonomia Subversiva: Povos Tradicionais, Arbitragem e Teoria da Aparência	139
5.2.4. O caso das águas de cheiro do Ver-o-Peso, Belém	142
5.3. Propriedade Intelectual	145
5.4. Outros Instrumentos de Direito Privado	147
5.5. Conclusão Parcial	147
6. Para Além dos Limites: A Propriedade Intelectual Indígena	149
6.1. Imagem, Personalidade, Sagrado	150
6.2. Sujeito de Direito, Personalidade Jurídica	154
6.3. Política Ameríndia e Política dos Brancos: Associações e Protocolos	158
6.4. Propriedade Intelectual Indígena	162
6.5. Lições Ameríndias à Propriedade Intelectual	168
6.5.1. Autenticidade e Falsidade	168
6.5.2. Autoria e Autoridade	170
6.5.3. Criatividade, Inovação e Acesso ao Conhecimento	172
6.6. Conclusão Parcial	174
7. Conclusão – Entre Indigenização do Direito e Mercantilização de Culturas	178
7.1. Os Paradoxos dos Direitos dos Povos Tradicionais	181
7.2. Povos Tradicionais na Construção do Direito Transnacional	185
7.3. Um Último Balanço das Propostas Regulatórias	190
Breves Reflexões Finais: Direito e Transformação	196
Anexo 1 – Uso de CT por Setor Industrial	199
Referências Bibliográficas	201

PRÓLOGO

O PAPEL DO TÛ-TÛ NO MUNDO DOS NACIREMA

No ano de 1951, o jurista Alf Ross publicou um artigo intitulado “Tû-Tû”. Baseou-se na pesquisa do antropólogo Meugin sobre a tribo Aisat-naf, moradora das ilhas Oasuli do Pacífico Sul e “um dos povos mais primitivos que se pode encontrar no mundo”¹. O autor defende que se pode compreender o que é *tû-tû* a partir de alguns casos reais. Por exemplo, a violação de determinado tabu ou comer indevidamente a comida do chefe tribal são cenários que fazem surgir um *tû-tû* e/ou colocar o indivíduo em situação de *tû-tû*.

Cético, Ross afirmou categoricamente que “a tribo Aisat-naf vive na mais escura superstição”², e que “*Tû-tû*, por óbvio, não é nada, é uma palavra desprovida de qualquer significado”³. Ainda assim, reconhece que a expressão exercia naquela sociedade uma relevante função na linguagem cotidiana: com ela, podia-se prescrever, descrever, expressar ordens, criar regras ou mesmo fazer afirmações sobre fatos. Desta forma, por meio de *tû-tû*, os Aisat-naf estipulavam seus direitos e obrigações e, embora sem significado palatável, o misterioso conceito era da maior importância.

Na América do Norte, os Nacirema apresentavam características igualmente curiosas. Em 1956, o antropólogo Horace Miner etnografou os hábitos peculiares da tribo, que, segundo o autor, demonstrava os “limites a que pode chegar o comportamento humano”⁴. Os Nacirema acreditavam na curiosa ideia de que o “corpo humano é feio e sua tendência natural é a debilidade e a doença”⁵ e se envolviam em todo tipo de rituais e cerimônias na esperança de combater tal destino. Dentre eles, havia os vários altares de cada família, os quais contavam com caixas em que eram guardadas as mais variadas magias e poções, muitas das quais se costumava esquecer até mesmo para que servissem.

Submetiam-se a rituais agressivos nos *latipsoh*, uma espécie de templo-instituição, buscando curas: exorcizavam as bocas em rituais com instrumentos torturantes

1 ROSS, Alf. **Tû-tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004 [1951], p. 13.

2 Ibid., p. 14.

3 Ibid., p. 14.

4 MINER, Horace. **Body Ritual Among the Nacirema**. American Anthropologist, vol 58, 1956, p. 503-507.

5 Ibid.

e tinham até intensas cerimônias para engordar ou emagrecer, aumentar ou diminuir os seios das mulheres. Nas palavras de Miner, eram um “povo tomado pela magia”⁶, fazendo-o se questionar como conseguiram sobreviver tendo se imposto tantos fardos.

Tive contato com ambos os textos logo no início dos cursos de graduação em que ingressei. *Tû-tû* me mostrou que grande mistério da vida humana é o direito, este saber prático que pode ser supostamente tão transformador quanto é dominador. Os Nacirema, por sua vez, me lembraram do quanto o “outro” pode ser muito familiar. Encontrei nesta coincidência um ponto de conexão entre direito e antropologia e, de certa forma, a origem da grande reflexão que motivou esta pesquisa.

Como fazer a mediação entre diferentes modos de vida, outros direitos? “Nossas” próprias ideias permearam e legitimaram projetos coloniais ao longo dos séculos XIX e XX. Mais recentemente, promoveram políticas e fizeram importar ideias e modelos jurídicos ao “Terceiro Mundo”. Podem não ter sido o objetivo dos pesquisadores e das pessoas envolvidos, mas esta zona de fronteira entre boas intenções e consequências inesperadas acompanha a história das duas disciplinas, e é preciso reconhecê-la.

Tratar de outros regimes de conhecimento exige questionar a validade de nossas próprias categorias e apontar que o direito não é universal nem desprovido de tempo e espaço. Isto pode soar óbvio, mas é surpreendentemente difícil. Nessa perspectiva, direito e antropologia defrontam-se, sob óticas distintas, com problemas similares: a racionalidade humana, as formas de validação política e social dos modos de conhecer, a dominação econômica que persiste na história e, ao final de tudo, as estratégias de resistência e luta dos afetados por estas estruturas.

Como *Aisat-naf* é uma *Fantasia*, como *tû-tû* se refere às ideias de “direito subjetivo” e “dever”, como a tribo dos Nacirema nada mais é do que a tribo dos *American*, esta dissertação propõe um exercício intelectual para fazer pensar, afinal, no que consiste o papel do *tû-tû* no mundo dos *Nacirema*.

⁶ Ibid.

PARTE I

MAPEAMENTO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS NA ECONOMIA GLOBAL



Diego Rivera. **El Hombre Controlador del Universo** ou
Hombre en el Cruce de Caminos. 1939.

1. INTRODUÇÃO

PANORAMA GERAL DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

“En refusant l'humanité à ceux qui apparaissent comme les plus « sauvages » ou « barbares » de ses représentants, on ne fait que leur emprunter une de leurs attitudes typiques. Le barbare, c'est d'abord l'homme qui croit à la barbarie”⁷. (Claude Lévi-Strauss, *Race et Histoire*, 1952).

No ano de 1995, o Patent Trade Office norte-americano (USPTO) concedeu uma patente⁸ sobre o uso do turmérico (*Curcuma longa*), uma planta amplamente utilizada no Sul da Ásia para fins medicinais e alimentícios. A descoberta da concessão gerou uma forte reação do governo indiano esta acabou sendo foi anulada em 1997 por se reconhecer que não atendia ao requisito da novidade⁹. Anos mais tarde, organizações não-governamentais brasileiras¹⁰ moveram a campanha “O Cupuaçu é Nosso”, e conseguiram anular a exclusividade que a empresa Asahi Foods possuía no Japão sobre o “Cupulate”, um produto patenteado pela Embrapa no Brasil em 1989¹¹.

Ainda em território brasileiro, um famoso designer e arquiteto nacional baseou-se na arte gráfica kusiwa dos índios Wajãpi, registrada em um livro, e criou um papel de parede “étnico”. A reação da comunidade indígena foi de imenso descontentamento. Em 2015, índios Guarani do Paraguai demandaram, por meio de uma grande mobilização internacional, direitos sobre o Stevia, o adoçante natural baseado em uma planta local e levado para a Suíça ainda no século XIX, atualmente usado por diversas empresas transnacionais¹².

7 Em livre tradução: “Recusando humanidade àqueles que aparecem como os mais “selvagens” ou “bárbaros” de seus representantes, não fazemos senão tomar emprestado uma de suas atitudes típicas. O bárbaro é primeiramente o homem que crê na barbárie”.

8 U.S. Patent 5,401,504, baseada em “promoting healing of a wound by administering Turmeric to a patient afflicted with the wound”, tendo como titular o Centro Médico da Universidade de Mississippi.

9 O Council of Scientific and Industrial Research (CSIR) da Índia fez uma oposição ao pedido de patente em 1996 (USPTO Reexam. No. 90/004,433, Oct. 28, 1996). Considerou-se que o turmérico estava no “estado da técnica”.

10 Cf. BBC Brasil: **Ativistas tentam barrar patente de produto do cupuaçu na Europa**, 27 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2003/10/031027_cupuacuac.shtml

11 Posteriormente, houve também o cancelamento da marca “Cupuaçu” que a mesma empresa detinha, também no Japão. Ademais, patentes sobre o cupuaçu também existiam no Reino Unido, nos Estados Unidos, na União Europeia e na OMPI: cf. <http://www.amazonlink.org/biopirataria/cupuacu.htm>

12 O Stevia é um adoçante de origem vegetal com baixa quantidade calórica e altíssima capacidade de adoçar, usado por empresas como Nestlé e Coca-Cola. O Stevia vem de uma planta nativa do Paraguai e do Brasil Central, e tem origem no CT dos índios Guarani, que já a utilizavam com propriedades adoçantes. A planta foi levada pela primeira vez para a Suíça ainda no século XIX, onde permaneceu relativamente desconhecida. Embora continue a ser vendido como um adoçante natural, a maior parte do Stevia

Casos como estes são registrados nos mais variados lugares do mundo e levantam questionamentos éticos, políticos e jurídicos sobre o que se pode/deve ou não empregar em pesquisas acadêmicas e produtos destinados aos mercados. “Biopirataria” e “apropriação indevida” são algumas das expressões usadas para descrever o fenômeno¹³.

Esta pesquisa tem por tema a regulação jurídico-institucional desses assim chamados conhecimentos tradicionais (CT) no bojo da economia global¹⁴. Questiona que papel o direito tem ou deixa de ter na intensificação/contenção do processo mais amplo que pode ser descrito – não sem críticas – como mercantilização de culturas¹⁵.

CT são um tema discutido em várias esferas internacionais com enfoques distintos, dentre as quais se destacam a Convenção para a Proteção da Biodiversidade (CDB, 1992), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), a Organização Mundial do Comércio (OMC) por meio do Acordo TRIPS¹⁶ e a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (DNUPI, 2007), entre outros. Também houve debates em espaços não ligados ao Sistema ONU, tais quais o Fórum Social Mundial (FSM) e em múltiplos locais de discussão de povos indígenas e minorias étnicas ao longo das últimas décadas.

Apesar da multiplicidade de arenas, pode-se afirmar que há um consenso global de que os CT devem ser protegidos e que, quando utilizados por outrem, seus

comercializado nos mercados globais é de origem 100% sintética. Berne Declaration, CEIRAD, Misereor, Pro Stevia Switzerland, SUNU & University of Hohenheim. **“The Bitter Sweet of Stevia: Commercialisation of Stevia-derived sweeteners by violating the rights of indigenous peoples, misleading marketing and controversial SynBio production”**. Novembro de 2015. Disponível em: https://www.publiceye.ch/fileadmin/files/documents/Biodiversitaet/BD_STEVIA_REPORT_EN.pdf

13 Graham Dutfeld define biopirataria em dois sentidos: “(i) the theft, misappropriation of, or unfair free-riding on, genetic resources and/or traditional knowledge through the patent system; and (ii) the unauthorized and uncompensated collection for commercial ends of genetic resources and/or traditional knowledge”. DUTFIELD, Graham. **Should we Protect Turmeric Lattes?** In: ROBINSON, Daniel F., ABDEL-LATIF, Ahmed & ROFFE, Pedro (orgs.). *Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Londres e Nova York: Routledge, 2017 p. 333.

14 A expressão economia global não pressupõe assumir uma perspectiva economicista. Pelo contrário, prevê articular economia, política e direito. cf. GALLAGHER, Kevin. **The Clash of Globalizations: Essays on the Political Economy of Trade and Development Policy**. New York: Anthem Press, 2013; RAVENHILL, John (org.). **Global Political Economy**. 3a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011; OATLEY, Thomas. **International Political Economy: Interest and Institutions in the Global Economy**. 5a ed. London: Pearson Longman, 2012.

15 De modo simples, CT convertem-se todos, em suas variadas formas e manifestações, em ativos comerciais. Tornados mercadoria, CT passam a compor cadeias globais de produção da economia global.

16 Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

detentores – os povos tradicionais – devem ser adequadamente compensados/remunerados, mesmo nos casos em que tenham sido empregados em prol do interesse público. Questão distinta e bastante polêmica é como e de que forma a retribuição deve se dar, com propostas que variam entre *royalties*, indenizações ou participação nos lucros, entre outras.

Nos âmbitos nacionais, muitos países contam hoje com legislações específicas para a proteção de CT. A maioria aponta a uma relação positiva com a preservação da biodiversidade; já na ausência de lei, patentes, marcas, indicações geográficas e outros institutos de direitos de propriedade intelectual (DPI) são empregados, o que lhes confere lugar privilegiado na discussão¹⁷. As noções de patrimônio histórico, patrimônio cultural e patrimônio imaterial também relacionam-se à disciplina jurídica¹⁸ e, por sua vez, instrumentos privados como contratos e pedidos de indenização são comuns. Portanto, as formas e as estratégias de criação de instituições e procedimentos a disciplinar os CT variam amplamente.

Trabalha-se com a hipótese sócio-jurídica de que a regulação dos CT é complexa, fragmentada e cria “buracos negros” não-regulados. Ou seja, o direito¹⁹ cria espaços juridicamente construídos que se situam nos limites da licitude, mas sendo imprecisos, pouco perceptíveis ou não-comprováveis, acabam por conferir plena liberdade ao poder econômico. Este possível diagnóstico é uma forte contraposição à ampla expansão de direitos e políticas internacionais, nacionais e locais, para a proteção de CT vivenciada nas últimas décadas.

O argumento defendido nesta dissertação é razoavelmente simples: os povos tradicionais têm criado arranjos político-jurídicos inovadores para defender seus CT e direitos culturais. Valem-se, por exemplo, de contratos equitativos, protocolos comunitários, argumentos de propriedade cultural, *advocacy* política transnacional, negociação para ingresso em cadeias de produção ecossustentáveis e uso intensivo de redes

17 No entanto, por referirem-se a saberes cuja criação não pode ser imputada a um único indivíduo ou a um determinado tempo, a justificativa filosófica e a racionalidade jurídica sobre a propriedade (intelectual) não pode simplesmente ser aplicada sem, no mínimo, uma reformulação de seus pressupostos, o que cria um obstáculo adicional – de ordem epistemológica – à criação de uma disciplina jurídica dos CT.

18 Por exemplo, a arte kusiwa dos índios Wajãpi é considerada patrimônio mundial da humanidade pela UNESCO em 2008 Inscrito na Lista Representativa do Patrimônio Cultural Intangível da Humanidade na Terceira Sessão do Comitê Intergovernamental da UNESCO, sob a alcunha “Oral and Graphic Art of the Wajapi”. Ver, para esse fim: <http://www.unesco.org/culture/ich/en/RL/oral-and-graphic-expressions-of-the-wajapi-00049>

19 Não apenas as normas jurídicas existentes, mas também as instituições, os discursos e os posicionamentos expressos pelos juristas e atores envolvidos.

sociais. E utilizam, inclusive, argumentos clássicos de direitos de propriedade.

Com isso, talvez tenham criado uma concepção indígena de propriedade intelectual, uma propriedade intelectual indígena. Por sua vez, a regulação convencional, “de cima para baixo”, executada sobretudo por órgãos internacionais e instituições nacionais, é insuficiente.

Por isso, nesse sentido, haverá ganhos no debate em pelo menos três sentidos: (i) deslocar a reflexão dos *conhecimentos* tradicionais (objeto) para seus detentores, os *povos* tradicionais (sujeitos); (ii) reconhecer que o problema exige instrumentos regulatórios múltiplos para os quais inexistente solução redentora – e, por isso, é preciso situar direitos de propriedade intelectual como apenas uma alternativa, mas nunca a única; (iii) assumir a utilidade da regulação feita *de baixo para cima*, dando atenção precisamente às margens, fronteiras e lacunas existentes.

1.1. Estrutura do Trabalho

O trabalho é dividido em introdução, duas partes e conclusão que objetivam constituir uma narrativa dentre várias possíveis sobre o tema dos CT no mundo contemporâneo. Na introdução, inicia-se com os esclarecimentos metodológicos: os métodos utilizados, a perspectiva de crítica estrutural do direito adotada e a reflexão sobre as possíveis interações entre direito e antropologia úteis ao trabalho, explicitando o metatema que permeia o texto. Depois, os principais usos e sentidos da expressão “CT”, reflexões sobre os critérios classificatórios nela pressupostos²⁰ e a razão para escolher a expressão CT na dissertação.

Na Parte I – Mapeamento dos Conhecimentos Tradicionais na Economia Global, são abordados: duas narrativas sobre os CT na economia global contemporânea, uma otimista, outra cética; quais as bases do arranjo jurídico-institucional dos CT na esfera internacional/global e, a partir da avaliação das experiências nacionais e da multiplicação de arenas de discussão, qual o panorama e os principais debates atuais.

20 Faz-se uma interpretação acerca da gênese do conceito de CT, situando-os no bojo da modernidade ocidental, de um lado, e do projeto colonialista/imperialista euramericano, de outro, com o fim de problematizar o que realmente os torna “tradicionais” e, ademais, por que conhecimentos de mesma estrutura e forma, quando pertencentes a uma sociedade ocidental, não são tratados como tradicionais.

Na sequência, a Parte II – Povos Tradicionais e Regulação Jurídica: No Limite de uma Certa Linguagem, analisa o regime jurídico brasileiro sobre CT e seus limites a partir de alguns casos reais paradigmáticos. Tomando as práticas inovadoras no nível dos detentores de conhecimentos tradicionais por base, são feitas considerações sobre que forma assumiria uma “propriedade intelectual indígena” e suas lições ao debate mais geral.

A conclusão sintetiza os paradoxos dos direitos dos povos tradicionais, o papel destes na construção do direito transnacional, e termina com um balanço final das propostas e alternativas existentes. Conclui-se que novos horizontes estão em aberto a juristas, e a dissertação espera trazer caminhos possíveis àqueles que desejarem assumir a luta pelos direitos de povos tradicionais.

1.2. Usos e sentidos da expressão “conhecimentos tradicionais”

A expressão “conhecimentos tradicionais” (CT) pode ser entendida genericamente como o conjunto de saberes, práticas, costumes, técnicas, modos de fazer, rituais, ideias, expressões culturais, tecnologias, perspectivas e outras manifestações²¹ de determinada comunidade ou conjunto de comunidades, cuja criação não é nem pode ser imputada a um único indivíduo nem a uma data determinada, transmitidos por uma forma específica, usualmente oral, muitas vezes ao longo de gerações.

Embora, a rigor, tal expressão pudesse ser empregada para qualquer sociedade em qualquer momento histórico, utiliza-se CT para referências ao conjunto de conhecimentos de povos não-ocidentais, como povos indígenas, quilombolas e minorias étnicas, religiosas e culturais. A conceituação é plurívoca e, por vezes, destoante da classificação acima.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), de 1992, preceitua no art. 8j, sem definir propriamente o que sejam CT, que:

Artigo 8 – Conservação *In Situ*, Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e

21 A lista é meramente exemplificativa, e não exaustiva.

práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas²²;

O enfoque da CDB é a conservação da biodiversidade, de modo que CT são diretamente associados à ideia de “recursos genéticos”, entendidos como “material genético de valor real ou potencial”²³. Em outras palavras, no âmbito da Convenção, não há menção a um sentido de CT desassociado de questões naturais. Por isso, neste caso, eles seriam os “conhecimentos tradicionais associados” (CTA) [a recursos genéticos], mas é possível acessar determinado recurso genético sem CTA. É o caso, por exemplo, de acesso a uma planta sem o conhecimento associado de determinada comunidade sobre ela²⁴.

Por sua vez, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) traz a seguinte definição ampla de conhecimentos tradicionais (CT):

Traditional knowledge (TK) is knowledge, know-how, skills and practices that are developed, sustained and passed on from generation to generation within a community, often forming part of its cultural or spiritual identity²⁵.

O “Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore” da OMPI (IGC/WIPO, em inglês), criado em 2000, diferencia, seguindo a lógica da distinção da propriedade intelectual: conhecimentos tradicionais (CT) de expressões culturais tradicionais (ECT)²⁶.

Não obstante, a própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual reconhece a inexistência de uma definição única aceita de CT no nível internacional, de modo que entende que a expressão pode ser tratada em um sentido amplo e outro estrito:

- **TK in a general sense** embraces the content of knowledge itself as well as traditional cultural expressions, including distinctive signs and symbols associated with TK.

- **TK in the narrow sense** refers to knowledge as such, in particular the knowledge

22 Preâmbulo, Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), 1992.

23 E que remete, por sua vez, à noção de “material genético”, tido como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade” (Preâmbulo).

24 Na prática, a distinção é empregada na maioria das legislações e debates. Tomando-se a legislação brasileira como exemplo de regulação no nível nacional, a Lei 13.123, de 20 de maio de 2015 – mantendo a distinção já constante da Medida Provisória 2186-16, de 23 de agosto de 200 – faz a mesma vinculação entre conhecimentos tradicionais e recursos genéticos, referindo-se expressamente à CDB: Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei: I - patrimônio genético - informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos II - conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético;

25 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.. Disponível em: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28/06/2016.

26 O “folclore” a que se refere o nome do comitê está incluído nas ECTs.

resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes know-how, practices, skills, and innovations.²⁷

No âmbito da OMPI, portanto, conhecimentos tradicionais podem referir-se à biodiversidade, mas não necessariamente. Engloba uma gama mais ampla de saberes e práticas. Assim, podem ser o gênero do qual fazem parte, como espécie, CT em sentido estrito e ECT. Também é comum, na literatura etnobotânica e biológica, a expressão “conhecimentos tradicionais ecológicos” (*Ecological Traditional Knowledge – ETK*). Há várias outras subdivisões encontradas: conhecimentos tradicionais médicos, conhecimentos tradicionais artísticos, etc.

Esta multiplicidade de sentidos, além de exigir uma delimitação conceitual, explica por que autores empregam noções diferentes para se referir a um mesmo objeto. Na literatura jurídica contemporânea, encontram-se diversas obras enfocando a proteção a ECT, marcando-a no campo da cultura e das artes e diferenciando-a dos CT, que estariam próximos da seara da (bio)tecnologia e da inovação²⁸. Este trabalho questiona a utilidade analítica desta dualidade em CT, embora reconheça a utilidade operacional ao se trabalhar com as categorias CT e ECT. Por isso, emprega a expressão em sentido amplo²⁹.

1.2.1. Primeiras críticas à classificação: natureza, cultura, técnica, arte

Crítérios classificatórios não são neutros e remetem a um conjunto de escolhas dos agentes e instituições que detêm o poder de classificar³⁰. Neste sentido, além de valor simbólico, também são criadores e conformadores de realidades³¹. A seguir, analisam-se dois mais destacados.

a) Natureza/Cultura. A noção de CT constrói-se na oposição a outro tipo de

27 WIPO. Disponível em: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28/06/2016.

28 Nesse sentido, replicam uma distinção entre direitos de autor e propriedade industrial (ver 1.2.1).

29 Portanto, categoria genérica que engloba todas as anteriores até aqui mencionadas. A escolha metodológica visa a abarcar o conjunto de conceitos jurídicos determinado por normas internacionais, legislações nacionais e discursos institucionais e públicos. Apenas quando necessário, faz-se menção a CT no sentido estrito.

30 Cf. STOCKING JR., George. W. **Objects and Others: Essays on Museums and Material Culture**. Madison: University of Wisconsin Press, 1988; SCHWARCZ, Lília Katri Moritz. **O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e pensamento racial no Brasil**. 3a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

31 Dois exemplos: museus etnográficos como o antigo Musée de l'Homme francês reuniam acervo de todos os povos do mundo, à exceção, “é claro”, dos europeus e norte-americanos. Etnografia e artesanato como tema dos “povos distantes”; arte, exclusividade ocidental. Por outro lado, o Museu Larco, de Lima, decide chamar os autores dos artefatos andinos milenares de “artistas”, e não artesãos.

conhecimento, o científico, moderno, lógico, ocidental³²³³. Assim, CT emulam o dualismo clássico natureza/cultura: conhecimento científico (ciência) seria matéria da cultura; conhecimento tradicional, da natureza.

No que toca aos CT associados à biodiversidade, boa parte da literatura atual vincula CT à preservação ambiental. Esta aproximação não reproduz uma figura exótica e romântica de “povos em harmonia com a natureza”³⁴? Ou, justamente por considerá-los melhores gestores ambientais do que o modelo capitalista-industrial, valoriza-os³⁵?

Há dois possíveis argumentos subsequentes. O primeiro, defendido por parte dos filósofos e antropólogos da ciência, dilui as características universalizantes e abstratas do conhecimento científico e, ao fazê-lo, corrói as diferenças para com os CT³⁶. Outros autores ressaltam a diferença, fazendo uma defesa da peculiaridade dos CT frente ao conhecimento científico: não são conhecimentos menores, mas pertencem a distintos “regimes de conhecimento”³⁷.

32 Este tipo de pensamento dicotômico está na base, por exemplo, da crítica de Edward Saïd ao Orientalismo: a ideia do Outro oriental é de um ser exótico, sedutor, perigoso e generalizante. No entanto, não pertence apenas ao nível abstrato: foi responsável pela criação de realidades, instituições (departamentos de Orientalismo), cadeiras universitárias nos Estados Unidos, práticas quotidianas as mais diversas. SAÏD, Edward. **Orientalismo: O Oriente como Invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007 [1973].

33 Vários antropólogos objetivaram criticar a oposição. Uma das primeiras tentativas de romper com a diferença está em Edward E. Evans-Pritchard, em “Bruxaria, Oráculos e Magia entre os Azande” (1937), que sustentou que os Zande eram perfeitamente lógicos, embora recorressem a pressupostos distintos. Em “O Pensamento Selvagem” (1962), Lévi-Strauss apontou para a existência de uma racionalidade humana única. O pensamento selvagem é a descrição de um tipo de pensamento orientado pela lógica do sensível, a “ciência do concreto”. Este seria o regime primordial do pensamento ameríndio, e a razão pela qual os europeus os haviam considerado injustamente como “ilógicos” ou “irracionais”. Lévi-Strauss demonstra, pelo contrário, que o pensamento selvagem é tão lógico e racional quanto o pensamento científico, embora em outros termos. O que fica implícita nesta tese é uma concepção universalista da racionalidade de todos os seres humanos. É por isso também que o pensamento selvagem não é o pensamento *dos selvagens*: também no mundo euramericano encontra-se o mesmo pensamento selvagem, marcado pela lógica do sensível, como, por exemplo, na arte. EVANS-PRITCHARD, Edward E. **Bruxaria, Oráculos e Magia entre os Azande**. São Paulo: Zahar, 2004 [1937]; LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Pensamento Selvagem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976 [1962].

34 Ou seja, mesmo com boas intenções, não criam uma imagem idílica do “homem primitivo” presente tanto no Éden bíblico quanto no estado de natureza de Hobbes e Rousseau? A esta figura são inúmeras as críticas: essencialista, homogeneizante, exotificante e perigosa são algumas delas. Cf, por exemplo, as críticas em DIEGUES, Antonio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: Hucitec, 2008.

35 É inegável que as interações entre atividade humana e ambiente, no caso dos povos tradicionais, não são as mesmas do modelo capitalista-industrial, este mesmo que tem levado o mundo à proximidade de um colapso ambiental. Subvertendo a lógica econômica do binômio escassez-necessidade, Marshall Sahlins apontou, por exemplo, que vários povos tradicionais a princípio vivendo em grande escassez na verdade atendiam muito bem suas necessidades, pois são menores do que as do *homo economicus* de “necessidades infinitas”. SAHLINS, Marshall. **The Original Affluent Society**, in: *Stone Age Economics*, Londres: Routledge, 2005.

36 Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de & MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010; LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. São Paulo: Editora 34, 2009 [1994]; STENGERS, Isabelle. **No Tempo das Catástrofes**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2009].

37 Por exemplo, Peter Gow, sobre os Piro na Amazônia peruana, mostra o papel da mitopoiese como um processo de construção do conhecimento, muito distinto do ocidental. Joana Cabral de Oliveira descreve longamente o conhecimento da floresta entre os Wajãpi no Amapá, e aponta para uma série de suas

Arun Agrawal sintetiza a primeira vertente³⁸. O autor critica a noção de “conhecimentos indígenas” por fazer parte do vocabulário “glamouroso” das políticas de desenvolvimento³⁹. A crítica de Agrawal está na própria possibilidade de estabelecer a distinção entre conhecimentos indígenas e conhecimentos científicos. Com aportes da filosofia da ciência ocidental, Agrawal termina por afirmar que não há um regime epistemológico distinto para os conhecimentos indígenas, nativos, não-ocidentais⁴⁰.

Em termos das consequências para a regulação jurídica, Stephen Brush usa a aproximação entre científico e indígena para defender que devem ter o “mesmo *status jurídico* que conhecimento específico científico”⁴¹. A solução, já que são similares, é garantir os mesmos direitos.

Na segunda vertente, que enaltece a diferença, Manuela Carneiro da Cunha & Mauro Almeida debruçam-se sobre as formas de interação entre CT e conhecimentos científicos, explicitando que a preservação da biodiversidade passou a ser buscada nos modos de conhecer ditos tradicionais⁴². Ao se considerar os CT como distintos do conhecimento científico em seus postulados epistemológicos e até ontológicos, estão qualificáveis a direitos específicos e diferenciados na medida de sua diferença.

Nesse debate, um “meio termo” é do filósofo da ciência Hugh Lacey, que defende que os CT e o conhecimento científico encontram pontos de interação. Para tanto,

características: os modos de conhecer sobre/na floresta implicam caminhar, ver, ouvir, sentir, mais do que explicar em termos teóricos no que consistem critérios classificatórios. GOW, Peter. **Mitos e Mitopoiesis**. Cadernos de Campo vol 23, 2014, pp. 187-210; OLIVEIRA, Joana Cabral de. **Entre plantas e palavras. Modos de constituição de saberes entre os Wajãpi (AP)**. 2012. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.8.2012.tde-22082012-100255. Acesso em: 22 de julho de 2017.

38 AGRAWAL, Arun. **Dismantling the Divide Between Indigenous and Western Knowledge**. Development and Change, vol 26, 3, 1995, p. 413-439.

39 Diante do fracasso do “conhecimento científico” para a sustentabilidade – outro conceito em ampla ascensão nos anos 1990 –, os chamados “conhecimentos indígenas” seriam a resposta “mágica”.

40 O argumento é particularmente interessante para criticar a ideia de que conhecimentos tradicionais (ou indígenas, se quisermos) são inferiores ou menos eficientes em relação aos conhecimentos científicos ocidentais.

41 “baseados nos trabalhos de etnobotânicos e etnobiólogos, a antropologia cognitiva examinou a estrutura e natureza sistêmica do conhecimento local (*folk*). [...] Uma importante área de pesquisa tem sido a demonstração da afinidade histórica e similitude estrutural entre sistemas de conhecimentos não-Ocidentais (“não-escritos”, “pré-científicos”) e Ocidentais (“escritos”, “científicos”). [...] Se conhecimentos indígena e científico compartilham similitudes estruturais, então conhecimento específico de fontes indígenas deveria ser qualificável ao mesmo *status jurídico* que conhecimento específico científico”. BRUSH, Stephen. **Indigenous Knowledge of Biological Resources and Intellectual Property Rights: The Role of Anthropology**. American Anthropologist, Vol. 95, N. 3, 1993, p. 658-9.

42 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela & ALMEIDA, Mauro de. **Populações Tradicionais e Conservação Ambiental**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Cultura com Aspas. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 267-292.

assume uma perspectiva de “pluralismo metodológico” no fazer científico [ocidental]⁴³, afirmando que:

“O conhecimento indígena não precisa opor-se ao conhecimento científico, e somente a investigação caso-a-caso pode estabelecer se as suas credenciais cognitivas são adequadas ou deficientes para lidar com os objetos particulares da investigação”. (LACEY, 2012)

Esta reflexão é relevante para a disciplina jurídica, pois, como afirma Graham Dutfield, “since the 1990s, the biopiracy discourse has tended to treat traditional and modern (or scientific) as binary opposites”⁴⁴. No entanto:

“proponents of this view, which remains the conventional wisdom, may not all be aware that such an opposition between tradition and modernity is a fundamental assumption of post-Second World War modernisation theory which has largely been discredited, at least in the academy, on a number of grounds including its determinism and its failure to accommodate the idea of mixing and hybridisation and their potentially beneficial aspects also for the traditional sector” (DUTFIELD, 2017, p. 333).

Portanto, é preciso ao mesmo tempo reconhecer que os modos de conhecer ocidentais não são os mesmos dos CT e valorizar o potencial destes para a conservação da biodiversidade, sem limitá-los a esta função instrumental. Mais do que isso, perceber que há pontos de contato possíveis que, ao tomar a distinção científico/indígena como radical, terminam apagados. Esta é uma forma de superar na prática a oposição fundamental entre tradição e modernidade.

b) Técnica/Arte. A distinção entre CT e ECT replica a clássica diferenciação entre propriedade industrial e direitos de autor da propriedade intelectual. Tipicamente, situa-se a propriedade industrial na seara da técnica, da moderna atividade empresarial capitalista e da aplicação industrial; o direito de autor, no campo das artes, do belo e da expressão humana. Portanto, um mundo dividido entre técnica e arte. CT estariam para a propriedade industrial como ECT estariam para o direito de autor.

Os exemplos anteriores, voltados à biodiversidade seriam todos de técnica; cantos, danças, entre outras expressões dos povos tradicionais seriam artísticos. No entanto, tomar a divisão como completa é um grande equívoco, pois CT não são

43 “As práticas de conhecimento tradicional, desde que sujeitas à restrição empírica - não necessariamente restrições impostas pelos dados obtidos no laboratório, mas também pelo “teste da prática”, pelo exercício do “saber-fazer” prático, e pelo “teste do tempo” - , podem ser razoavelmente incorporadas sob a categoria de “ciência””. LACEY, Hugh. **Pluralismo metodológico, incomensurabilidade e o status científico do conhecimento tradicional**. Sci. stud., São Paulo, v. 10, n. 3, 2012, p. 425-454. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662012000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

44 DUTFIELD, 2017, p. 333

compartimentalizados e divididos desta maneira⁴⁵. Um conhecimento que pode ser útil para a indústria de biotecnologia pode assumir conotações espirituais e sociais centrais para comunidades tradicionais⁴⁶. Peter-Tobias Stoll & Anja von Hahn afirmam que “knowledge and traditional resources are central to the maintenance of identity for indigenous peoples and cannot clearly be distinguished from one another”⁴⁷. Nesse sentido, são holísticos: no mais das vezes, o que diz respeito à “técnica” diz também respeito à “arte”.

Como um todo, o debate sobre CT não pode limitá-los a um único elemento. Deve-se ter desde logo este cuidado em mente.

1.2.2. Conhecimentos tradicionais: expressão a ser repensada “de dentro”

A escolha pelas expressões mais adequadas não é trivial. Emprego ao longo do trabalho: “conhecimentos tradicionais” (CT); “expressões culturais tradicionais” e “folclore” (como sinônimos); “povos indígenas”, “comunidades locais” e “povos tradicionais”⁴⁸. Outras alternativas seriam: “conhecimento indígena”, “saberes indígenas”⁴⁹, “conhecimentos comunitários”, “saberes não-ocidentais”. São duas as razões da escolha.

A primeira é estabelecer uma relação com outros trabalhos já realizados, além de ser a expressão das instituições internacionais. Em segundo lugar, para disputar seus sentidos⁵⁰. De fato, a própria categoria CT pode reforçar que “tradicionais” são inferiores e

45 A distinção entre propriedade industrial e direito de autor, mesmo no mundo euramericano, é também porosa e problemática. Juliana Krueger Pela retoma a biografia do pintor Rembrandt para pensar criticamente instrumentos do direito comercial, dentre os quais os títulos de crédito e a propriedade intelectual. A autora demonstra o quanto esta fronteira talvez nunca tenha sido tão rígida quanto se imagina: Rembrandt e seu atelier produziram obras de arte sob encomenda e em grande quantidade; as promessas de novas obras, garantidas por meio de papéis escritos, tinham valor e eram repassadas e revendidas. O caso lembra que a arte, também ela, é mercadoria. PELA, Juliana Krueger. **Rembrandt e o Direito Privado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110, p. 319-327, 2015.

46 O caso da “vacina do sapo”, o *kampô*, é exemplar nesse sentido. Há dezenas de patentes nos Estados Unidos, interessadas apenas no aspecto “técnico”, mas a dimensão social, espiritual, medicinal e política de seu uso entre os povos Pano é essencial. Cf. CARNEIRO DA CUNHA, 2009. **Cultura com Aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

47 STOLL, Peter-Tobias & von Hahn, Anja. **Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law**. In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Haia: Kluwer, 2004, pp. 16-17.

48 Estas expressões, em especial “folclore” e “indígena”, podem ter conotações negativas em outras línguas e contextos nacionais, mas evidentemente não as uso nestes sentidos.

49 Esta é a principal expressão em francês: “*savoirs traditionnels*”.

50 “Usar palavras de empréstimo é o mesmo que declarar sua intraduzibilidade, um passo que não é ditado por limitações lingüísticas e sim por uma opção lingüística. Essa a afirmação, que à primeira vista pode parecer tautológica, tem um significado importante: as palavras emprestadas contêm informação meta-semântica. Sinalizam o fato de que, embora haja outros meios possíveis para a comunicação semântica, houve a escolha de mantê-las explicitamente ligadas a um determinado contexto. As palavras de empréstimo devem ser entendidas, por convenção, segundo uma certa chave. Em outras palavras, indicam o registro de sua própria interpretação”. CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p.61.

menos sofisticados do que a ciência ocidental. Mas também pode lembrar que há múltiplos regimes de conhecimento em oposição a uma forma única e universal de conhecer⁵¹, e que as formas tradicionais podem ser menos predatórias, mais sustentáveis e trazer novos horizontes.

1.3. Aspectos Metodológicos: Técnicas e Pressupostos de uma Pesquisa Interdisciplinar

O desenho da pesquisa, que se propõe necessariamente interdisciplinar, foi pensado como forma de testar a hipótese de que a configuração jurídico-institucional sobre CT favorece e intensifica o processo geral de mercantilização de culturas. Para tanto, mobiliza técnicas distintas, oriundas da antropologia e sociologia. Nesse sentido, sigo Ignacio Cano:

“[o] pesquisador, idealmente, deve conhecer o máximo de técnicas possível, o que lhe permitirá escolher a que mais se ajusta a seu propósito ou, melhor ainda, incorporar várias delas do mesmo projeto de pesquisa, uma estratégia conhecida como *triangulação*” (CANO, 2012)

A afirmação não deve ser lida como dogma, mas como convite à abertura de caminhos por ventura inesperados no fazer de uma pesquisa (inclusive jurídica).

a) Revisão de literatura é a técnica principal empregada para a reconstrução e genealogia do conceito de CT pelas instituições e tratados internacionais, pelas legislações nacionais e, de modo geral, nos artigos e teses acadêmicas, nos livros e reportagens sobre o tema⁵². Em um momento seguinte, serviu para análise dos principais argumentos jurídicos e mapeamento das principais estratégias regulatórias para os CT, mas também para as críticas antropológicas à regulação jurídica ocidental.

b) Entre junho de 2015 e maio de 2017, foram realizadas diversas conversas informais e entrevistas em profundidade com alguns membros de comunidades tradicionais envolvidas no Brasil, acadêmicos e ativistas da área. Menções específicas são feitas

51 Cf. 1.2.1.

52 Nesse sentido, embora se pretenda situar a criação dos conhecimentos tradicionais no seio de um período histórico preciso, a modernidade ocidental, esta pesquisa não realiza propriamente uma investigação histórica – por isso, não tem por fonte, por exemplo, os documentos de discussão da UNESCO, dos rascunhos da Convenção para a Biodiversidade (CDB), entre outros. Ver, como exemplo de aplicação própria do que chamo “método histórico”, a pesquisa de GORDLEY, James. *Myths of the French Civil Code, in The American Journal of Comparative Law*, v. XLII, n. 3, 1994.

quando cabível.

c) Visitas de campo em Manaus, AM, Alter do Chão, PA e Belém, PA foram realizadas respectivamente em janeiro e abril de 2017. Diversos eventos com participação de lideranças indígenas, na FFLCH/USP, na FDUSP, em espaços públicos (Avenida Paulista, Largo da Batata) e fechados, realizados entre julho de 2015 e agosto de 2017, serviram de base para reflexões sobre o papel e atuação contemporânea dos povos indígenas no Brasil.

Uma menção a uma limitação da pesquisa: usam-se temas e conceitos os quais ainda estão, de certa forma, em construção e consolidação no campo jurídico, como *commons* e direito transnacional⁵³. A dissertação também propõe aproximar a literatura antropológica do direito econômico. Mais especificamente, tópicos da etnologia ameríndia com direitos de propriedade intelectual e com o direito societário. Como esta é uma escolha metodológica muito específica, que pareceria puramente acidental ou desprovida de sentido, debruço-me sobre ela nas páginas seguintes.

1.3.1. Uma Perspectiva de Crítica Estrutural do Direito

Esta pesquisa não vislumbra a centralidade da norma jurídica para explicar o fenômeno do direito nem a possibilidade de uma ciência perfeitamente objetiva, capaz de estabelecer nexos de causalidade a partir da análise distanciada de fatos⁵⁴. Nesse sentido, o direito não é nem inteiramente determinado nem determinante da sociedade⁵⁵. Por isso, parte-se de uma relação dinâmica entre os dois⁵⁶.

53 Embora já disponham há certo tempo de boas referências no mundo acadêmico, não é possível afirmar que tais construções teóricas sejam amplamente conhecidas (e reconhecidas) pelos aplicadores e intérpretes do direito.

54 Portanto, não parte de nenhuma vertente do positivismo, seja o jurídico, seja o das ciências sociais como um todo. Nesse sentido, tem-se algo distinto da metodologia de Émile Durkheim em “A Divisão do Trabalho Social” (1893), em que o processo de intensificação da solidariedade orgânica é causado pela preponderância progressiva da consciência individual sobre a coletiva, e que, a fim de encontrar a causa eficiente desse fenômeno, toma o direito como objeto de análise. O direito conteria a moral determinada da sociedade e, nesta metodologia comparativa, passaria a ser possível determinar, a partir do direito, qual a causa eficiente da emergência da solidariedade orgânica. Embora genial, a ideia de causa eficiente não se sustenta neste estudo. cf. DURKHEIM, Émile. **De la Division du Travail Social**, Félix Alcan, 1893; reimpressão Paris, PUF.

55 No primeiro caso, tanto a super-estrutura marxista mais ortodoxa quanto a análise econômica do direito. No segundo, uma sobrevalorização do papel do direito na estrutura social, deixando de reconhecer os determinantes histórico-econômicos.

56 Vale a lição de Anthony Giddens no que se convencionou chamar “Teoria da Estruturação”, abordando o processo de “dupla hermenêutica” entre teoria e realidade social, que se adota ao menos parcialmente neste estudo: “A intersecção de duas redes de significado como parte logicamente necessária da ciência social, o mundo social significativo constituído por atores leigos e as metalinguagens inventadas por cientistas sociais;

Em um sentido interno à reflexão teórica da disciplina, é possível pensar que o papel do direito, em especial o comercial, em uma leitura “crítico-estruturalista”⁵⁷, é de iluminar estruturas, instituições e funções. Esta posição metodológica do jurista, que não reconhece o *status quo* e questiona a aparência da norma jurídica, é compatível com teorias críticas⁵⁸.

Dentre elas, a proposta de “desconstrução” de Jacques Derrida⁵⁹. Sua aplicação ao direito é tão interessante quanto criticada. Lastreado no conceito de “*différance*” - com “a”⁶⁰ - o autor propõe uma inédita reflexão sobre as palavras, seus usos e poderes. Desconstruir não é destruir, mas construir ao mesmo tempo; não é realizar uma crítica externa, mas assumir uma perspectiva que lhe é interna. Gayatri Spivak, nesse sentido, afirma que:

[i]t’s critical intimacy, not critical distance. So you actually speak from inside. That’s deconstruction. My teacher Paul de Man once said to another very great critic, Fredric Jameson, “**Fred, you can only deconstruct what you love.**” **Because you are doing it from the inside, with real intimacy. You’re kind of turning it around.** It’s that kind of critique (SPIVAK, 2016).

Como afirma Derrida, trata-se de um “não-método”, e portanto não tem uma finalidade específica em vista. Isto levou muitos críticos a tratarem o projeto desconstrutivista como não propositivo, autocentrado, excessivamente complexo ou como fim em si mesmo, sem atingir as estruturas de poder. Ou seja, tem potencial crítico, mas não reconstrói nada e, como conclusão, não fornece uma alternativa coerente nem pragmática aos problemas reais. Apesar disso, os autores que se propuseram a desconstruir levaram estes pontos em consideração⁶¹. Para a abordagem antropológica deste trabalho, assumir tal visão permite um relativo distanciamento analítico e um ceticismo crítico que repensa as categorias que orientam a regulação jurídica.

há uma “oscilação” constante de uma rede para outra envolvida na prática das ciências sociais” GIDDENS, Anthony, **A constituição da sociedade**, São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2003.

57 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

58 Ao menos do ponto de vista da posição do sujeito (jurista) frente a seu objeto (direito e realidade social), a postura se aproxima mais do ideal de teoria crítica apresentado por Max Horkheimer do que a uma visão positivista que separa rigidamente sujeito e objeto. HORKHEIMER, Max. **Teoria Crítica e Teoria Tradicional**. São Paulo: Os Pensadores, Abril Cultural, 1980 [1937].

59 DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva. 2013 [1967].

60 Em francês, a palavra “diferença” é “différence”, com “e”. Derrida propõe o conceito de “différance”, com “a”, cuja pronúncia é exatamente a mesma. Trata-se na verdade de um experimento crítico com a linguística e a gramática.

61 Cf. BALKIN, Jack M. **Deconstructive Practice and Legal Theory**. Faculty Scholarship Series. Paper 291. 1987. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291> Acesso em 14 de junho de 2017.

Considero, pois, um ganho importante em adotar uma prática desconstrutivista. No que comunga com outros “pós-estruturalistas”, Derrida questiona a objetividade absoluta da ciência e situa os processos de criação e legitimação do conhecimento⁶². Em outras palavras, historiciza-o e questiona os atores envolvidos em sua construção⁶³. A utilidade está no processo de interpretação voltado às margens, crítico ao “logocentrismo” da ciência convencional⁶⁴, dentre as quais a das próprias categorias jurídicas e seus usos. Tais fronteiras são particularmente interessantes para tratar de CT. Haverá poucos avanços em uma dogmática convencional que procure apenas resolver antinomias relativas internas às normas de um sistema jurídico, pois o que está em questão é a própria capacidade do direito e suas categorias, enquanto fenômeno ocidental, dar conta satisfatoriamente dos interesses envolvidos.

No entanto, não é possível esquecer da peculiaridade de que se pensa na perspectiva do Sul Global, em que as relações de dominação histórica e econômica assumem um viés particularmente perverso. Nestes casos, a crítica geral ao pós-estruturalismo deve ser levada muito a sério. Não à toa, Arturo Escobar lembra que o pensamento pós-moderno deve se mostrar comprometido com a transformação social da América Latina, sob risco de ser esquecido ou, pior, tornar-se parte das próprias estruturas de dominação que busca criticar⁶⁵. Crítica similar foi imposta por Owen Fiss em “The

62 O projeto derridiano não prevê o fim da objetividade nem o fim do objeto desconstruído; como por excelência não é um fim em si mesmo, permite na verdade, na reflexão jurídica, um novo ponto de partida. O “relativismo” das críticas do pós-colonialismo à hegemonia do saber científico ocidental e as críticas dos autores chamados de pós-estruturalistas (Deleuze, Guattari, Foucault, etc.) não são o mesmo que propor a ausência de verdade, conceber a inexistência de uma resposta moralmente superior e nem mesmo supor igual valoração de todos os critérios morais existentes. O ponto diz respeito à limitação da alternativa: voltar-se à crença na objetividade e na neutralidade da “ciência”. Se os tempos contemporâneos, marcados pela “pós-verdade” atestam a incapacidade da mera crítica pela crítica de fornecer respostas – e que inclusive tornou-se, de certa forma, argumento para o “relativismo” populista de discursos à la Donald Trump –, tampouco será a afirmação da clássica ciência resposta adequada. Em termos concretos, ao invés de afirmar a objetividade científica de que “ao contrário da política externa norte-americana, há dados empíricos que comprovam o aquecimento global”, talvez seja preciso reforçar o quanto esta mesma política é economicamente interessada: “a política externa norte-americana negacionista é um discurso motivado por interesses de indústrias petrolíferas e de um tipo de pesquisa científica financiado e altamente imparcial”. Esta última é uma afirmação desconstrutivista e pode potencialmente, sem prejuízo da primeira, servir melhor para explicar o mundo.

63 Historicizar o uso das palavras é algo que foi feito por marxistas via materialismo histórico, por historiadores da linha de Koselleck e por linhas variadas da linguística. Nesse sentido, não há ineditismo. Cf. por exemplo KOSELLECK, Reinhard. **The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts**. Series: Cultural Memory in the Present. Stanford: Stanford University Press, 2002.

64 Segundo Catherine Turner, “[Desconstrução] is primarily concerned with understanding ideas, not with their application. Deconstruction does not aim to provide answers. It does not seek to prove an objective truth or to support any one particular claim to justice over another. For this reason deconstruction itself is indeterminate”. TURNER, Catherine. **Jacques Derrida: Deconstruction**. Critical Legal Thinking, 27 de maio de 2016. Disponível em: <http://criticallegalthinking.com/2016/05/27/jacques-derrida-deconstruction/>> Acesso em: 5 de novembro de 2016.

65 ESCOBAR, Arturo. **Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

Death of the Law” (1986). A morte do direito refere-se a seu descolamento de valores sociais e de um projeto efetivo de transformação das estruturas sociais⁶⁶. Isso leva, portanto, a reconhecer que desconstruir sem lembrar-se da exigência de transformação social ganha um tom tragicamente conservador. Nesse sentido: “[q]ualquer teoria crítica em direito tem capacidade limitada de transformação se não houver disposição para mudança estrutural”⁶⁷.

Aplicado a esta dissertação, a questão é de que, para operar a desconstrução, não é preciso descartar o direito como instrumento de transformação social. Ao se aceitar as críticas sobre seu caráter ocidentalizado, etnocêntrico e até incapaz de lidar com a diversidade, abre-se caminho para o reconhecimento de que a interpretação hegemônica do direito é uma, mas não a única.

Embora não tenha feito referência nem a Derrida nem seus contemporâneos, o argumento de Fábio Konder Comparato no ensaio “Direito e o Averso” parece seguir o mesmo rumo. Ao direito oficial, formal, corresponde seu avesso. É isto que afirma o autor sobre o histórico das relações jurídicas no Brasil, marcado por uma dualidade entre o alto e o baixo, o formal e o informal. Com isso, tem o objetivo de elucidar a história não contada e denunciar a exclusão e marginalização. Portanto, o papel muitas vezes é justamente de apontar o “averso” do direito⁶⁸: as desestruturas e disfunções, subverter e desconstruir, propondo então uma intervenção nas estruturas sociais existentes⁶⁹.

1.3.2. Antropologia e Direito: Estratégias para a Pesquisa Jurídica

A etnografia⁷⁰ permite apontar e ilustrar problemas decorrentes de CT como objeto de estudo. Em primeiro lugar, trabalhos etnográficos permitem contradizer a ideia homogênea e generalizante de “índio”, tão impregnada no senso comum quanto profundamente equivocada. Ademais, a antropologia confere subsídios para casos

66 Fiss questiona como o mesmo local que havia dado emergência ao movimento dos direitos civis havia se relegado a aceitar integralmente a força da economia ou simplesmente fazer a “crítica pela crítica”. FISS, Owen. **The Death of the Law**. Faculty Scholarship Series 1209, 1986. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209.

67 SALOMÃO FILHO, 2015, p. 9.

68 COMPARATO, Fábio Konder. **O Direito e o Averso**. Revista dos Tribunais, 2009.

69 SALOMÃO FILHO, Calixto, 2015.

70 Sobre estudos de etnologia indígena, mas não só. À propósito, a noção mesma de “etnografia” é um debate à parte e longo no âmbito da antropologia. Cf. debates em DA COL, Giovanni (org.), **Debate Collection: Two or three things I love or hate about ethnography**. Journal of Ethnographic Theory, Vol., 7, 1, 2017.

concretos, em que laudos antropológicos, pesquisas etnográficas e estudos de caso convertem-se em argumentos e provas processuais que permitem reconhecimento de direitos indígenas, tais quais direitos territoriais⁷¹⁷².

Mas seguindo a intuição de Samuel Barbosa⁷³, o uso da antropologia no direito não serve exclusivamente como instrumental dos juristas. Há uma segunda dimensão possível em que a antropologia serve ao propósito de disputar os próprios sentidos do direito.⁷⁴ Em outras palavras, a discussão antropológica adentra a dogmática jurídica entendida enquanto critério de decidibilidade⁷⁵ para disputar, por exemplo, o que significa “propriedade”, o que caracteriza uma responsabilidade civil, entre outros. Neste caso, entendo que a reflexão se aproxima de textos de “teoria antropológica” – isto é, debates em torno do significado do próprio “fazer antropológico”⁷⁶.

Porém, assim como seria profundamente injusto tomar por equivalente a “direito” sua definição mais convencional, de “conjunto de normas jurídicas”, também é impróprio assumir que a antropologia comporta uma única definição amplamente compartilhada. É preciso evitar aproximações grosseiras entre direito e antropologia que consistam na redução de uma disciplina a um conjunto demasiado restrito de autores e ideias. O risco é duplo: de um lado, criar um “espantalho” a ser criticado (“antropologia é pouco científica”; “direito é conservador”), inviabilizando quaisquer pontos de aproximação ou interação, e de outro, evitar levar em conta pontos reais de inflexão, como

71 Brian Thom (2001), por exemplo, descreve a importância das ciências sociais, e em particular da antropologia, para a efetivação de direitos aborígenes e títulos de terra no Canadá. Trabalhos similares são encontrados na Austrália, Colômbia, Estados Unidos, Índia e Nova Zelândia, e fazem pensar o papel dos antropólogos no Brasil nas reivindicações de direitos dos povos indígenas, quilombolas, ribeirinhos, caiçaras e comunidades tradicionais. THOM, Brian. **Aboriginal Rights and Title in Canada After Delgamuukw: Part One, Oral Traditions and Anthropological Evidence in the Courtroom**. Native Studies Review, Vol. 14, No. 1, 2001, p. 1-26.

72 Este uso de trabalhos etnográficos para pesquisas jurídicas não é exclusivo a temas relativos a povos indígenas. Basta ver a importância de estudos como os de Ana Lúcia Pastore sobre o tribunal do júri. O aporte etnográfico permite situar as práticas, os interesses e as máscaras do funcionamento de júris, de modo que a metáfora do “jogo de xadrez” ganha materialidade até então impensável. Nesse sentido, trazem uma dimensão não desenvolvida nem pela avaliação tipicamente jurídico-positivista de construção de normas e sua interpretação, nem pela perspectiva da teoria política normativa sobre legitimação e legitimidade de instituições judiciais em relação a visões de democracia. PASTORE SCHRITZMEYER, Ana Lúcia. **Jogo, Ritual e Teatro – Um Estudo Antropológico do Tribunal do Júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2013.

73 BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Palestra no evento “Direito dos Povos Indígenas”**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 10 de novembro de 2015.

74 RODRIGUEZ, José Rodrigo, PORTELLA PÜSCHEL, Flavia & ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de. **Dogmática é Conflito: Uma visão Crítica da Racionalidade Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

75 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed, 2015.

76 Por exemplo, este é o caso de ver na obra de Malinowski menos sua etnografia sobre as ilhas Trobriand, estudo clássico na história da antropologia, e mais a centralidade no método posteriormente consagrado como “observação participante” e sua concepção culturalista sobre o direito das sociedades não ocidentais.

se a interdisciplinaridade fosse apenas um exercício de sobreposição de técnicas e trabalhos diversos⁷⁷.

O projeto de lidar com direito e antropologia é complexo e comporta a possibilidade de consequências inesperadas⁷⁸. Mas se for possível seguir por analogia a proposta de Marilyn Strathern em “O Gênero da Dádiva”⁷⁹ (1988), uma tentativa de trazer à antropologia a crítica do(s) feminismo(s) e a este(s) a crítica antropológica, trata-se aqui de uma empreitada geral sobre os sentidos que a antropologia (e, neste caso, o direito) podem assumir, caso certas preocupações sejam colocadas em jogo⁸⁰. Levar a sério a proposta da chamada antropologia jurídica/antropologia do direito⁸¹, portanto, refere-se a uma diversidade de perspectivas de pesquisa e métodos. Incluem: o uso de etnografias secundárias (isto é, feitas por outros pesquisadores) para ilustrar problemas específicos, trabalhar conjuntamente com antropólogos para subsidiar argumentos jurídicos (caso de laudos antropológicos para demarcação de terras indígenas), reflexões teóricas dos

77 Não é a este tipo de bricolagem do pensamento concreto que se referira Lévi-Strauss. LÉVI-STRAUSS, 1962.

78 O problema poderia ser ampliado para o próprio ofício da escrita, que Clarice Lispector define nos seguintes termos: “Tenho medo de escrever. É tão perigoso. Quem tentou, sabe. Perigo de mexer no que está oculto - e o mundo não está à tona, está oculto em suas raízes submersas em profundidades do mar”. LISPECTOR, Clarice. **Um Sopro de Vida**. São Paulo: Nova Fronteira, 1978.

79 STRATHERN, Marilyn. **O Gênero da Dádiva – Problemas com as Mulheres e Problemas com a Sociedade na Melanésia**. Campinas: UNICAMP, 2006 [1988].

80 STRATHERN, 1988, p. 13.

81 Também há uma questão subjacente à distinção entre “antropologia jurídica” e “antropologia do direito”. Em muitos contextos, “antropologia jurídica” é antropologia que tem por objeto de estudo o direito, em geral das sociedades não ocidentais. Cf. Henry Sumner Maine e “Ancient Law” (1861), prevendo a transição do status ao contrato no curso da história, Lewis Morgan e o direito de sociedades primitivas (uma enorme inovação, a despeito de seu evolucionismo social, por reconhecer como direito formas externas à sociedade europeia) e Bronislaw Malinowski com “Crime e Costume na Sociedade Selvagem” (1922). Este último realizou uma poderosa crítica ao sustentar uma visão ampla de direito segundo a qual a obediência à lei não era motivada por crenças ou irracionalidade da parte das “sociedades selvagens”, mas por noções complexas de reciprocidade. Na segunda metade do século XX, boa parte dos estudos referenciados como antropologia jurídica destinavam-se à análise dos direitos de sociedades não-ocidentais (cf. FALK MOORE, 1978; COMAROFF & ROBERTS, 1986), mormente seus métodos de solução de controvérsia. Por sua vez, a antropologia do direito seriam etnografias que tomavam o direito ocidental e suas instituições como objeto de estudo, como tribunais e cortes. Cf., a título exemplar, o trabalho de Bruno Latour sobre a Corte de Cassação da França. Porém, sobretudo nas últimas décadas, a abertura à interdisciplinaridade em muitas instituições de Direito (sob a alcunha genérica de *sociolegal studies*) e a consolidação de estudos antropológicos sobre sociedades ocidentais tornaram a distinção entre antropologia jurídica e antropologia do direito muito mais porosa, senão simplesmente irrelevante. cf. MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas**. London: John Murray, 1861; MORGAN, Lewis. **Ancient Society**. London: MacMillan & Company, 1877; MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília: UnB, 2003 [1922]; FALK MOORE, Sally. **Law as Process: An Anthropological Approach**. London: Routledge, 1978; COMAROFF, John L.; ROBERTS, Simon. **Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context**. Chicago: University of Chicago Press, 1981; LATOUR, Bruno. **La Fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État**. Paris, La Découverte, 2002.

potenciais de “descentramento” das categorias jurídicas ocidentais⁸², desnaturalizando seus espaços e contextos de produção, e, finalmente, fazer uso da teoria antropológica para repensar e reformular as próprias noções de direito⁸³.

Esta dissertação aproxima-se do primeiro enfoque ao usar subsídios etnográficos dos povos ameríndios, mas é sobretudo neste último que a antropologia é usada: usar metateorias para refletir sobre os sentidos do direito. Neste ponto, aproxima-se de esforços diversos tais como: aproximar o direito ambiental do conceito de cosmopolítica e pensamento especulativo de Isabelle Stengers⁸⁴; transposição para o direito da noção político-teórica de *commons* para casos e sociedades diversas⁸⁵; e aplicação de critérios inéditos de responsabilização e regulação global a partir do diagnóstico da antropologia da globalização e cadeias globais de produção e de valor⁸⁶.

Muitas vezes, estes objetivos aparecem misturados e demonstram a constante mutação da aproximação entre direito e antropologia. Se para alguns isso é resultado de ecletismo metodológico e ausência de cientificidade de estudos interdisciplinares, para seus defensores, não há nada de “relativismo”, ao menos quando a expressão é usada como crítica⁸⁷. Empregando a metáfora do ciborgue de Donna Haraway⁸⁸, Strathern prevê uma

82 cf. LE ROY, Étienne. **O Lugar da Juridicidade na Mediação**. Meritum, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012; EBERHARD, Christophe. **Towards an Intercultural Legal Theory - The Dialogical Challenge**. Draft Paper, 1999.

83 cf. STRATHERN, Marilyn; HIRSCH, Eric. **Transactions and Creations: Property Debates and the Stimulus of Melanesia**. Oxford: Berghahn Books, 2006; CARNEIRO DA CUNHA, 2009.

84 cf. STENGERS, Isabelle. **No Tempo das Catástrofes**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2009].

85 cf. OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990; OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. **Understanding knowledge as a commons: from theory to practice**. Cambridge: MIT Press, 2007; BOYLE, James. BOYLE, James. **The Second Enclosures Movement and the Construction of the Public Domain**. Law and Contemporary Problems, 2003, Vol 66, p. 33-74 (Winter 2003). Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol66/iss1/2>>; HARVEY, David. **The Future of the Commons**. Radical History Review, 109, 2011. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio, **Isto não é um Manifesto**. São Paulo: n-1, 2015; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Estruturas de Dominação de Bens Comuns e as Possibilidades de Transformação**. In: _____. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 105-122.

86 APPADURAI, Arjun. **The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; TSING, Anna, **Frictions: an Ethnography of Global Connection**. Princeton: Princeton University Press, 2005; PINHEIRO-MACHADO, Rosana. **Made in China: Produção e Circulação de Mercadorias no Circuito China-Paraguai-Brasil**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Antropologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

87 Esta reflexão metodológico-epistemológica remete a alguns dos debates da filosofia da ciência contemporânea, como a oposição holismo/individualismo, interpretação/significado e objetividade das ciências sociais. No direito, é notável que o paradigma positivista seja tão forte que juristas ignorem quaisquer propostas alternativas para pensar sobre a disciplina. Quanto à antropologia, parte importante do debate contemporâneo reage criticamente ao suposto caráter relativista da disciplina. Cf. VIVEIROS DE CASTRO, 2015; DESCOLA, 2009.

88 HARAWAY, Donna. **A Cyborg Manifesto: Science, Technology and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century**. In: _____, **Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature**. London:

espécie de composição, nunca perfeita, da relação entre antropologia e feminismo, e que, a meu ver, poderia ser estendida à relação entre direito e antropologia.

Mais do que fornecer elementos para debates da teoria do direito, coloco uma reflexão sobre os ganhos possíveis de se analisar o tema deste trabalho, a regulação jurídica dos CT na economia global, a partir de aportes antropológicos específicos. Afinal, para além de discussões propriamente teóricas, são vários os trabalhos que transitam nesta fronteira com contribuições jurídicas relevantes, abordadas até aqui e adiante⁸⁹.

Adotando ora a antropologia pelo viés de elicitar (“fazer aparecer”)⁹⁰ determinados problemas particulares a certos povos nos casos analisados, ora para pensar os limites de CT a partir da linguagem da propriedade intelectual (euramericana), esta dissertação investiga uma forma possível de antropologia jurídica. Juntos, estes autores levam ao tipo de experimentação com/entre direito e antropologia que se tentou fazer aqui. Ficará a julgamento posterior os sucessos e insucessos da empreitada.

Routledge, 1991 [1984].

89 POSEY, Darrell; DUTFIELD, Graham. **Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities**. Ottawa: IDRC Books, 1996; BOATENG, Boatema. **The Copyright Thing Doesn't Work Here: Adinkra and Kente Cloth and Intellectual Property in Ghana**. University of Minnesota Press, 2011; COOMBE, Rosemary. **The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law**. Durham: Duke University Press, 1998; STRATHERN; HIRSCH, 2006; STRATHERN, Marilyn. **Property, Substance, Effect: Anthropological Essays on Persons and Things**. London: Athlone, 1999; POTTAGE, Alain; MUNDY, Martha. **Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; ANDERSON, Jane E. **Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009; CARNEIRO DA CUNHA, 2009; CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; CESARINO, Pedro de Niemeyer. **Políticas Culturais e Povos Indígenas**. São Paulo: UNESP, 2014; BUSCH, Anna Friederike. **Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America: A Legal and Anthropological Study**. Berlin: Springer, 2015.

90 WAGNER, Roy. **A Invenção da Cultura**. São Paulo: Cosac Naify, 2010 [1976]. STRATHERN, Marilyn, 2006 [1988].

2. NEOCOLONIALISMO E SUBDESENVOLVIMENTO:

ESBOÇOS DA AGENDA INTERNACIONAL

A partir de uma apresentação esquemática, este capítulo aponta as permanências⁹¹ e discontinuidades⁹² dos CT na economia global, opondo narrativas conflitantes. Ao final, faz-se uma análise contrastando os principais elementos que reverberam diretamente nas bases e na interpretação do regime jurídico de CT⁹³.

2.1 A Invenção dos Conhecimentos Tradicionais e Suas Permanências

São pelo menos duas as principais condições de emergência dos CT como hoje são concebidos: a ascensão dos postulados do conhecimento científico em oposição a todos os demais saberes (chamados então de mágicos, místicos, crenças, superstições)⁹⁴ e a dominação político-econômica-cultural, por meio do colonialismo e do imperialismo, dos povos não ocidentais⁹⁵. Em outras palavras, uma articulação entre ideias e vida material, de modo que a própria noção de CT é moderna no sentido mais forte da palavra, ou seja, imbricada em um projeto de “mundo moderno”⁹⁶ com todas as suas consequências.

Segundo Laurelyn Whitt, a própria noção de CT está necessariamente implicada no contexto do projeto colonial europeu do século XIX⁹⁷. Para Whitt, há permanências neocoloniais até hoje por meio da interlocução entre ciência positivista ocidental e colonialismo sobre povos indígenas, e tal processo é realizado por meio das políticas culturais do direito. Isto é, por instrumentos jurídicos contemporâneos tais como a

91 Cf. 2.1.

92 Cf. 2.2.

93 Cf. 3; 4.

94 Assumindo o risco de excessiva simplificação, não se deve esquecer que este é também o momento do auge do positivismo, do racionalismo e do naturalismo no mundo euramericano, período da especificação disciplinar e das profissões científicas. Sociologia, antropologia, biologia e a moderna ciência do direito surgem como tal. Pós-Darwin, os cientistas deixam de debruçar-se sobre diversos campos e especializam-se cada vez mais.

95 Note-se, porém, que a apropriação indevida não tem nada de novo e muito menos de moderno. No caso brasileiro, o etnocídio é a marca fundacional do próprio Estado. Em certo sentido, a apropriação contemporânea é releitura de um processo iniciado há, no mínimo, mais de 500 anos.

96 Modernidade, como se costuma apontar, é uma expressão de Baudelaire, utilizada pela primeira vez em 1850. Sua origem é fortemente ligada à formação dos Estados Nacionais, ao nacionalismo e à criação de um mundo “novo”, livre das amarras e dos laços tradicionais do feudalismo e das antigas nobrezas. Os desdobramentos do debate sobre a modernidade são os mais amplos possíveis, especialmente no momento em que capitalismo e modernidade são atrelados de modo inseparável.

97 WHITT, Laurelyn. **Science, Colonialism and Indigenous Peoples**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

propriedade intelectual e seu funcionamento.

Nesta interpretação, de um lado, as ideias fornecem o substrato necessário para a diferenciação de conhecimentos indígenas do científico, constituindo, portanto, o objeto do conceito de CT. De outro, a vida material criou as condições histórico-geopolíticas para a divisão do mundo entre Primeiro, Segundo e Terceiro Mundo⁹⁸ e para a consolidação do que sejam povos primitivos⁹⁹, ou seja, os sujeitos dos CT. Esta interlocução reverbera no – e é sustentado pelo – direito contemporâneo¹⁰⁰.

No entanto, porque foi criada, a ideia de CT denota, por consequência lógica, que não é eterna, imutável nem autoevidente. Portanto, que é ela também matéria da história e da cultura¹⁰¹. Isto segue em linhas gerais o argumento em vários âmbitos de que também as características da modernidade ocidental são inventadas ou criadas¹⁰². Esta desnaturalização serve tanto para criticar argumentos que ignorem as condicionantes político-históricas quanto, de alguma forma, para lembrar que os conceitos podem ser transformados. Um exemplo.

Conhecimentos agrícolas de povos indígenas da Amazônia são chamados de CT. Saberes análogos de agricultores franceses para produzir vinhos¹⁰³ são considerados sofisticados e protegidos por “denominações de origem” e “indicações geográficas” (IG), direitos de propriedade intelectual que vinculam produtos a sua origem, conferindo proteção coletiva aos produtores da região¹⁰⁴. Acerca da distinção entre CT e IG, apontam Stephen Munzer & Kal Rastiala¹⁰⁵ que:

98 Posteriormente reconfigurado em países desenvolvidos e subdesenvolvidos, e atualmente em desenvolvimento e menor desenvolvimento relativo.

99 É importante notar que a expressão “povos primitivos”, até meados do século XX, não tinha conotação propriamente negativa, sendo preferível a termos como “povos inferiores”. Sem deixar de reconhecer que os autores do período certamente tinham consigo pressupostos de superioridade europeia, este é um caso em que a acepção contemporânea de um termo pode inviabilizar até mesmo a compreensão (crítica). São homens de seu tempo – mas não à toa, é claro, são *homens*, pessoas do sexo masculino. Cf. ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito: A Antropologia Jurídica da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

100 Neste projeto contribuíram diretamente antropólogos e juristas do séculos XIX e XX, embora não tenham necessariamente sido sua intenção. Outros tantos do século XXI dão-lhe continuidade, talvez com mais responsabilidade.

101 Cf. 1.2.1.

102 WAGNER, Roy. **A Invenção da Cultura**. São Paulo: Cosac Naify, 2010; HOBBSBAWN, Eric & RANGER, Terence, **A Invenção das Tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015; ANDERSON, Benedict. **Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism**. Londres: Verso, 1983, 2006; LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. São Paulo: Ed. 34, 2009 [1994].

103 Produtores de vinho tiveram tanta força política que recebem proteção específica pelo TRIPS, o mais importante tratado de propriedade intelectual: “Art. 23. Protec a o Adicional a s Indicac o es Geogra ficas para Vinhos e Destilados”.

104 BIRAL DA CUNHA, Camila. **Indicações Geográficas**. São Paulo: Atlas, 2013.

105 MUNZER, Stephen & RASTIALA, Kal. **The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge**. 27 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 37-97, 2009.

A GI-group usually consists of artisanal producers in a particular area, often in developed regions such as Europe, whose movement in or out of the area determines their right to use the GI. A TK-group usually consists of indigenous peoples who have a common culture that has endured since the first contact with the West. Thus, **the ugly history of colonialism is central to debates over TK but marginal with respect to GIs.** (MUNZER & RASTIALA, 2009, grifo meu).

Em outras palavras, a distinção jurídica dá-se por razões históricas e políticas – indissociáveis do projeto colonial. Mas em várias regiões do mundo, passou-se a discutir o uso de IG para proteger CT. No caso indiano, por exemplo, a aprovação da lei de indicações geográficas em 1999 trouxe uma leva enorme de pedidos de registro de pequenos agricultores rurais¹⁰⁶. Sobre as expectativas da área, comenta Madhavi Sunder:

In a country such as India, which has a vast cultural heritage and a store of traditional knowledge dating back to the Vedas, the GI Act is seen as a potentially important source of recognition and income for India’s rural poor—the very same poor who otherwise have been displaced and forced further into poverty by globalization (SUNDER, 2007, p. 98-99).

Em suma: os conhecimentos não são “tradicional” porque sejam antigos ou velhos, mas porque se referem a uma origem “indígena”¹⁰⁷. Certas permanências neocoloniais estão incorporadas na consciência jurídica contemporânea e também nos argumentos utilizados no debate, ainda estruturado em uma dicotomia moderno/tradicional¹⁰⁸, que é também a dicotomia Ocidente/Resto. No entanto, tanto quanto seus equivalentes ocidentais, conhecimento e arte indígena estão em constante transformação, pois CT adaptam-se às necessidades e prioridades do grupo. Por isso, as disputas também estão sujeitas a mudanças.

2.2. O Lugar dos CT na Economia Global Contemporânea

Esta seção pretende situar CT no âmbito da economia global contemporânea com o objetivo de entender o que há de inédito neste processo marcado por permanências e continuidades¹⁰⁹. Seguindo a divisão de Caroline Picart¹¹⁰, inspirada em Nietzsche, duas narrativas contrastantes apontam para os CT na economia global: uma delas é cética ou

106 SUNDER, Madhavi. **The Invention of Traditional Knowledge.** Symposium, Cultural Environmentalism, 10, 70 Law and Contemporary Problems, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=lcp>.

107 STOLL & von HAHN, 2004, p. 17.

108 Cf. 1.2.1.

109 Cf. 2.1.

110 PICART, Caroline Joan S. **Law in and as Culture.** Madison: Fairleigh Dickinson University Press, 2016.

pessimista; a outra, otimista. A contraposição também pode ser descrita como um conflito entre homogeneização de culturas¹¹¹ e indigenização da modernidade¹¹², duas visões antagônicas sobre os rumos da globalização em relação a modos de vida não-ocidentais.

Se a primeira narrativa de CT remete aos vícios da “mercantilização da cultura” e, sobremaneira, à destruição e perda de culturas locais, a segunda aponta para as oportunidades abertas aos povos tradicionais como agentes de inovação tecnológica e promotores da sustentabilidade, bem como intercâmbios culturais positivos.

2.2.1. A Visão Cética: Mercantilização de Culturas e Biocolonialismo

A visão cética ou pessimista pode ser resumida pela ideia de mercantilização de culturas promovida pela economia global contemporânea. De modo sintético, um movimento progressivo e irrefreável de conversão e redução de coisas, objetos, ideias em mercadorias. Ou seja, criar relações de mercados onde existiam “economias da dádiva”¹¹³; introduzir propriedade privada onde havia bens de acesso comum. Portanto, uma nova e contínua “acumulação primitiva de capital”¹¹⁴ decorrente da globalização comercial e

111 George Ritzer argumenta que a globalização capitalista intensifica, usando esquema interpretativo de Max Weber, o processo de racionalização do mundo. Isso se dá por processos formalmente centralizados, tais como a difusão de franquias do *fast food* McDonalds ao redor do mundo, baseados em quatro dimensões: eficiência, calculabilidade, previsibilidade e controle. Há variações locais, mas as características centrais são as mesmas. Ritzer reconhece os processos locais (“glocalização”), mas são estratégias de sobrevivência e resistência à “globalização”. Cf. RITZER, George. **The Globalization of Nothing**. Thousand Oaks: SAGE, 2003; RITZER, George. **The McDonaldization of Society**. Thousand Oaks: SAGE, 7ª ed, 2012. Nesse sentido, as iniciativas de proteção e valorização de CT, inclusive jurídicas, são uma reação (sempre insuficiente) à homogeneização cultural promovida pela economia global contemporânea.

112 Sem deixar de reconhecer as forças históricas de dominação, “indigenização da modernidade” é a expressão de Marshall Sahlins para as transformações da modernidade ocidental por meio de influências indígenas. Em “Ilhas de História”, sobre a conquista do Havaí pela frota do Capitão Cook – episódio controverso na historiografia ocidental – Sahlins nega tratar-se de mero processo de aculturação e dominação unilateral dos havaianos. Disso se pode extrair uma conclusão interessante: todo contato entre culturas é recíproco, embora não necessariamente simétrico. Obviamente trata-se de um episódio de dominação colonial que altera profundamente as estruturas das relações na sociedade havaiana, mas também os ingleses são impactados por este contato. SAHLINS, Marshall. **Ilhas de História**. São Paulo: Zahar, 2011. Portanto, o capitalismo global é reformulado a todo tempo pelos atores, inclusive indígenas: “Various indigenizations of modernity undertaken by people who have escaped the death sentence imposed by world capitalism now offer a whole new manifold of cultural variations for a renewed comparative anthropology”. SAHLINS, Marshall. **Culture in Practice: Selected Essays**. New York: Zone Books, 2000. Quando transposto o argumento para a reflexão sobre os direitos intelectuais de povos indígenas, fica em aberta a possibilidade de uma “indigenização do direito”, em que tais direitos servem para a emergência de algo novo, subvertendo os sentidos convencionais da noção de propriedade intelectual.

113 MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a Dádiva**. São Paulo: Cosac Naify, 2013 [1927].

114 O capítulo 24 d'O Capital, de Karl Marx, denominado “A Acumulação Primitiva de Capital”, é o ponto de partida da reflexão. O capítulo descreve o conjunto de elementos históricos que ofereceu as condições materiais para a criação de uma massa de camponeses desprovidos de terras que se converteriam, enfim, no proletariado industrial inglês do século XIX. Trata-se, portanto, da passagem do feudalismo para o capitalismo. O cerne desta narrativa encontra-se no processo de cercamento das terras comunais, ou “*enclosure of the commons*”, em inglês. *Commons* eram os bens comuns a todos, de livre acesso a quaisquer membros da comunidade. Pastos, rios, ar, florestas, plantas. A expressão remete a uma tradição do direito inglês para se referir às terras comunais. Marx narra como as terras antes usadas por todos, comunalmente, passam a ser (fisicamente) cercadas, mediante um processo de grande violência. O cercamento dos *commons* é

expansão dos domínios de privatização do mundo. As únicas “soluções” vislumbradas consistem também em converter CT em mercadorias – e tudo o que não se tornar um ativo com valor de troca é fadado à destruição.

Nesta vertente, a biopirataria denunciada em inúmeros casos não é nenhuma surpresa: é consequência praticamente necessária do funcionamento dos interesses empresariais e estatais, que objetivam ampliar os espaços de comodificação¹¹⁵ e, portanto, suas possibilidades de lucro.

Aqui, propriedade intelectual é em si uma nova esfera de mercantilização. Vandana Shiva sustenta que “when everything is patentable, the biodiversity and indigenous knowledge of countries of the South will also be patented”¹¹⁶. James Boyle trata criticamente da apropriação do intangível como “segundos cercamentos”, os “cercamentos da mente”¹¹⁷.

Aqui também, desenvolvimento sustentável é apenas a inserção da lógica econômica aplicada ao meio ambiente¹¹⁸. Não à toa, comunidades tradicionais só são relevantes na medida em que forem instrumentos de acesso à biodiversidade e sua preservação¹¹⁹. Eventualmente, mesmo argumentos supostamente em favor dos povos tradicionais acabariam por reforçar a lógica de que só têm valor porque interessam à modernidade ocidental¹²⁰¹²¹.

CT também podem servir como objeto de “turismo sustentável”¹²² ou “turismo exótico”¹²³, seja vendendo artesanatos, seja performando danças e cantos tradicionais para

amplamente conhecido na historiografia inglesa e precede em muito a obra de Marx. Mas o autor inova justamente ao colocar este processo como um dos requisitos materiais essenciais, verdadeira pré-condição, para o surgimento do modo de produção capitalista, pois os cercamentos (e sua correspondente expulsão de milhares de camponeses) deram origem ao “exército industrial de reserva” nas cidades inglesas. MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. São Paulo: Boitempo, 2013 [1857], Cap. 24.

115 Jason Clay, por exemplo, chamou de “última grande corrida pelos recursos” (*the last great resource rush*). CLAY, James. **Editorial: Genes, Genius, and Genocide**. *Cultural Survival Quarterly* 14:4, 1990, p. 1.

116 SHIVA, Vandana, 2016, i.

117 BOYLE, James. **The Second Enclosures Movement and the Construction of the Public Domain**. *Law and Contemporary Problems*, 2003, Vol 66, p. 33-74 (Winter 2003). Disponível em:

<<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol66/iss1/2>>.

118 ESCOBAR, Arturo, 1995.

119 Cf., AGRAWAL, Arun, 1994; DIEGUES, Antonio Carlos, 2008.

120 Cf. 1.2.1.

121 Esta é uma decorrência da prática desconstrutivista. Cf. BALKIN, Jack M., 1987. e 1.3.1.

122 Cf. KRIPPENDORF, Jost. **O modelo existencial na sociedade industrial: trabalho-moradia-lazer-viagem**. In: _____, *Sociologia do Turismo*. São Paulo: Aleph, 2000.

123 Cf. FREIRE-MEDEIROS, Bianca. **Touring Poverty**. London: Routledge, 2013; URRY, John. **The Tourist Gaze: Leisure and Travel in Contemporary Societies**. Thousand Oaks: SAGE, 2012.

o interesse do turista ocidental¹²⁴¹²⁵. Se nada der certo, ou seja, sem que se opere sua (auto)comodificação, a única saída na economia global contemporânea é a conversão das comunidades indígenas em trabalhadores urbanos pobres.

QUADRO 1 - BIOCOLONIALISMO

Laurelyn Whitt sintetiza esses processos no termo **biocolonialismo**, uma variação de neocolonialismo¹²⁶. O termo significaria uma atividade que:

(a) pelo uso da força ou coerção (econômica ou de outro tipo) envolve ou facilita a remoção, processamento, conversão em propriedade privada e mercantilização de recursos genéticos indígenas pela(s) cultura(s) dominantes; e

(b) que tem por consequência alguns ou todos os seguintes:

1. dano substancial ao meio ambiente, de forma que o modo de vida das pessoas é destruído, abalado ou ameaçado;
2. erosão da saúde ou bem-estar indígena, físico ou espiritual;
3. desestabilização das estruturas sociais, econômicas e jurídicas;
4. criação ou exacerbação de tensões políticas internas e externas;
5. perturbação ou descrédito de sistemas de valores e conhecimento indígena;
6. imposição de conceitos, práticas e valores que aumentam os interesses políticos e econômicos da cultura dominante;
7. perda da autonomia política e econômica e aumento da dependência em relação à cultura dominante; e
8. assimilação e perda da diversidade cultural e biológica¹²⁷.

Convertidos em mercadoria, CT têm de usar a gramática dos direitos liberais para sua proteção – o que reforçaria ainda mais seu caráter de produto negociável no mercado a determinado preço. Trata-se de um novo regime de representações segundo o qual tradições culturais passam a ser objeto de tutela jurídica porque – e somente se – são cultura-mercadoria¹²⁸. Afinal, na sociedade de massas, a própria percepção da arte foi alterada para preponderar seu valor de exposição¹²⁹. Desta forma, argumentos jurídicos que se estruturam em torno de demandas de propriedade, posse e detenção de uns sobre outros já configurariam, em si, a irreversibilidade dos efeitos nefastos da comodificação de culturas e práticas de povos tradicionais.

124 **Cannibal Tours**. Direção: O'ROURKE, Dennis. Produção: O'Rourke and Associates, Austrália: 1988 (70 minutos).

125 Cf. 1.2.1.

126 “One variant of neocolonialism, a relationship of dominance and oppression between nations or peoples in which a nation, or nations, maintains power over another nation through a variety of means other than direct governmental control”. WHITT, 2009, p. 20.

127 WHITT, 2009, p. 23-4.

128 ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. **A Indústria Cultural: o Esclarecimento como Mistificação das Massas**. In: _____. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Rio: Zahar, 1985, p. 113-156; BENJAMIN, Walter.

129 BENJAMIN, Walter. **A Obra de Arte na Era de sua Reprodutibilidade Técnica**. In: ADORNO, Theodor et al. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 221-254.

Sob este ponto de vista, os movimentos de contestação e resistência são apenas parciais, compensatórios e limitados. Somente propostas de rompimento radical são alternativas possíveis.

Quais as consequências jurídicas possíveis dessa perspectiva? Abandonar e criticar a linguagem dos direitos de propriedade intelectual; criticar as tentativas de incluir pelas vias dos mercados as populações tradicionais; impedir o uso nas pesquisas científicas; criticar as propostas de desenvolvimento sustentável (“mais desenvolvimento do que sustentável”). Enfocar em seu lugar os direitos humanos ou talvez até mesmo abandonar qualquer alternativa pela via jurídica, que inevitavelmente terminaria por reforçar um caráter liberal. No mínimo, ser cético quanto a quaisquer alternativas do uso de CT e recursos genéticos na dinâmica da economia global.

2.2.2. A Visão Otimista: Biotecnologia e Descolonialidade

a) Promessas do desenvolvimento na era da informação. Na versão mais forte da narrativa otimista, a economia global é cada vez mais marcada pela importância do intangível¹³⁰: são as promessas da “era da informação”¹³¹. CT seriam então uma das bases dos paradigmas de desenvolvimento tecnológico e industrial alternativos às formas predatórias em voga. Ao mesmo tempo, povos tradicionais passam a ser pensados como atores-chave do mundo contemporâneo e reconhecidos em sua importância estratégica.

Por exemplo, a emergência de novas indústrias, sobretudo a biotecnologia e economias verdes, poderiam se basear em CT. Nesse sentido, sua valorização como possíveis ativos comerciais – incluindo não apenas os que terão aplicação industrial, mas também as práticas culturais artísticas – serviria para a autossuficiência financeiras das populações tradicionais, tipicamente alvo dos maiores indicadores de desigualdade.

Nos debates que culminaram na Convenção da Diversidade Biológica (CDB,

130 Nos estudos de administração, costuma-se referir a um paradigma da empresa baseada em conhecimento (*knowledge-based theory of the firm*), que a coloca no “centro” da atividade empresarial. Nestes (não mais tão) novos setores da economia global, os ativos mais importantes são intangíveis – o que por si só ressalta a importância crescente da propriedade intelectual. Para os teóricos que defendem a existência de uma “sociedade da informação” como a marca central do capitalismo contemporâneo, a propriedade intelectual converte-se em aspecto central e estratégico para a atividade econômica. Nesta vertente otimista sobre os CT, a PI não é mais a causa de problemas, mas parte da solução.

131 Já em 1974, Daniel Bell disseminou a expressão “sociedade pós-industrial”, um aceno a transformações na economia global na direção da preponderância de serviços e diminuição relativa do papel da indústria. A despeito das críticas, novas tecnologias, inteligência artificial, biotecnologia e *big data* são alguns dos principais debates teóricos e práticos sobre os rumos do direito contemporâneo. BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. New York: Basic Books, 1974.

1992), por exemplo, a biotecnologia era vista como a grande oportunidade para os países em desenvolvimento¹³², em especial os chamados “megadiversos” como o Brasil, para alavancar a inovação tecnológica. Com isso, realizar o sonhado “catch-up”¹³³ e ainda promover um novo paradigma de desenvolvimento, agora sustentável. Uma lógica “win-win”, em que todos ganhariam¹³⁴. Neste quadro, os CT seriam o elemento central estratégico e trunfo dos países em desenvolvimento em um mundo de possíveis novas convergências e harmonia pós-Guerra Fria.

O lugar contemporâneo central dos CT implicaria portanto reconhecer o papel dos povos tradicionais em duas dimensões: como agentes da superação do subdesenvolvimento¹³⁵, este projeto ainda em curso na periferia do capitalismo mundial, e como atores transformadores das próprias noções contemporâneas de desenvolvimento¹³⁶.

Neste caso, o direito – dos paradigmas de sustentabilidade à propriedade intelectual – é um instrumento importante. É preciso reformá-lo para bem atender à participação de CT, mas as categorias existentes poderiam ser base para experiências muito promissoras.

b) Decolonialidade e novos modelos de vida. Trata-se de outra vertente otimista, porém matizada e que contrasta diretamente com a anterior. As últimas décadas assistiram ao surgimento de movimentos antiglobalização e alterglobalização¹³⁷, manifestado, por exemplo, no Fórum Social Mundial e em uma tentativa geral de resguardar aspectos próprios, locais e comunitários diante da homogeneização global

132 Como setor econômico, a biotecnologia passou de ramo incipiente a um dos ramos mais lucrativos e inovadores da economia contemporânea em menos de 30 anos. Colocou a (socio)biodiversidade e os povos tradicionais no centro. Se antes estes eram empecilhos às políticas de desenvolvimento, converteram-se rapidamente em sua grande promessa. Não à toa, é um conceito que integra a Convenção para a Proteção da Biodiversidade: “Artigo 2. Utilização de termos para os propósitos desta Convenção: [...] Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.” CDB, 1992.

133 cf. NAYAAR, Deepak. **Catch-Up: Developing Countries in the World Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

134 CARNEIRO DA CUNHA, **Prólogo**. In: KLEBA, John Bernhard; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Dilemas do Acesso à Biodiversidade e aos Conhecimentos Tradicionais: Direito, Política e Sociedade**. São Paulo: Fórum, 2009.

135 cf. FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Centro Celso Furtado e Contraponto, 2009 [1961].

136 cf. LITTLE, Paul E. **Etnodesenvolvimento Local: Autonomia Cultural na Era do Neoliberalismo Global**. Tellus, Campo Grande, ano 2, n. 3, out. 2002.

137 Nos termos formulados por Gustavo Lins Ribeiro (2014), trata-se de “globalização não-hegemônica”; é o que Boaventura de Sousa Santos (1999) chamara de uma “globalização por baixo”. LINS RIBEIRO, Gustavo. **Outras Globalizações – Cosmopolíticas Pós-Imperiais**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014; SOUSA SANTOS, Boaventura. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 1997.

capitalista. Fazem parte destes processos lutas as mais diversas pela preservação e manutenção de formas, práticas, espaços e modos de pensar¹³⁸, dentre as quais as iniciativas e mobilizações de povos indígenas ao redor do mundo.

Particularmente na América Latina, o pensamento decolonial¹³⁹ e a crítica aos modelos europeus ganharam muita projeção nos anos 2000, em especial após as eleições de Evo Morales na Bolívia e Rafael Correa no Equador. Elas deram origem a reformas constitucionais que incorporaram, respectivamente, as ideias de “Estado plurinacional” e “bem-viver” (*bien vivir*) com direitos da natureza¹⁴⁰. Apesar das críticas que se seguiram¹⁴¹, a associação entre insurgência indígena e mudança de paradigma social é desde então, com boas razões, muito forte.

Sob este enfoque, os CT são parte da crítica radical ao capitalismo global e a proposta a partir da qual se fundam modelos alternativos – “novos desenhos do Sul”. Neste caso, haverá um novo direito, baseado em práticas emancipatórias, participativas e decoloniais, e um rompimento com as categorias anteriores.

2.3. Novas apropriações ou novas oportunidades?

A junção do olhar cético com o olhar otimista permite esclarecer os tipos de argumentos em jogo e seus desdobramentos. A conclusão é: nada é garantido *a priori* nem fixo; tudo é em alguma medida paradoxal.

A intensificação da globalização econômica aumentou em número e grau o uso potencial e efetivo de recursos genéticos e CT. Silke von Lewinski lembra que, embora pesquisadores, artistas e músicos atuassem de modo similar no século XIX, a escala atual é

138 Dentre outros: a mobilização nos anos 1960 em Nova York contra os grandes projetos imobiliários e de transporte, capitaneados por Jane Jacobs, os movimentos de agroecologia, o movimento zapatista no México, os protestos de Seattle em 1999 contra a reunião do G-8, as Primaveras Árabes, os movimentos Occupy, Indignados, Black Lives Matter, etc.

139 cf. QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del Poder, Imperialismo y América Latina**. In: LANDER, Edgar. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000; MIGNOLO, Walter. **Historias Locales / Diseños Globales: Colonialidad, Conocimientos Subalternos Y Pensamiento Fronterizo (Cuestiones de Antagonismo)**. Madrid: Akal Ediciones Sa, 2003; DUSSEL, Enrique. **Ética na Libertação: Na Idade da Globalização e da Exclusão**. 4a ed. São Paulo: Vozes, 2007.

140 cf. WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latinoamericano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

141 cf. LACERDA, Rosane Freire. **Volveré y Seré Millones: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação**. Tese (Doutorado em Direito), UnB, Brasília, 2015.

muito maior. Por isso, a pressão competitiva e a demanda por inovações cada vez mais rápidas pressiona por “matérias-primas” como “melodies, rhythms, designs, techniques, genetic materials, medical remedies, and so on”¹⁴². Isso pode aumentar apropriações ou criar novas oportunidades, algo que dependerá, dentre outros fatores, da regulação jurídica.

Sempre há choques interpretativos: Lewinski, por exemplo, considera que o New Age, o qual busca “valores perdidos e espiritualidade renovada”, reflete a importância do conhecimento indígena na atualidade¹⁴³. Kimberley Lau concebe o mesmo movimento justamente como elemento de mercantilização de culturas, substituindo o preconceito da imagem do “Oriente atrasado” por outro: o “Oriente espiritualizado e exótico”¹⁴⁴.

Mas sob muitos aspectos, nem toda apropriação de CT traz consequências negativas. Nem toda mercantilização importa necessariamente em “aculturação”, desqualificação ou falsificação das culturas e das experiências humanas¹⁴⁵. Experiências positivas de “vender cultura” existem e são bem registradas¹⁴⁶. Como afirma Daniel Wüger:

“eventually, commercialization of certain aspects of intangible cultural property can contribute to the preservation of cultural heritage as a whole. [...] Capacity building and promoting understanding on IP issues, especially within indigenous and local communities, have to be a further important component of that policy” (WÜGER, Daniel, 2004, p. 197)¹⁴⁷.

No Brasil, casos recentes como a Pimenta Jiquitaia Baniwa e outros produtos da agrosociobiodiversidade vendidos e promovidos em grandes centros urbanos e restaurantes famosos valorizam a comunidade, trazem renda e criam novas redes de relações¹⁴⁸. Turismo ecossustentável pode criar pressões contra mineração, agropecuária e

142 LEWINSKI, 2004, p. 1.

143 Ibid., p. 1.

144 LAU, Kimberley J. **New Age Capitalism: Making Money East of Eden**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

145 Marshall Sahlins subverte a lógica comum e afirma: “a prova de que mercantilização não acaba com culturas são os Estados Unidos”. SAHLINS, Marshall. **Esperando Foucault, Ainda**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

146 Cf. de modo exemplar o contrato entre Aveda e os Yawanawa. NAHOUM, André Vereta. **Selling “cultures”: The Traffic of Cultural Representations from the Yawanawa**. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

147 WÜGER, Daniel. **Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws**. In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 197

148 A Pimenta Jiquitaia Baniwa é feita mediante CT das mulheres Baniwa, em um processo ancestral. O processo de estruturação da atividade cooperativa, de adequação da produção aos parâmetros regulatórios fitossanitários e de reconstrução histórico-etnográfica da Pimenta Baniwa contou com a participação e apoio do Instituto Socioambiental (ISA). Mas é preciso reconhecer que os mercados não estão interessados diretamente na intensa agrobiodiversidade promovida por povos tradicionais. Se os povos indígenas do Brasil deram origem a (literalmente) centenas de variedades de mandioca, os mercados comportam, por questões

grandes grupos empresariais em favor das comunidades tradicionais¹⁴⁹. Novos medicamentos e produtos baseados em CT podem trazer grandes benefícios sociais, além de remuneração e reconhecimento dos povos tradicionais que o deram acesso¹⁵⁰.

Com efeito, tomar o conhecimento como mercadoria é reduzi-lo a um ativo comercial, reificá-lo e considerar que seu valor é exclusivamente mercantil. Isto é um problema grave. Por outro lado, deixar de reconhecer o potencial econômico do conhecimento pode perder de vista os benefícios possíveis aos detentores de CT¹⁵¹. Empoderamento, participação e reconhecimento dos povos tradicionais para se beneficiar comercial e simbolicamente de seus CT são noções perigosas, mas são antes de tudo problemas práticos.

De sua parte, a articulação de povos indígenas, formal e informal, abriu novos espaços de debate, novas práticas de ativismo e novas formas de pensar os CT. Ceticismo e otimismo são dois lados do mesmo debate¹⁵². No entanto, não se deve dissociar o problema

regulatórias e típicas de comportamento de consumidores de massa, apenas um punhado extremamente restrito de espécies. Ademais, a massificação da produção da pimenta traria consequências para a organização comunitária Baniwa. Não obstante, são uma importante fonte de renda e levam o nome Baniwa aos restaurantes mais famosos do país. Em uma sociedade que não sabe sequer o nome dos povos indígenas, esta dimensão não é irrelevante. Cf. Instituto Socioambiental. **Pimenta Jiquitaia Baniwa**. São Paulo: ISA, 2016.

149 Este é o caso da pequena comunidade de Coroca, no rio Arapiuns, afluente do Tapajós, no Pará. O rio Tapajós é alvo de crescentes pressões: de um lado, pela criação de hidrelétricas (madeireiras e mineradoras estão juntas aqui), de outro, por sua conversão em uma grande hidrovía para o transporte de soja e milho produzidos no Mato Grosso e no sul do Pará. O turismo global “ecossustentável”, com todas as suas consequências negativas ao tecido social, é ao mesmo tempo uma fonte de renda e a criação de um mercado que cria pressão contra outros usos mais perversos dos territórios. Locais turísticos estão inseridos nos fluxos do capitalismo global, movimentam renda e atores estratégicos os quais, embora autointeressados, tendem a posicionar-se contra sua destruição. Nesse sentido, o desenvolvimento do turismo na região torna a correlação de forças relativamente distinta.

150 CT que ingressam em processos produtivos – como para produção de cosméticos ou medicamentos – são mais valorizados e ganham apoio de diversos novos atores (setor empresarial e Estados, principalmente) para sua conservação *in situ*. Por decorrência, valorizam a preservação do meio ambiente e o reconhecimento de direitos territoriais e intelectuais de povos indígenas e comunidades locais. Por outro, só são importantes porque têm valor comercial.

151 Também não se deve superestimar o potencial econômico de CT na economia global. Em 2002, Kerry ten Kate e Sarah A. Laird propuseram uma tabela de sistematização dos usos de CT por setores industriais (Anexo 1). Ela permite notar que os usos e fontes de CT são múltiplos: têm papel em diversos momentos de pesquisa, para diversas finalidades e em diversas indústrias. Muitas vezes, porém, não são a base principal para o desenvolvimento de um novo produto, embora possam sê-lo. As autoras sustentam que de fato “direct links can still be made between many products on the market and knowledge systems dating back millennia. For example, of the approximately 120 pharmaceutical products derived from plants in 1985, 75 percent were discovered through the study of their traditional medical use (Farnsworth and others, 1985)” (p. 134). Ainda assim, os benefícios para os povos tradicionais são mínimos (p. 135). ten KATE, Kerry & LAIRD, Sarah A. **Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities**, in: *Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip (org.), Oxford University Press e Banco Mundial, 2004, p. 133-158.

152 Para Karl Polanyi, os mercados são necessariamente imbricados (*embedded*) nas relações sociais. Porque mercados não constituem esfera social autônoma, dissociar mercado e sociedade é tanto equivocado quanto perigoso. Ao analisar a emergência da sociedade de mercado, Polanyi aponta o “duplo movimento” de desenraizamento dos mercados dos aspectos sociais, de um lado, e as demandas por proteção social, de outro e como resposta. São os dois lados do processo. POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

dos CT em relação a aspectos mais gerais de direitos dos povos indígenas e tradicionais¹⁵³.

Entre os Wapichana de Roraima, Thiago Ávila assinala como os debates sobre biopirataria no seio da comunidade não estavam descolados dos demais problemas vivenciados. No entanto, não eram a prioridade. Como afirmou seu interlocutor Clóvis Ambrósio, “a problemática da biopirataria vivida por seu povo não pode ser resolvida sem que se solucionem os problemas de demarcação de suas terras”¹⁵⁴.

Ambrósio também sinalizou o que está em jogo ao se discutir CT:

“[...] uma vez que o Governo não resolveu os problemas de demarcação de terras, os autores de crimes praticados contra nossas comunidades não são punidos, a pesca predatória e a exploração ilegal de minérios e madeiras acontecem diariamente sem providências concretas para combatê-las, como o Estado brasileiro vai proteger a biodiversidade e nossos conhecimentos tradicionais? [...]” (Wapichana, 1999, p. 42).

Por fim, toda a discussão apresentada neste capítulo partiu da chave explicativa de um mundo cujas fronteiras têm sido progressivamente removidas. Os acontecimentos políticos dos últimos anos, entretanto, colocam em xeque estas visões. Em um mundo de ascensão de novos fascismos, discursos extremistas, Brexit, fechamento de fronteiras e xenofobia institucionalizada, a narrativa da globalização, tanto a “hegemônica” quanto a “alterglobalização”, perde parcialmente sua capacidade de explicação. O debate jurídico dos CT ainda não conseguiu internalizar estas questões, mas precisa fazê-lo¹⁵⁵.

153 Por exemplo: que CT podem realmente converter-se na base de novos fármacos revolucionários da indústria farmacêutica global, em um contexto em que remédios são cada vez mais especializados e praticamente inexistem investimentos para as doenças negligenciadas? Que valor agregado podem trazer as expressões culturais tradicionais para o turismo e a venda de produtos (têxteis, móveis, etc.), e quais os impactos para as relações sociais dos grupos afetados? Que espaço assumem os CT se seus detentores permanecem às margens do sistema global?

154 ÁVILA, Thiago. **Biopirataria e os Wapichana: Etnografia sobre a Bioprospecção e o Acesso aos Recursos Genéticos na Amazônia Brasileira**. Revista de Estudos e Pesquisas, Funai, Brasília, v. 3, n. 1/2, jul/dez 2006, p. 253.

155 Cf. Conclusão.

3. AS BASES DO REGIME INTERNACIONAL:

BIODIVERSIDADE, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITOS HUMANOS

A regulação jurídico-institucional dos CT deve ser lida como uma questão global, na qual as instâncias internacionais, regionais e nacionais estão de certa forma interconectadas e reciprocamente influenciadas. O debate internacional toma “forma” sob a alcunha “conhecimentos tradicionais” provavelmente na década de 1980. Como apontam Peter Drahos & Susy Frankel:

Indigenous knowledge is a much older phenomenon than IP, but it has existed as a concept within Western scholarship for only a short time, previously being most closely linked to anthropology and emerging as a distinct concept in the 1980s¹⁵⁶.

A proteção a CT, no seu sentido mais geral, esteve sempre muito vinculada a direitos de povos tradicionais, sobretudo indígenas. O debate surge na agenda internacional a partir da década de 1970¹⁵⁷. Ao longo dos anos 1980, o esforço dos países em desenvolvimento foi o de promover uma proteção internacional a suas práticas culturais e folclóricas – hoje chamadas “expressões culturais tradicionais” (ECT).

No entanto, as bases fundamentais do regime jurídico internacional de CT são da década de 1990, encontradas em três dimensões: biodiversidade, propriedade intelectual e direitos humanos. A primeira, a partir da Convenção da Diversidade Biológica, de 1992. A segunda, com o Acordo TRIPS, Anexo 1C do Tratado de Marrakech, fundador da OMC, de 1994. A terceira, pela chave dos direitos indígenas (Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989) e, posteriormente, também direitos culturais (Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, UNESCO, 2003¹⁵⁸).

Outros instrumentos voluntários também foram emitidos ao longo da década de 1990, dentre os quais a Declaração do Rio de 1992, a Agenda 21 (1992) e o Rascunho da Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas (1994). Este último culminaria na Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas de 2007. Neste período, conviveram propostas de uso dos instrumentos de propriedade intelectual para a proteção

156 DRAHOS, Peter & FRANKEL, Susy. **Indigenous people’s innovation: intellectual property pathways to development**. Canberra: ANU Press, 2012, p. 25.

157 LUCAS-SCHLÖTTER, Agnès, **Folklore**. In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Haia: Kluwer, 2004.

158 Embora posterior, consagra o debate anterior em torno do patrimônio imaterial da humanidade.

de CT e propostas baseadas em direitos humanos e sustentabilidade. De algum modo, da insuficiência da primeira decorreram as propostas de regimes *sui generis*, como efetivamente certos países adotaram e, do segundo, a continuidade do debate em arenas de direitos indígenas.

Neste capítulo, estas bases e seus desdobramentos serão descritas. A escolha foi de apresentar simultaneamente normas, instituições e arenas, vislumbrando uma visão mais completa do que significa o tratamento jurídico de CT.

3.1. Biodiversidade

3.1.1. Convenção da Diversidade Biológica (1992)

O maior e mais importante documento internacional sobre a questão ambiental, a Convenção para a Proteção da Biodiversidade ou Convenção da Diversidade Biológica (CDB) é resultado das tratativas do célebre encontro Eco-92, realizado no Rio de Janeiro¹⁵⁹. As reflexões mundiais sobre a necessidade de questionar os paradigmas produtivos industriais diante do risco de um colapso ambiental global estavam em franco crescimento há décadas¹⁶⁰.

O debate, bastante concentrado em torno da ideia dos limites materiais da ação humana, trouxe também o papel da interação entre natureza e humanos. Os “povos tradicionais” teriam um papel central:

“Preâmbulo - (...) 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 tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes;” (CDB, 1992)

Em outra dimensão, ganhava visibilidade crescente uma grande quantidade de casos de apropriação indevida/biopirataria no mundo. Nos anos antecedentes à CDB e ao

159 Também conhecido como Rio-92, embora – sem surpresas – seja mais utilizado no Brasil do que no exterior.

160 Em 1987, o Relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum”, conceitua a noção canônica de desenvolvimento sustentável: “Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Our Common Future**, 1987. Este diagnóstico previu, ao mesmo tempo, a necessidade de formular soluções globais/transnacionais, muito além dos interesses específicos de estados nacionais, e a exigência de reformulação do modelo de crescimento econômico até então vigente.

longo da década de 1990, para dar apenas alguns exemplos: planta Hoodia na África do Sul; turmerico, árvore Neem, arroz Basmati, yoga na Índia; feijão Enola no México; bancos de sangue nos Estados Unidos, Panamá e Brasil; cupuaçu, açaí no Brasil; arte aborígine na Austrália.

Neste contexto, a CDB, ratificada por todos os estados-membro das Nações Unidas – com a exceção dos Estados Unidos da América – é caracterizada por três pilares fundamentais: a) conservação da diversidade biológica; b) uso sustentável dos recursos naturais; e c) repartição justa e equitativa de benefícios do uso de recursos genéticos¹⁶¹.

O primeiro implica a previsão de medidas de preservação da biodiversidade, com enfoque na natureza “em si”¹⁶² e em uma dimensão de bem público global. O segundo pilar remete ao paradigma do desenvolvimento sustentável e à interação entre humanidade e natureza. Novamente, trata-se de preocupação global, embora atrelada à dinâmica dos estados-nações e suas políticas econômicas, industriais e de desenvolvimento. Quanto ao terceiro, que toca o objeto desta dissertação, o enfoque é no resguardo dos direitos das comunidades tradicionais quanto à repartição de benefícios decorrente do uso de recursos genéticos e seus conhecimentos tradicionais associados. Neste caso, a preocupação é com interesses locais – mas que remetem a aspectos globais.

O art. 8j traça as obrigações principais dos Estados, com verniz principiológico:

Artigo 8 – Conservação *In Situ*, Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas¹⁶³;

“Recursos genéticos” são entendidos como “material genético de valor real ou potencial” (Preâmbulo), que remete, por sua vez, à noção de “material genético”, tido como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade” (Preâmbulo). Em outras palavras, no âmbito da

161 CDB, 1992.

162 A distinção natureza/cultura é altamente problemática, como já apontei. No entanto, parece explicitar o tipo de argumento em questão. Cf. 1.2.1.

163 Convenção sobre a Biodiversidade (CDB).

CDB, não há menção a um sentido de conhecimentos tradicionais desvinculado de questões naturais¹⁶⁴.

Segundo ten Kate & Laird¹⁶⁵ (2004), a CDB faz um equilíbrio entre soberania e autoridade dos governos nacionais para regular acesso a recursos genéticos com a obrigação de facilitar o acesso para fins ambientais claros. É precisamente esta soberania estatal na ordem internacional que é criticada da perspectiva de povos indígenas.

A implementação e consecução dos pilares da CDB são de competência de seu Secretariado Executivo da COP – Conferência das Partes, como ocorre em regra nos tratados internacionais ligados ao Sistema das Nações Unidas. Direta ou indiretamente, os CT foram abordados como temas centrais nas seguintes reuniões ordinárias bianuais: COP 2 - Jakarta, 1995; COP 3 - Buenos Aires, 1996; COP 4 - Bratislava, 1998; COP 5- Nairobi, 2000; COP 6 – Haia, 2002; COP 8 – Curitiba, 2006; COP 10 – Nagoya. Há também um Grupo de Trabalho sobre o artigo 8(j) que realiza atividades e discussões sobre acesso e repartição de benefícios¹⁶⁶.

O desenvolvimento das discussões em torno dos CT desdobrou-se, sobretudo, nos seguintes documentos internacionais: (i) Diretrizes Voluntárias de Akwé: Kon (2000); (ii) Diretrizes de Bonn (2002) e (iii) Protocolo de Nagoya (2010). O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança também tangencia a questão (2000). Por óbvio, a grande diferença está no status de *hardlaw* do Protocolo de Nagoya em oposição a diretrizes de *softlaw* voluntárias.

3.1.1.1. Desenvolvimento sustentável e seus críticos

Quando da promulgação da CDB, o otimismo era marcante. Agradava às aspirações de um mundo interconectado e que supostamente superara grandes dicotomias no pós-Guerra Fria. Agradava às utopias progressistas em busca de uma agenda emancipatória alternativa ao socialismo. Satisfazia também países em desenvolvimento, visto que colocava em sua biodiversidade um papel estratégico para novas oportunidades

164 Por isso, neste caso, conhecimentos tradicionais são os “conhecimentos tradicionais associados” (CTA).

165 ten KATE, Kerry & LAIRD, Sarah A. **Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities**, in: *Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip (org.), Oxford University Press e Banco Mundial, 2004, p. 133-158.

166 Secretariado da CDB. **Article 8(j) - Traditional Knowledge, Innovations and Practices**. Disponível em: <<https://www.cbd.int/traditional/default.shtml>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

de desenvolvimento. Por fim, para boa parte dos países industrializados, não criava obrigações restritivas a suas atividades econômicas, no que potencialmente seria uma compatibilização perfeita entre desenvolvimento e sustentabilidade.

Neste contexto, esperava-se que países megadiversos contribuíssem com recursos genéticos com potencial para criar soluções industriais sustentáveis e, no outro polo, países industrializados realizassem ampla transferência de tecnologia¹⁶⁷.

Em 1995, Arturo Escobar critica a noção de desenvolvimento sustentável por constituir mero desdobramento das políticas convencionais de desenvolvimento, baseadas em um pressuposto de crescimento permanente, em uma teleologia do progresso e no binômio econômico da escassez-necessidade¹⁶⁸.

Ao longo dos anos, convertidos em décadas seguintes, a CDB passou a ser marcada por um conjunto cada vez maior de descontentamentos. Seus críticos aumentaram e, do ponto de vista mais incisivo, os aspectos potencialmente transformadores de suas discussões converteram-se cada vez mais em instrumentos lastreados em incentivos econômicos e compensações¹⁶⁹, que não conseguem, de todo, atingir a questão mais estrutural do colapso ambiental emergente.

3.1.1.2. Conservação in situ (artigo 8j) e o papel das comunidades tradicionais

O cerne da CDB para conhecimentos tradicionais está no artigo 8(j):

“Artigo 8 - Conservação In situ - Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar,

167 Esperava-se que, no processo de uso de tais recursos pelas empresas e governos em novos setores da economia (tendo a biotecnologia um papel primordial), a transferência de tecnologia serviria aos propósitos de justiça e desenvolvimento global. Variantes deste debate acabavam por englobar espectros políticos e visões econômicas antagônicas: os defensores da liberalização irrestrita em termos neoliberais contentavam-se com esta visão, justificando-a perfeitamente na teoria das vantagens comparativas de David Ricardo. Países em vias de industrialização e semi-industrializados passaram a ver seus próprios recursos genéticos com um potencial até então inimagináveis. No caso do debate latinoamericano, em que a teoria do desenvolvimento é e foi em muito informada pelo estruturalismo da CEPAL e pela subsequente teoria da dependência, a organização dos fatores produtivos pelo Estado Desenvolvimentista permitiria superar o subdesenvolvimento. Nesse sentido, conforme o argumento de Alessandro Octaviani (2009), dos recursos genéticos decorre, inclusive, a possibilidade de superação do subdesenvolvimento. OCTAVIANI, Alessandro. **Recursos Genéticos e Subdesenvolvimento: Os Desafios Furtadiano e Gramsciano**. São Paulo: Saraiva, 2014.

168 ESCOBAR, Arturo. **Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

169 Tais como diminuição de externalidades externas, compensações, incentivos econômicos para minoração de impactos ambientais, sistemas de promoção ou punição.

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 vinculação de CT à preservação da biodiversidade assumiu o papel importante de mostrar que povos tradicionais poderiam ser bons gestores do meio ambiente¹⁷⁰. Originalmente, concebiam-se os modos de vida tradicionais como um mal menor, ou seja, menos danosos ao entorno por sua relação e adaptabilidade ao meio ambiente; posteriormente, os povos tradicionais passaram a ser tomados como agentes ativos na conservação da natureza¹⁷¹. Paradoxalmente, esta vinculação também replica e fortalece a tese romântica de “harmonia com a natureza” dos povos indígenas¹⁷².

Mathew Rimmer, por meio de estudo empírico na Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos, Suíça e Escandinávia, sustenta que as comunidades indígenas ao redor do mundo são os maiores impactados pelas mudanças climáticas. Mas, ao mesmo tempo, estão na linha de frente das ações contra elas¹⁷³. Nesse sentido, Manuela Carneiro da Cunha & Mauro Almeida sustentam também que os CT propiciam uma melhor gestão dos recursos naturais trazendo *insights* ao próprio conhecimento científico¹⁷⁴¹⁷⁵.

Ao longo das décadas de 1980 e 1990, portanto, conforme a agenda do desenvolvimento sustentável ganhou força, este papel específico legado aos povos tradicionais se consolidou. De um paradigma ambientalista que previa uma “natureza intocada” que impediria toda e qualquer ação humana, passou-se à noção híbrida de “socioambientalismo”, em que a dimensão humana das populações tradicionais não pode ser destacada do meio ambiente¹⁷⁶.

170 Este reconhecimento é decorrência da crítica de que o ambientalismo preteria as populações tradicionais e criava uma oposição eurocêntrica entre preservação do meio ambiente e povos autóctones. Estes debates tanto orientam quanto reinterpretem os sentidos da CDB, e ajudam a explicar algumas das transformações ocorridas dentro de sua gestão. DIEGUES, Antonio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: Hucitec, 2008; cf. 1.2.1.

171 STOLL & von HAHN, 2004, p. 25.

172 Por consequência, também o oposto falacioso do argumento: o de que sem esta “harmonia”, os povos devem ser considerados “aculturados”, tendo perdido seus traços culturais e, por fim, não têm direitos específicos.

173 RIMMER, Matthew. **Intellectual Property and Climate Change: Inventing Clean Technologies**. London: Edgard Elgar, 2011.

174 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela & ALMEIDA, Mauro de. 2009.

175 cf. 1.2.1.

176 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à Biodiversidade Biológica e Cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

Segundo o artigo 22 da Declaração do Rio de 1992:

Artigo 22. Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, **em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais**. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

Há um perigo de, mesmo sob o novo paradigma, valorar os conhecimentos tradicionais ecológicos por uma forma meramente instrumental aos valores do direito ambiental¹⁷⁷. Por outro lado, a expansão permite atrelar a agenda dos direitos dos povos tradicionais à questão ambiental mais ampla, precisamente o que, no Brasil, o ativista Chico Mendes realizou ao longo da década de 1990 e 2000¹⁷⁸. Neste caso, é um argumento em favor da indissociabilidade dos direitos humanos: culturais de um lado, ambientais de outro¹⁷⁹.

3.1.1.3. Acesso e repartição de benefícios (ARB)

O artigo 15 é destinado ao acesso a recursos genéticos. Reconhece “os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais” (artigo 15.1), sendo pois o Estado e sua legislação nacional a autoridade competente para determinar o acesso a recursos genéticos. A CDB prevê acesso facilitado a recursos genéticos “para utilização ambientalmente saudável” por outros Estados (15.2). Este mesmo artigo trata de “consentimento prévio fundamentado” (artigo 15.5) e do compartilhamento “de forma justa e equitativa [d]os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte [...] provedora desses recursos” (artigo 15.7).

No entanto, o consentimento prévio (artigo 15.5) e a repartição de benefícios (artigo 15.7) são destinados aos Estados, e não às próprias comunidades tradicionais. Os povos tradicionais são tratados como “detentores” de seus CT (Preâmbulo). Esta é a base do que viria a se tornar o ponto de maior interesse à governança global dos recursos genéticos e CT.

177 Como afirmam Stoll & von Hahn, 2004, p. 42: “the environmental policy context is based on a more instrumental approach. The maintenance of traditional lifestyles and their wider application is sought because they are considered to represent sustainable and environmentally sound uses of land and nature”.

178 A atuação teve impactos transnacionais, utilizados, dentre outros, por reivindicações em outras regiões, como as floretas da Indonésia. cf. TSING, Anna Lowenhaupt. **Friction: An Ethnography of Global Connection**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

179 cf. PRADO SOARES, Inês Virgínia; CUREAU, Sandra. **Bens Culturais e Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. SESC, 2015.

3.1.1.4. Do domínio público às comunidades detentoras

A CDB retira os recursos genético da noção de domínio público global, de titularidade universal indistinta, e prevê que estão sob a soberania dos Estados Membros. Por sua vez, as comunidades tradicionais que tenham CT associados a estes recursos genéticos são consideradas detentoras. Portanto, confere aos povos tradicionais direitos intelectuais sobre seus CT.

Laurelyn Whitt descreve bem de que forma o domínio público significava a livre apropriação dos CT, fazendo uma aproximação com a doutrina jurídica da *terra nullius*:

“by declaring the intellectual and cultural properties of indigenous peoples to be in the public domain (i.e., to belong to everyone), the stage is equally well set for their conversion into private property. [...] **The notion of property belonging to no one is the functional equivalent of that of property belonging to everyone; they both serve as the terms of a conversion process that results in the privatization of property**” (WHITT, 2009, p. 12¹⁸⁰).

Nesse sentido, a caracterização jurídica, ética e filosófica dos CT como parte do domínio público global até a CDB (1992), ou seja, de livre apropriação, precisa ser pensada como desdobramento da hegemonia eurocêntrica.

Efetivamente, até a CDB, a percepção generalizada entre pesquisadores e governos internacionais é de que estes conhecimentos milenares, ocidentais ou não, são parte do domínio público¹⁸¹. Afinal, um dos pilares da ciência moderna é exatamente seu livre acesso aos pares para fazer avançar a própria ciência. Cria-se então uma possível contraposição entre o interesse das comunidades detentoras de proteger seus CT e o interesse universal do avanço da ciência.

Nesse conflito, uma interpretação é de que países megadiversos, como o Brasil, têm legislações excessivamente restritivas e subutilizam o potencial de bioprospecção – cujo resultado final é um menor aproveitamento para a humanidade dos recursos

180 WHITT, Laurelyn. **Science, Colonialism and Indigenous Peoples**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 12.

181 Ana Flávia Barros-Platiau e Marcelo Varela apontam o que estava em jogo: “Enquanto o conhecimento das empresas farmacêuticas (às vezes o mesmo) era uma poderosa *commodity*, protegida como propriedade intelectual, o conhecimento indígena e o conhecimento tradicional das comunidades locais era entendido como algo público, de livre acesso.” BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo D. **Acesso aos recursos genéticos, transferência de tecnologia e bioprospecção**. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 42, n. 2, p. 81-98, 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291999000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 de fevereiro de 2017.

biológicos¹⁸². Este é um problema de objetivar proteção excessiva e proprietária, em especial a Estados.

Contra esta tese, os recursos genéticos existentes são patrimônio nacional porque, enquanto estiverem no domínio público, favorecem apenas aos interesses dos países industrializados. Neste sentido, a discussão em torno da ideia genérica de “humanidade” desloca o verdadeiro debate em torno da assimetria de poderes internacional entre países centrais e países periféricos¹⁸³.

No entanto, Graham Dutfield afirma que “whether biopiracy is by corporation or the state it is still biopiracy”¹⁸⁴. O autor dá um exemplo do problema de colocar sob a titularidade de um Estado-Nação os CT: se uma autoridade governamental coleta benefícios de um CT que não pode ser rastreado a um determinado grupo indígena e se for conhecimento compartilhado, seria uma nacionalização *de facto* de conhecimento comum. Nesse sentido, apagam-se os interesses das comunidades tradicionais que se opõem aos interesses governamentais e estatais. Como aponta Manuela Carneiro da Cunha, os países do Sul Global criticam os industrializados, mas fazem o mesmo em relação às populações tradicionais¹⁸⁵.

3.1.1.5. Resumo: Principais Aspectos da Proteção Jurídica a CT pela CDB

Em síntese, no que tange à proteção jurídica de CT, a CDB: (i) estabelece a exigência de repartição de benefícios justa e equitativa no acesso a recursos genéticos em benefício das comunidades locais e povos indígenas detentores de conhecimentos tradicionais a eles associados; (ii) prevê a soberania dos recursos genéticos aos estados-nação; (iii) prevê a titularidade de CT às comunidades tradicionais, retirando-os do domínio público global; (iv) reconhece a vinculação entre território e CT; (v) estabelece a biodiversidade como bem público global e o papel central dos CT e comunidades detentoras no objetivo de sua preservação.

182 SAFRIN, Sabrina. **Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict To Control the Building Blocks of Life**, American Journal of International Law, 2004, 641, 98, p. 645-46.

183 Para uma exemplar interpretação nesse sentido, cf. OCTAVIANI, Alessandro, 2009.

184 DUTFIELD, 2017, p. 335.

185 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Cultura com Aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

3.1.2. Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (FAO, 2001)

Espécie de desdobramento das discussões mais gerais da CDB, o TIRFAA prevê um regime jurídico para os recursos fitogenéticos, aqueles voltados para a alimentação e a agricultura, e para as comunidades agrícolas respectivas¹⁸⁶. O TIRFAA está sob a gestão e administração da FAO, a agência das Nações Unidas para alimentação e agricultura, historicamente ligada a políticas voltadas à erradicação da fome, agricultura sustentável e participação de pequenos atores. O debate já ocorria na organização desde, pelo menos, a criação da Comissão sobre Recursos Genéticos para Alimentação e Agricultura (1983; 1995).

Se a CDB prevê o acesso facilitado a recursos genéticos para fins ambientais, o TIRFAA favorece para fins de alimentação e agricultura. Leva em conta o interesse de promover: o direito à alimentação adequada, a segurança alimentar e a agricultura sustentável¹⁸⁷. Fica reiterada a necessidade de repartição de benefícios às comunidades agricultoras, reconhecendo seus direitos específicos, inclusive seus CT¹⁸⁸.

A importância principal do TIRFAA é a criação de um sistema multilateral próprio para acesso à alimentação e agricultura de determinados produtos e espécies. Neste caso, parte dos benefícios são repartidos multilateralmente, e não com a comunidade ou o Estado provedor. Os critérios de repartição de benefícios ficam a cargo das leis nacionais, porém. O sistema do TIRFAA também prevê troca de informações, transferência de

186 Art. 1.1 Os objetivos deste Tratado são a conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização, em harmonia com a Convenção sobre Diversidade Biológica, para uma agricultura sustentável e a segurança alimentar.

187 SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversity and the Law: Regulating Genetic Resources, Food Security, and Cultural Diversity**. London: Routledge, 2011.

188 “**Direitos dos Agricultores**. 9.1 As Partes Contratantes reconhecem a enorme contribuição que as comunidades locais e indígenas e os agricultores de todas as regiões do mundo, particularmente dos centros de origem e de diversidade de cultivos, têm realizado e continuarão a realizar para a conservação e para o desenvolvimento dos recursos fitogenéticos que constituem a base da produção alimentar e agrícola em todo o mundo. 9.2 As Partes Contratantes concordam que a responsabilidade de implementar os Direitos dos Agricultores em relação aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura é dos governos nacionais. De acordo com suas necessidades e prioridades, cada Parte Contratante deverá, conforme o caso e sujeito a sua legislação nacional, adotar medidas para proteger e promover os Direitos dos Agricultores, inclusive: (a) proteção do conhecimento tradicional relevante aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; (b) o direito de participar de forma equitativa na repartição dos benefícios derivados da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; e (c) o direito de participar na tomada de decisões, em nível nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura.”

tecnologia, políticas de capacitação (*capacity building*), participação dos agricultores tradicionais nas políticas nacionais, inclusive as de conservação e uso sustentável.

Embora não seja propriamente parte do objeto deste trabalho, cumpre notar que as disposições do TIRFAA contrastam e, em certos casos, contrapõem-se à proteção internacional das cultivares, prevista no TRIPS e na UPOV.

3.2. Propriedade Intelectual

3.2.1. TRIPS/OMC (1994)

Peter Drahos descreve a emergência de um “sistema global de propriedade intelectual”¹⁸⁹ criado pelo sistema da Organização Mundial de Comércio (OMC) e o Anexo 1C ao Tratado de Marrakech, o TRIPS – “*Trade-Related Aspects of International Property Rights*”. Exigindo um parâmetro mínimo de proteção a todos os Estados Membros, o Acordo criou uma homogeneização inédita entre os direitos nacionais de propriedade intelectual em escala global. Nesse sentido, trata-se de um processo global de imposição de mais direitos de propriedade intelectual e, portanto, menos conhecimento em domínio público.

Considerados ativos do comércio internacional, os direitos de propriedade intelectual tornam-se submissíveis ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio¹⁹⁰. Propriedade intelectual torna-se eminentemente um assunto de mercadorias, de “economia”, e não de proteção e valorização das invenções e criações artísticas e literárias, como – ao menos supostamente – eram em sua origem.

Nesse sentido, o TRIPS foi lido como uma oposição às disposições da CDB, pois amplia as possibilidades de patentes sobre CT. Isso porque a maior consequência do TRIPS foi a expansão geográfica, temporal e, sobretudo, *do escopo* de proteção por propriedade intelectual. O art. 27.1 representa o grande nó da questão, pois exige a

189 DRAHOS, Peter. **Thinking strategically about intellectual property rights**. Telecommunications Polio, Vol. 21, No. 3, pp. 201 211, 1997.

190 À propósito, Edson Beas considera que usá-lo *contra* os países nos quais estão sediadas as empresas transnacionais envolvidas em casos de biopirataria pode ser uma solução interessante para a regulação transnacional de CT. BEAS, Edson. **Tutela Jurídica dos Recursos da Biodiversidade, dos Conhecimentos Tradicionais e do Folclore: Uma Abordagem de Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

patenteabilidade de todos os setores da economia:

“Art. 27.1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.” (grifo meu)

Houve a gigantesca consequência para os países em desenvolvimento quanto à exigência de reconhecer patentes sobre produtos farmacêuticos, (bio)químicos e alimentícios. Considerando que muitos dos CT são de alguma forma vinculados a recursos genéticos, o TRIPS fez ampliar as hipóteses nas quais CT podem ser patenteados.

Alguns casos tornaram-se paradigmáticos na agenda global neste período. Na Índia, as patentes sobre o turmérico e sobre a árvore Neem debateram a questão em termos transnacionais, opondo os efeitos da globalização com a realidade dos pequenos agricultores indianos. A intelectual e ativista Vandana Shiva liderou a campanha jurídico-política contra as patentes sobre a árvore do Neem no Instituto Europeu de Patentes e no USPTO¹⁹¹, mostrando esta interlocução entre livre comércio, biodiversidade e CT.

Em 1993, Stephen Brush apontou grande ceticismo na possibilidade de direitos de propriedade intelectual serem uma resposta adequada ao problema da biopirataria¹⁹². Em 1996, Darrell Posey e Graham Dutfield criticaram avidamente o sistema de propriedade intelectual e os casos de biopirataria na Amazônia¹⁹³. Os autores argumentam pela inadequação do sistema de propriedade intelectual para tutelar CT, criticam seu uso como “atalho” para os processos industriais e propõem o estabelecimento de um regime *sui generis* que contemple os pilares da CDB, especialmente o acesso e repartição de benefícios.

A crítica recai também aos países industriais e seu exame acelerado e pouco apurado de pedidos de patente. Esta é uma política deliberada desses escritórios de patente: ao invés de um exame completo, dúvidas e disputas seriam mais bem resolvidas por litigância pós-concessão das patentes¹⁹⁴. O problema é que buscar anulação de uma patente

191 CHANDRA, Rajshree. **The Cunning of Rights**. Delhi: Oxford University Press, 2016; SHIVA, Vandana. **Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge**. Berkeley: North Atlantic Books, 2016 [1997]

192 BRUSH, Stephen. **Indigenous Knowledge of Biological Resources and Intellectual Property Rights: The Role of Anthropology**. *American Anthropologist*, New Series, Vol. 95, No. 3, 1993, pp. 653-671

193 POSEY, Darrell; DUTFIELD, Graham. **Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities**. Ottawa: IDRC Books, 1996.

194 SCHULER, 2004, p. 161.

já conferida é extremamente caro, ainda mais para povos indígenas e comunidades locais¹⁹⁵. Além disso, dada a quantidade de patentes no mundo, vários casos ficam sem qualquer questionamento.

Enquanto isso, na África do Sul, houve uma primeira grande experiência de repartição de benefícios com o povo San¹⁹⁶ sobre seus CT sobre a planta Hoodia, usados diretamente pela empresa norte-americana Pfizer – conhecido como caso San-Hoodia e tomado como referência para as tentativas positivas de negociar, discutir e implementar benefícios em prol das comunidades tradicionais.

Afinal, os casos malsucedidos de biopirataria e seu inverso, os exemplos positivos de bioprospecção e valorização de tradições culturais são causados pelos regimes de propriedade intelectual? São propiciados por critérios mais ou menos rígidos e bem analisados de pedidos de patentes? Ou dependem de fatores de negócio pouco ou nada ligados ao direito? Isto é o que estava em discussão ao longo da consolidação do regime internacional.

Philip Schuler¹⁹⁷ argumenta que, embora regimes de propriedade intelectual sejam falhos tanto em países ricos quanto pobres, estruturas jurídicas formais não determinam quem se beneficia da comercialização de CT: questões econômicas seriam mais relevantes do que o direito. Este é o argumento inverso ao de Vandana Shiva ao propor que a biopirataria é motivada exatamente pelo direito – via expansão da propriedade intelectual. Em que polo prefere-se estar?

3.2.1.1. Propriedade Intelectual como Forma de Biopirataria

Patentes são ilustradas como o grande antagonista à proteção de CT. Alguns dos casos mais conhecidos ao redor do mundo, como o turmérico, o neem e uma série de medicamentos de origem biovegetal, são todos exemplos que envolvem patentes.

Mais ainda, patentes são o direito de propriedade intelectual que mais incorpora (*embody*) seus pressupostos mais “capitalistas” ou “industriais”:

195 VISSER, Coenraad. **Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge**. In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 197

196 Os San também habitam Botswana, Namíbia e Angola.

197 SCHULER, Philip. **Biopiracy and Commercialization of Ethnobotanical Knowledge**. In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 159

individualizadas, tipicamente ocidentais na forma e na origem, exigem um conhecimento que seja aplicável à atividade econômica, valorizam a figura da invenção e, portanto, do inventor¹⁹⁸. E nesse contexto, tornam-se o símbolo da biopirataria juridicamente reconhecida. Este debate torna-se mais explícito nas patentes sobre a vida.

O art. 27.2 permite excluir patentes que contradigam a “ordem pública”. O art. 27.3 fornece duas hipóteses de exceção à patenteabilidade de todos os setores da economia. A primeira, art. 27.3(a) é: “*métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais*”. A segunda, art. 27.3(b), que interessa aqui, tem uma redação complexa e que merece ser lida com cautela:

“Art. 27.3(b) Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: plantas e animais, exceto microrganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema ‘sui generis’ eficaz, seja por uma combinação de ambos”¹⁹⁹.

Ou seja, não há obrigatoriedade de proteção patentária sobre “plantas e animais” e sobre “processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais”. Mas o TRIPS prevê sim a obrigatoriedade de patentes sobre “microrganismos” e “processos não biológicos e microbiológicos”.

Já sustentei que a fronteira natureza/cultura é altamente problemática. Mas para usá-la de maneira operacional, vê-se que o sentido do art. 27.3 é de permitir aos estados que não reconheçam a patenteabilidade sobre a “natureza”: plantas e animais são considerados dados de antemão e não criados pela agência humana²⁰⁰. E a propriedade

198 Em uma versão quase mítica, a própria ideia de patente evoca o arquétipo do inventor de garagem que, por seu próprio mérito, inventa uma revolução científica e que, ao final, valoriza a criatividade humana e faz avançar o desenvolvimento econômico e social.

199 Em português, o uso das vírgulas gera um possível equívoco. A tradução oficial pode ser lida assim: uma regra geral (“não patentear plantas e animais”) com uma exceção (“microrganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais”) e uma exceção à exceção (“excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos”). Ou seja, seria obrigatório patentear: “microrganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais”; não seria obrigatório patentear: “plantas e animais” e “processos não biológicos e microbiológicos”. Seria uma técnica de redação similar ao art. 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, com a “exceção da exceção” para definir o que seja um empresário. As versões em inglês e em francês ajudam a esclarecer: “Parties may exclude from patentability plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes”; “Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : (...) b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques”. (grifos meus). Portanto, é obrigatório patentear: “microrganismos” e “processos não biológicos e microbiológicos”; não é obrigatório patentear: “plantas e animais” e “processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais”.

200 Para fornecer apenas alguns contrapontos bem difundidos, em que “cultura” é dada de antemão e “natureza” construída, ou que coloquem a própria utilidade da distinção, cf. “animismo” em DESCOLA, Phillipe. **Par-delà Nature et Culture**. Paris: Gallimard, 2005; “multinaturalismo” em VIVEIROS DE

intelectual, ao menos em suas narrativas convencionais, baseia-se precisamente na figura da inovação/criação humana, ou seja, na “cultura”. Mesmo assim, caso decidam de tal modo, Estados podem autorizar patentes, à luz do TRIPS, da “natureza”.

Por sua vez, o TRIPS *exige* a patenteabilidade de microrganismos e processos não biológicos e microbiológicos. Eles são híbridos²⁰¹ entre natureza e cultura, no sentido de que têm base na “natureza pura”, mas têm também agência humana incorporada, de modo que nesta lógica expansiva devem ser protegidos. São natureza e cultura ao mesmo tempo, e nenhum dos dois ao mesmo tempo. Todavia, para reflexões éticas e políticas, aceitar patentes sobre estes “híbridos” é menos consensual e muito mais polêmico do que sobre, diga-se, uma turbina de avião, pois a própria ideia de deter a propriedade da vida e da natureza traz questões filosóficas absolutamente centrais.

Não à toa, é justamente nestas “zonas de fronteira” que tantos países não reconheciam, até se adaptarem às exigências do TRIPS, patentes sobre produtos e processos fármacos, (bio)químicos e alimentícios. Em muitos, inclusive nos EUA até a década de 1980, produtos e processos decorrentes de biotecnologia tiveram muitas vezes seus pedidos de patentes negados justamente sob o fundamento de que vida e natureza estão de fora do escopo de patenteabilidade. Em suma: jurídica e politicamente, um processo bioquímico não é o mesmo que patentear um gene humano ou uma planta em si mesma. Por isso, por mais que o conceito de “ordem pública” (art. 27.2) seja de difícil definição, é central.

Com o TRIPS, houve aumento de patentes destes híbridos, cada vez mais próximos da “natureza pura”²⁰². A questão é de que a propriedade intelectual, além de se expandir para muitos países, também expande sua própria abrangência. Para Vandana Shiva, trata-se de uma distorção das noções de invenção e inovação²⁰³. Mais ainda, é resultado dos interesses de grandes corporações, tais quais a Monsanto, na redação do TRIPS. Por consequência, o lobby e a influência do poder econômico global são os elementos que explicam sobremaneira a expansão dos direitos de propriedade intelectual

CASTRO, Eduardo. **Metafísicas Canibais**. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

201 LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

202 O patenteamento de genes no caso Myriad Genetics (EUA) e as cultivares mistas entre várias espécies vegetais, por exemplo. Além deles, o Projeto Genoma Humano (PGH), uma das maiores empreitadas científicas do mundo até hoje, que objetivou catalogar todos os genes humanos e deixá-los em domínio público em prol do bem público global (a despeito de tentativas de privatizá-lo por propriedade intelectual), foi fortemente criticado por sua tendência biocolonial. cf. WHITT, 2009.

203 SHIVA, 1999; SHIVA, 2016.

no mundo.

No que exatamente isto tem a ver com CT? Para a mesma autora, o problema está precisamente na obrigatoriedade de “proteção a variedades vegetais”, que faz com que a troca de sementes entre fazendeiros tradicionais feita “há milênios” tenha se tornado “roubo” e um ilícito à luz do direito internacional²⁰⁴. A posição de Vandana Shiva é clara: vida não é invenção; biopirataria não é inovação²⁰⁵:

Life forms, plants, and seeds are all evolving, self-organized, sovereign beings. They have intrinsic worth, value, and standing. Owning life by claiming it to be a corporate invention is ethically and legally wrong because seeds are not an invention. Patents on seeds are ethically wrong because seeds are life forms; they are our kin, members of our earth family (SHIVA, 2016, ii).

Portanto, embora pareça bastante simples, exigir que sejam protegidos por patentes de “todos os setores tecnológicos” é na verdade uma reflexão complexa e disputada. Mercados são construídos sócio-historicamente. São contextualmente delimitados²⁰⁶, não uma abstração natural e universal – basta lembrar que, até o século XIX, o tráfico de escravos e a venda de pessoas humanas era um mercado internacional livre e regulado apenas por normas culturais (dos traficantes, é claro)²⁰⁷.

Na atualidade, a questão é exatamente de determinar o que deve e o que não deve ser um mercado²⁰⁸. Esta deve ser uma decisão coletiva e democrática, de modo que responder ao que está abrangido pelo art. 27.1 do TRIPS não se resolve pura e simplesmente pela interpretação de normas, mesmo que informada por princípios e valores

204 SHIVA, 2016, ii.

205 SHIVA, 2016.

206 cf. POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000; FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3a ed, 2016.

207 Foi a base e condição necessária para o capitalismo industrial, como demonstrou Eric Williams. Particularmente no caso do Brasil, é questão absolutamente sensível e fundamental em se tratando do lugar para o qual a maior quantidade de escravos africanos foi enviada no mundo. WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e Escravidão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1944].

208 Introduzindo o outro lado: há direito a sua própria “natureza”, como seu sangue e seus genes? Se sim, é um direito de propriedade? Se for propriedade, é o mesmo que a propriedade sobre um bem material? E igual a um bem intelectual como a propriedade intelectual? Alguns dos casos mais polêmicos de biopirataria das décadas de 1980 e 1990 envolveram bancos de sangue e bancos genéticos de povos indígenas latinoamericanos em universidades norte-americanas: Yanomami (Norte do Brasil e Venezuela), Kayapó (Brasil Central) e Kuna (Panamá). Marilyn Strathern foi uma das primeiras a tentar articular os debates em torno da adoção de propriedade intelectual fora do mundo euramericano – no caso, a Melanésia – e as políticas de biotecnologia ocidentais. A autora também prefere enaltecer os dilemas éticos presentes nas relações biotecnológicas, na fabricação relacional de pessoas e coisas. STRATHERN, Marilyn. **Property, Substance, Effect: Anthropological Essays on Persons and Things**. London: Athlone, 1999. Estudos da área também colocam o debate como bem mais complexo do que se pode imaginar à princípio. cf. MOLL, Annemarie. **The Body Multiple: Ontology in Medical Practice**. Durham: Duke University Press, 2003.

sociais. As sociedades políticas têm a opção de ter menos mercados, especialmente considerando os impactos degenerativos da moral conforme aumentam as relações mercantis²⁰⁹. Daí que se faça uma crítica ao TRIPS como instrumento de biopirataria.

3.2.1.2. Uso de Propriedade Intelectual para Proteção dos CT

Após as críticas, e sem necessariamente negá-las, há a agenda de promover a proteção de direitos de propriedade intelectual no interesse dos povos indígenas e comunidades locais²¹⁰. Para Coenraad Visser, a superimposição do TRIPS sobre os CT cria dois desafios: (i) proteger seus detentores contra a operação do sistema de propriedade intelectual como previsto pelo TRIPS²¹¹ e (ii) usá-lo para proteger os detentores, sejam eles individuais ou coletivos²¹².

Uma publicação representativa é *“Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries”*, livro do Banco Mundial editado por J. Michael Finger (American Enterprise Institute) e Philip Schuler (Banco Mundial)²¹³. Os autores suscitam a discussão sobre os possíveis benefícios econômicos do uso de instrumentos de propriedade intelectual para países em desenvolvimento e para a proteção de CT. Defendem uma posição “voltada para o valor” e “que aceita o mercado”. O artigo de Liebl & Roy é ilustrativo ao afirmar que “except in a museum setting, no traditional craft skill can live on unless it has a viable market”²¹⁴.

Treze anos depois, o tom do livro soa problemático até mesmo para o discurso das agências internacionais. Logo na primeira página, afirmam os autores: “how can we help poor people earn more from their knowledge rather than their sweat and muscle alone?”²¹⁵. Ou seja, como “nós”, isto é, euramericanos brancos, vamos ajudar os povos do “terceiro mundo”, que têm hoje só “suor e músculos”, mas não ainda nossa expertise intelectual? Esta é exatamente a base da enorme quantidade justificada de críticas às políticas de desenvolvimento do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional nas

209 FALK, Armin & SZECH, Nora. **Morals and Markets**. Science, vol. 340, 6113, p. 707-711, 2013.

210 cf. COTTIER, Thomas; PANIZZON, Marion. **Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection**. Journal of International Economic Law, V. 7, n. 2, 2004, p. 371–399

211 cf. 3.2.1.1.

212 VISSER, Coenraad, 2004, p. 211.

213 FINGER & SCHULER. **Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

214 LIEBL & ROY, in: FINGER & SCHULER, 2004, p. 199.

215 FINGER & SCHULER, 2004, p. 1.

últimas décadas.

No entanto, em sua melhor interpretação, alguns argumentos são bastante frutíferos. Finger & Schuler sustentam que, dentre os objetivos do livro, estão: “calling attention to a broader range of knowledge [além de biopirataria sobre CT] that has commercial potential in developing countries” e “imbuing into the discourse a sense of the legal and commercial tasks needed to solve a developmental problem – away from 'knowledge' as an isolated legal issue”²¹⁶.

Há algo de muito importante no esforço do livro, especialmente no contexto da publicação: ampliar a temática da propriedade intelectual para fora do contexto e dos atores dos países desenvolvidos²¹⁷, inclusive ao reconhecer que nem sempre é o melhor ou único instrumento:

[b]ringing out instances in which more or less standard legal approaches have been effective as an antidote to the general sense of conflict between traditional knowledge and normal legal conceptions as to identify the problems in which legal innovation – beyond diligent application – is really needed (FINGER & SCHULER, 2004, p. 2).

Afinal, dizer que noções de propriedade intelectual não são perfeitamente adequadas para povos tradicionais não é o mesmo que afirmar que eles não tenham direito ou não possam ter acesso ao uso de propriedade intelectual em seu favor²¹⁸.

Este é um bom exemplo do conjunto de propostas que teve início nos anos

216 FINGER & SCHULER, 2004, p. 2.

217 Uma atualização interessante para o contexto atual: se apenas empresas transnacionais, *startups* de países industrializados e grandes empresários têm se beneficiado da economia digital, é preciso refletir sobre a possibilidade de detentores de conhecimentos tradicionais beneficiarem-se de modo mais direto desses processos.

218 Um dos artigos do livro, “Kuyujani Originario: The Yekuana Road to the Overall Protection of their Rights as a People”, de Nelly Arvelo-Jiménez, entretanto, contrapõe-se à ideia da mercantilização como única alternativa viável à proteção de CT. Por situar-se “contra a corrente”, ele tem também um papel performativo relevante de questionar a solução via mercado. A partir de etnografia com os Ye'kwana da Venezuela (também moradores de Roraima), a autora sustenta que o CT Ye'kwana é um corpus de conhecimento que aponta para uma concepção alternativa de todas as dimensões da vida e, portanto, holística. Nesse sentido, qualquer fragmentação do mundo, como fazem os direitos de propriedade intelectual, por exemplo, ao reduzi-los a um ativo com valor econômico, é problemática. A questão é como encontrar um jeito de trazer “coisas de fora” para o mundo Ye'kwana, e não como ajudar os Ye'kwana a usar suas concepções no “mundo” (FINGER & SCHULER, 2004, p. 3). Esta inversão de perspectivas é em parte objetivo desta dissertação também. Arvelo-Jiménez conclui: “the Yekuana prefer to continue in the process of reflection until they are able to produce a formula to protect traditional knowledge. In the meantime, as a temporary tactic, the Yekuana will register the intellectual property of each of their products and continue working to create an overall sui generis scheme for their protection” (p. 51). O uso tático e estratégico de direitos de propriedade intelectual é um aspecto central compartilhado por povos ameríndios. ARVELO-JIMÉNEZ, Nelly. **Kuyujani Originario: The Yekuana Road to the Overall Protection of their Rights as a People**. In: FINGER, Michael; SCHULER, Philip. “Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries”. Oxford: Oxford University Press, 2004.

1990²¹⁹, algumas das quais permanecem até hoje em trabalhos acadêmicos e recomendações de ONGs e organizações internacionais²²⁰. Com especial interesse, propostas fundadas no uso de indicações geográficas²²¹ e marcas coletivas²²², pois não são individuais e não têm limite temporal de proteção. Patentes, pelo contrário, expiram. Disposições de proteção por segredo industrial²²³, domínio público pagante²²⁴ e proteção à concorrência desleal também são encontradas na literatura como alternativas compatíveis.

Outras iniciativas também ocorreram. Em 1999, por exemplo, a National Indigenous Arts Advocacy Association (NIAAA), com apoio da Aboriginal and Torres Strait Islander Commission (ATSIC) e o Australian Council for the Arts, lançou uma etiqueta (*label*) indígena de autenticidade para produtos. Em 2002, a Maori Made Mark foi lançada na Nova Zelândia para conter máscaras feitas por não maoris.²²⁵

3.2.2. CT e Acesso ao Conhecimento: Inversão do Debate sobre PI

O debate de CT inverte os polos clássicos do debate internacional da propriedade intelectual: a demanda por maior acesso ao conhecimento, flexibilização de direitos de propriedade intelectual e criação de espaços de domínio público é tipicamente associada à posição de países do Sul Global e de movimentos sociais. Por sua vez, países industrializados e representantes industriais típico-idealmente concentram esforços justamente em promover o *enforcement* cada vez maior de tais direitos e à criação de sistemas de premiação e incentivo.

Desde a década de 1990, a economia política das disputas por proteção internacional de direitos de propriedade intelectual é marcada por uma clara oposição Norte/Sul. Países do Norte, influenciados também pelo *lobby* explícito de grandes indústrias nos mais variados setores da economia, defendem a expansão dos direitos de

219 cf. outros exemplos: DOWNES, David R, **How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge**, (2000) 25 Columbia Journal of Environmental Law, p. 258-259

220 cf. GERVAIS, Daniel. **Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS Compatible Approach**. Michigan State Law Review, vol. 137, 2005.

221 MUNZER, Stephen & RASTIALA, Kal. **The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge**, 27 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 37-97, 2009.

222 KEMP, Deborah J. FORSYTHE, Lynn M. **Trademarks and Geographical Indications: a Case of California Champagne**. Chapman Law Review, v. 10. 2007, pp. 257-298.

223 VARADARAJAN, Deepa. **A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge**. Yale Journal of International Law, Vol. 36, N. 2, 2011.

224 VISSER, 2004.

225 Relatório OMPI FFM, *apud* LEISTNER, 2004, p. 63.

propriedade intelectual. Países do Sul, no interesse de manter políticas industriais e reduzir custos de medicamentos, pretendiam resguardar zonas de não incidência da propriedade intelectual.

Para CT e recursos genéticos, no entanto, países do Norte insistiam em mantê-los sob o “domínio público global”, o que permitia a livre apropriação; países do Sul pretendiam reconhecer os recursos genéticos sob sua titularidade e patrimônio nacional (que foi a visão contemplada pela CDB). Neste caso, Norte buscava menos PI; Sul Global, mais.

Países industrializados, sede das principais empresas de biotecnologia do mundo, são contrários a formas *sui generis* de proteção a CT, a favor da existência de um domínio público alargado e contrários a robustecer os direitos existentes. Países subdesenvolvidos, por sua vez, assim como ONGs e movimentos sociais indígenas, reiteram a apropriação indevida gerada pela ausência de proteção, defendem um novo tratado internacional de CT, criticam o domínio público global e querem mais direitos.

Isto evidencia as claras contradições das posições de estados industrializados e grandes empresas; esta porém, não é nenhuma novidade, pois coerência nunca lhes foi um atributo²²⁶. Por isso, o maior interesse de apontar CT como a inversão do debate é poder repensar no que consiste uma agenda positiva de acesso ao conhecimento (A2K).

O movimento A2K pode ser descrito por uma tentativa de criticar a lógica proprietária de bens imateriais efetivada pelo sistema global de propriedade intelectual²²⁷. Toma o cerceamento da criatividade humana como um ônus gigantesco que deveria ser evitado; as formas específicas de questionamento ao *status quo* são todavia disputadas²²⁸.

Em comum, defensores de A2K imputam os benefícios sociais e econômicos

226 Para ficar em dois exemplos: (i) até meados do século XX, países do Atlântico Norte, inclusive Alemanha e Estados Unidos, emitiram diversas licenças compulsórias, somente para, na virada do século XX para o XXI, criticarem os países em desenvolvimento pelas (mesmas) licenças compulsórias em prol de fornecer medicamentos de HIV protegidos por patentes que tornavam seus custos extremamente elevados, alegando então “insegurança jurídica” e desrespeito ao estado de direito; (ii) Brad Sherman demonstra que, na década de 1970, a IBM assumia uma posição contrária à propriedade intelectual de softwares, que foi radicalmente alterada nas décadas seguintes. O Sul Global é de algum modo mais coerente por defender sempre outros direitos além da PI e o livre comércio em si mesmos.

227 cf. KAPCZYNSKI, Amy. **Access to Knowledge: A conceptual genealogy**. In: KRIKORIAN, Gaëlle. KAPCZYNSKI, Amy (Orgs.). *Access to knowledge in the age of intellectual property*. Nova York: Zone Books, 2010, pp. 17-56.

228 cf. WIRTÉN, Eva Hemmungs. **Terms of Use: Negotiating the Jungle of the Intellectual Commons**. Toronto: University of Toronto Press, 2008.

do compartilhamento em oposição à restrição²²⁹. Na concepção de James Boyle, por exemplo, os *commons* são uma espécie de contraposição à propriedade; é tudo aquilo que não é a propriedade, circundando-a. Isso o leva à ideia de domínio público, um *commons* global que se opõe à lógica privatizante da propriedade intelectual²³⁰.

No entanto, para o caso de CT, foi justamente o “domínio público global” que, no campo do direito, serviu para justificar a apropriação irrestrita sem qualquer obrigação de repartir benefícios ou mesmo pedir autorização. Propondo uma crítica a James Boyle e seu conceito de “ambientalismo cultural” dos *commons*, Madhiva Sunder coloca que:

Reifying the public domain may have the unintended effect of congealing traditional knowledge as “the opposite of property,” presenting poor people’s knowledge as the raw material of innovation—ancient, static, and natural—rather than as intellectual property—modern, dynamic, scientific, and cultural invention. Under this view, traditional knowledge holders may receive remuneration for conserving biodiversity and contributing the raw materials of innovation, but they are not recognized as intellectual property holders in their own right. What’s more, a binary view of “intellectual property versus the public domain” rejects new claims for intellectual property in traditional knowledge on the premise that these rights would shrink the public domain (SUNDER, Madhiva, 2007, p. 100-101).

Nesse contexto, a afirmação – mesmo que por uma lógica proprietária – de direitos intelectuais indígenas não é o mesmo que as tentativas de proteção de propriedade intelectual por uma grande empresa transnacional em um contexto de mercado euramericano. Na verdade, é justamente seu oposto.

Portanto, há limites ao discurso A2K²³¹. O mais explícito é se referir a uma realidade em que conexão digital é praticamente universal e de aspirações voltadas para práticas *online*. Plataformas colaborativas de softwares e casos como a Wikipedia são efetivamente exemplos de enorme sucesso, com processos de autoria coletiva e difusa que trazem formas inéditas de produzir e criar conteúdo e processos. Mas não são universais. Deste modo, vislumbrar a proteção de CT não é sinônimo de assumir a lógica proprietária,

229 cf. LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas**. 2001. Disponível em: <<http://www.the-future-of-ideas.com/download/>>; STALLMAN, Richard. **Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman**. Boston: GNU Press, 2002; BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2007.

230 BOYLE, James. **The Second Enclosures Movement and the Construction of the Public Domain**. Law and Contemporary Problems, 2003, Vol 66, p. 33-74 (Winter 2003). Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol66/iss1/2>>; BOYLE, James. **Shamans, Softwares, and Spleens: Law and the Construction of Information Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

231 A relutância é similar à que pode ser formulada em relação à “economia de compartilhamento”. Por exemplo, Tom Slee aponta o perigoso descompasso entre discurso das empresas beneficiadas e seus efeitos materiais na economia, envolvendo precarização do trabalho e novas formas de exploração dos trabalhadores. SLEE, Tom. **What’s Yours is Mine: Against the Sharing Economy**. New York: OR Books, 2015.

mas controlar o poder econômico global²³².

3.3. Direitos Humanos

3.3.1. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (UNESCO, 2003)

A preservação do patrimônio cultural remete à ideia de “propriedade cultural”. Na UNESCO, os debates sobre esta última surgem no contexto pós-Segunda Guerra²³³ tendo em vista a destruição de monumentos em guerras²³⁴, mas ainda distante da agenda dos povos indígenas e comunidades locais. Posteriormente, ideias de diversidade cultural e direitos humanos culturais ganham força.

Em relação a CT, o folclore foi o primeiro assunto tematizado no direito internacional ainda na década de 1960²³⁵. As Provisões Modelo da OMPI-UNESCO, de 1982, foram um marco em seu tratamento jurídico²³⁶. Na década de 1990, consolida-se o termo “expressões culturais tradicionais” (ECT) como alternativa à palavra folclore, considerada pejorativa em certos contextos e línguas. Por sua vez, passa a ter espaço a expressão patrimônio cultural da humanidade no lugar de propriedade cultural, evitando-se o uso de “propriedade”, que remete à titularidade individual²³⁷. A proteção se expande para os bens imateriais, dentre os quais os ECT.

Nesse contexto, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, de 2001, é prelúdio à Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003. A Declaração traz implícita a gramática da patrimonialização, cânone

232 cf. Propriedade Intelectual Indígena.

233 MILES, Margaret. **Art as Plunder: The Ancient Origins of Debate about Cultural Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

234 A preocupação com a proteção do patrimônio histórico, como ensina Margaret M. Miles, inicia-se com os saques de Napoleão, e intensifica-se com as guerras mundiais, já no século XX. Guerra e proteção, portanto, inscrevem-se na origem da noção de preservação, em que o que está em jogo é literalmente a explosão física de parte da história humana – e sua diversidade cultural-civilizatória. Ibid., 2005.

235 LUCAS-SCHLÖTTER, Agnès, 2004; ABDEL-LATIF, Ahmed, 2017. **Revisiting the Creation of the IGC: The Limits of Constructive Ambiguity?** In: ROBINSON, Daniel F., ABDEL-LATIF, Ahmed & ROFFE, Pedro (orgs.). *Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Londres e Nova York: Routledge, 2017. 10-29.

236 VISSER, 2004.

237 A titularidade é toda a humanidade, e não um grupo ou nação específico. Neste caso, ao contrário do “domínio público” da propriedade intelectual, a referência ao “universal” serve para tornar a proteção de manifestações culturais de povos indígenas um problema da humanidade, ao contrário de tirar dos detentores titularidades.

das contemporâneas políticas culturais. Dentre as estratégias de preservação, encontram-se: catalogamentos, registros por escrito ou por vídeos, criação de espaços e monumentos de memória, restauração de obras e peças originais. Elas são criticadas por criarem noções estáticas e imortalizadas das práticas culturais.

Articular a relação entre propriedade cultural e propriedade intelectual não é simples²³⁸. Segundo Haidy Geismar, a genealogia distinta e sua segregação em instituições e práticas as faz serem concebidas da seguinte maneira:

“cultural property as the preserve of museums, heritage organizations, and cultural institutions and policies; IP as the preserve of the trade, commerce, financial regulation, and industry. [...] The standard reference points for the study of IP are the corporate histories and agenda of Western capitalism (e.g., Coombe 1998a; Vaidhyanathan 2001). For cultural property theory, many people turn to global definitions of heritage, patrimony, and nationalism (e.g. Handler 1988; Coombe 2009)” (GEISMAR, 2013: 2).

Nesse sentido, Margaret Miles propõe a arte como resultado de pilhagem colonial realizada pelos europeus ao longo dos séculos XVII a XIX²³⁹; Laura Nader e Ugo Mattei realizam uma crítica à articulação do estado de direito com os projetos neocoloniais das nações industrializadas, incluindo a propriedade intelectual.²⁴⁰ Nesse quadro, propriedade cultural e propriedade intelectual podem ser lidas como desdobramento de um mesmo processo de apropriação e “pilhagem” do imaterial²⁴¹.

A posição dos povos tradicionais para realizarem reivindicações (em geral lastreada em uma gramática de direitos) é complexa, pois tem como ponto de partida um encaixe imperfeito de categorias jurídicas que não foram cunhadas para eles. Rosemary Coombe, citando Merryman, opõe a dinâmica do direito pela qual, em certos casos, vigora

238 “The term cultural *property* is commonly used to refer to certain 'things', traditionally the kind of objects housed in the antiquities galleries of the Metropolitan Museum of Art in New York or the British Museum: collections of national patrimony held in trust by these elite institutions for their citizens and for the ultimate benefit of all humankind. It is, in fact, a category defined by the intangibility of culture theory that holistically defines collective identity through a wide array of symbolic expression (see Brown 2003; Appiah, 2006; Cuno 2008, 2009) and which acknowledges the dynamic power relations that underscore the value that is culture. Intellectual property, or IP, is commonly understood to apply to the immaterial productions of minds but is practically used to define ownership for resources that are becoming daily more tangible and broadly circulating”. GEISMAR, Haidy. **Treasured Possessions – Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property**. Durham: Duke University Press, 2013.

239 MILES, Margaret. **Art as Plunder: The Ancient Origins of Debate about Cultural Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

240 NADER, Laura & MATTEI, Ugo. **Plunder: When the Rule of Law is Illegal**. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2008.

241 Não se pode esquecer da atualíssima advertência de Walter Benjamin em “Teses sobre o Conceito de História”, aquela de que “nunca houve documento de cultura que não fosse também um de barbárie” (*Es ist niemals ein Dokument der Kultur, ohne zugleich ein solches der Barbarei zu sein*). BENJAMIN, Walter. **Über den Begriff der Geschichte**. In: **Werke und Nachlass – Kritische Gesamtausgabe**, Vol. 19. Berlin: Suhrkamp, 2010.

uma posição de “internacionalismo cultural”, em que uma propriedade cultural é colocada sob a chave do “patrimônio cultural da humanidade”, e outra de “nacionalismo cultural”, em que pessoas específicas têm interesses específicos em propriedades específicas, independentemente de sua localização e titularidade²⁴².

Assim, consiste em esforços para proteger um interesse nacional (Merryman considera uma forma de “romantismo byroniano”). A Convenção para a Proteção da Propriedade Cultural no caso de Conflitos Armados (Haia, 1954) é exemplo de internacionalismo cultural; a Convenção sobre os Meios de Proibir e Prevenir a Importação, Exportação e Transferência Ilícita de Titularidade de Propriedade Cultural (UNESCO, 1970), do nacionalismo cultural. Em ambos os casos, povos tradicionais ficam à margem do debate.

3.3.2. Direitos Humanos dos Povos Indígenas – Convenção OIT 169 (1989): Autonomia, Autodeterminação e Diferença

Assinada em 27 de junho de 1989, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Direitos dos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (“Convenção OIT 169”) é o principal tratado²⁴³ a reconhecer os direitos dos povos indígenas à autodeterminação. Aplica-se a uma gama ampla de grupos minoritários muito diversos entre si no mundo (art. 1º, 1²⁴⁴). Suas disposições têm eficácia simbólica e retórica muito forte no discurso de ativistas e membros de povos indígenas, mesmo em contextos para os quais ela não teria validade normativa²⁴⁵.

Ela revoga a Convenção 107 de 1957²⁴⁶ e reconhece as particularidades de

242 COOMBE, Rosemary, 1998, p. 222-4.

243 As Convenções da OIT, embora a princípio versem apenas sobre direitos trabalhistas, têm status normativo de tratados de direitos humanos e, portanto, com aplicação para todas as áreas.

244 “Art 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em 17 de agosto de 2017.

245 Na verdade, apenas 22 países são signatários, a maioria na América Latina: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Equador, Espanha, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicarágua, Noruega, Países Baixos, Paraguai, Peru, República Centro-africana e Venezuela.

246 Convenção 107 Concernente a Protec a o e Integrac a o das Populac o es Indi genas e Outras Populac o es Tribais e Semitribais de Pai ses Independentes.

todos os povos autóctones do mundo para resguardarem suas práticas, o que inclui sua organização laboral. Trata-se de clara sinalização em tom com o momento histórico, permeado por discussões de multiculturalismo e relativismo cultural. Assim, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), representa uma virada de 180 graus na perspectiva assimilacionista de integrar os povos indígenas nos mercados de trabalho modernos²⁴⁷²⁴⁸.

A Convenção trata da importância de culturas e valores espirituais dos povos (art. 13²⁴⁹), prevê o direito a seus recursos naturais e territórios (art. 15²⁵⁰) e reconhece artesanato, indústrias rurais e atividades tradicionais como “fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autossuficiência e desenvolvimento econômico” (art. 23²⁵¹). No entanto, a Convenção não se debruça diretamente sobre CT.

3.3.2.1. Consentimento Prévio, Livre e Informado (CPLI)

Sua importância central para o regime jurídico e governança global dos CT é o **consentimento prévio, livre e informado (CPLI)** sobre determinados assuntos que lhe digam respeito. Aplicado especialmente para questões envolvendo conflitos territoriais e ambientais, como mineração e obras de infraestrutura, o CPLI também é aplicado ao acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados.

A partir da Convenção OIT 169, outros instrumentos e declarações internacionais também afirmaram o direito à consulta e ao consentimento de povos indígenas. O principal deles para CT é o Protocolo de Nagoya de 2010²⁵². Por outro lado, a

247 “Preâmbulo: Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em 17 de agosto de 2017.

248 ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. Nova York e Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 10.

249 “Art. 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.”

250 “Art. 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.”

251 “Art. 23. 1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autossuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.”

252 cf. 4.1.1. Protocolo de Nagoya.

OIT também é considerada uma arena aberta à participação e aos direitos indígenas, tendo internalizado e dado espaço às discussões posteriores sobre direitos intelectuais indígenas.

3.3.3. Espaços Globais Contra Hegemônicos: Declarações Indígenas, Fórum Social Mundial, Cúpula dos Povos, etc.

Além das arenas institucionais que ganham maior projeção na literatura internacional, uma série de outros espaços e documentos discutem os CT. Biopirataria, direitos indígenas e mercantilização do conhecimento foram tematizados em espaços transnacionais abertos a movimentos sociais como o Fórum Social Mundial e a Cúpula dos Povos. Em especial, há aportes importantes de declarações indígenas como a Carta de São Luís do Maranhão (2001)²⁵³ e a Carta de Belém (2012)²⁵⁴.

Por exemplo, afirma a Carta de São Luís do Maranhão:

Este conhecimento [tradicional] é coletivo e não é uma mercadoria que se pode comercializar como qualquer objeto no mercado. Nossos conhecimentos da biodiversidade não se separam de nossas identidades, leis, instituições, sistemas de valores e da nossa visão cosmológica como povos indígenas. [...] 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 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. (grifos meus)

Em especial, os povos indígenas demandam a criação de um regime *sui generis* que seja:

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 locais

253 CARTA DE SÃO LUIS DO MARANHÃO. 2001, disponível em: <<https://site-antigo.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=127>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

254 A Carta de Belém converteu-se em uma rede de articulação política. Nos termos da própria rede, eles são: “organizações e movimentos sócio-ambientais, trabalhadores e trabalhadoras da agricultura familiar e camponesa, agroextrativistas, quilombolas, organizações de mulheres, organizações populares urbanas, pescadores, estudantes, povos e comunidades tradicionais e povos originários que compartilham a luta contra o desmatamento e por justiça ambiental na Amazônia e no Brasil. Reunimos-nos no seminário “Clima e Floresta – REDD e mecanismos de mercado como solução para a Amazônia?”, realizado em Belém em 02 e 03 de outubro de 2009, para analisarmos as propostas em curso de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação (REDD) para a região à luz de nossas experiências sobre as políticas e programas implementados na região nas últimas décadas. Nesta Carta vimos a público manifestar nossa reivindicação que o governo brasileiro rejeite a utilização do REDD como mecanismo de mercado de carbono e que o mesmo não seja aceito como compensação às emissões dos países do Norte”. Disponível em: <<http://www.cartadebelem.org.br/site/about/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

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. Propomos que a criação de bancos 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 documento²⁵⁵

Além disso, a participação de lideranças indígenas como Davi Kopenawa Yanomami chama atenção de modo mais amplo às demandas de populações minoritárias ao redor do mundo. É particularmente delicado mensurar o impacto de espaços alternativos e contra hegemônicos para os grandes debates internacionais, mas ignorá-los é um equívoco.

3.4. Notas sobre a Interação Transnacional: Complexidade e Fragmentação

A década de 1990 se inicia com uma promessa de convergência, globalização e fim dos grandes conflitos, sintetizados pelo “fim da história” de Francis Fukuyama²⁵⁶. Termina marcada por fortes movimentos antiglobalização, tais como os que impediram a realização da cúpula do G-8 em Seattle em 1999. Diante da exposição das principais normas, instituições e arenas que tratam de CT, é particularmente marcante o quanto suas bases são marcadas por esse contexto de disputas.

Rajshree Chandra remete ao papel da propriedade intelectual neste contexto: “movements and campaigns in the post-WTO era have combined the languages of dispossession, ethnicity, and cultural identity”²⁵⁷. Com isso, “combined and invoked narratives of indigeneity, knowledge rights, and the subsumptive nature of global

255 Na Carta, os representantes indígenas também apontam o caráter coletivo dos conhecimentos, sua importância para a preservação das florestas, sua diversidade, a demanda pela regulação dos CT e dos recursos genéticos, sua participação em um comitê específico, a criação de um tratado internacional, políticas de capacitação, mecanismos de punição à biopirataria, a adoção de políticas de biodiversidade pelo governo, a demarcação de terras, o consentimento prévio, livre e informado, o direito de negar acesso, a discussão com comunidades indígenas no caso de bancos de dados, entre outros. **CARTA DE SÃO LUÍS DO MARANHÃO**. 2001.

256 FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. Free Press, 1992. Reconhecidamente, o conteúdo do livro é muito mais complexo e interessante do que sua enorme difusão, que imputa ao autor uma visão supostamente ingênua, leva a crer.

257 CHANDRA, Rajshree. **The Cunning of Rights**. Delhi: Oxford University Press, 2016, xxi.

capital”²⁵⁸.

Segundo a autora, tais demandas demonstravam o nexo entre propriedade intelectual, livre comércio e mercados globalizados em exacerbar a marginalização e, literal e metaforicamente, reduzir os espaços de suas vidas. Os imbrólios políticos subjacentes à questão demonstram que qualquer análise sobre direitos de propriedade intelectual não é puramente técnica.

Da mesma forma, debates sobre o papel da biodiversidade e dos povos indígenas estão marcados por questões políticas complexas, internacionais e nem sempre explicitadas. Portanto, como em outros casos de forte repercussão midiática e internacional, é grande o papel de *advocacy* e litigância estratégica para solucionar os conflitos.

Diante dessas considerações, uma breve conclusão: biopirataria e apropriação indevida com aspirações coloniais não são nada inéditos. No entanto, há elementos novos criados por instrumentos jurídicos, em especial pela ampla expansão dos direitos de propriedade intelectual pós-TRIPS. A proteção aos CT e repartição de seus benefícios aos detentores foi expressamente positivada pela CDB em 1992, mas foram ampliadas os “cercamentos dos *commons* biológicos e intelectuais”²⁵⁹. Neste sentido, o problema histórico da biopirataria converte-se em questão de outra ordem, pois, como argumentam os críticos, surgem novas possibilidades de apropriação, desta vez plenamente reconhecidos, institucionalizados e legitimados via direito.

A CDB, embora legue um papel importante às comunidades tradicionais, dá titularidade de recursos aos Estados. A UNESCO concebe a noção de “propriedade cultural”, arraigada à noção liberal e ocidental de “propriedade privada”, e de patrimônio, voltada à titularidade difusa. A Organização Mundial do Trabalho, por sua vez, enfoca direitos coletivos, garantindo o direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas. O TRIPS considera os CT parte do domínio público global. Ou seja, enfoques e concepções conflitantes.

Além disso, pode haver uma sobreposição dos diversos direitos intelectuais: um determinado CT pode ter sido patenteado por uma empresa transnacional no Patent

258 Ibid., xxi.

259 SHIVA, 2016.

Trade Office norte-americano (USPTO), ter proteção protegida por indicação geográfica registrado no Instituto Nacional de Propriedade Nacional brasileiro, ser difundido *online* por meio de uma licença *creative commons*, reconhecido pela UNESCO como patrimônio imaterial da humanidade e protegido por direitos *sui generis* segundo a legislação peruana. Todos ao mesmo tempo e sem necessariamente colidirem entre si. Todos válidos e eficazes, sem qualquer ilegalidade *a priori*²⁶⁰.

Complexidade e fragmentação marcam as bases do sistema e, como se verá agora, sofrerá o impacto da multiplicação de arenas e estratégias: algumas tornando a questão ainda mais difusa, outras buscando convergências.

260 Ao invés de proteção monolítica, o direito fornece instrumentos de tutela a aspectos distintos e relativamente independentes do mesmo bem imaterial. Reclamam cada um sobre uma dimensão específica do conjunto de ideias que culmina em um produto comercializável (uma mercadoria): a inovação, a vinculação ao território, o sinal distintivo que o identifica ao consumidor, o design, a especificidade do conhecimento tradicional enquanto tal.

4. COMPLEXIDADE E FRAGMENTAÇÃO:

MULTIPLICAÇÃO DE ARENAS E ESTRATÉGIAS NOS ANOS 2000

No contexto do começo da década de 2000, Peter-Tobias Stoll & Anja von Hahn identificam os seguintes espaços de discussão de recursos indígenas e CT: (i) Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), (ii) Organização Mundial de Comércio (OMC), (iii) Convenção da Biodiversidade (CDB), (iv) Tratado Internacional das Plantas (FAO), (v) Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD e (vi) Organização Mundial da Saúde (OMS). Além destas arenas internacionais, apontam (viii) iniciativas regionais e nacionais e (ix) posicionamentos, declarações, cartas, resoluções e recomendações de povos indígenas²⁶¹.

As arenas multiplicam-se, assim como as respectivas estratégias para regular CT. Neste capítulo, enfocando o que ocorre após a consolidação do regime internacional, são apontados de modo bastante limitado alguns caminhos. Em primeiro lugar, mudanças nas três bases: biodiversidade, propriedade intelectual e direitos humanos. Na sequência, câmbios em termos de escala, apontando algumas das inúmeras iniciativas nacionais e regionais de proteção a CT.

Em terceiro lugar, a guinada no enfoque regulatório: da substância a garantir procedimentos e práticas equitativas. Em seguida, os debates na OMPI sobre um tratado internacional, que potencialmente sintetizaria toda a questão. Por fim, o papel das empresas neste debate, relativamente esquecido na agenda do tema.

A conclusão parcial demonstra o que se pode esperar do *estado da arte*, marcado não apenas por essa complexidade, mas pelo acúmulo intenso de várias experiências.

4.1. Desdobramentos Internacionais

Em 2004, Peter-Tobias Stoll & Anja von Hahn apontaram que os documentos

²⁶¹ STOLL, Peter-Tobias & von Hahn, Anja. **Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law**. In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Haia: Kluwer, 2004, pp. 29-43.

de direitos humanos enfocavam assegurar aos povos indígenas a garantia de seus modos de vida, cultura e ordem social, inclusive terras e seus recursos. Por sua vez, os documentos ambientais seriam instrumentais e traziam noções mais limitadas e funcionais (“indígenas e comunidades locais” na CDB e “agricultores” na FAO) ao invés de abordar povos indígenas como um todo. Por outro lado, eram mais explícitas em relação aos CT em si. Ou seja, tinham enfoques claros e distintos. A Declaração de Doha (2001), a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas (2007) e, posteriormente, o Protocolo de Nagoya (2010) tornaram mais claras as relações entre as três bases, explicitamente endereçando a questão dos CT no âmbito dos direitos humanos dos povos indígenas.

4.1.1. A Crise da Propriedade Intelectual e a Declaração de Doha (2001)

Ao longo da década de 2000, o debate internacional assume outra faceta, pois a propriedade intelectual passa a ser vista sob uma ótica menos otimista²⁶². Nesse contexto de economia política internacional, o artigo 19 da Declaração Interministerial de Doha, de 2001, trata do tema dos CT prevendo sua reforma:

We instruct the Council for TRIPS, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), [...] to **examine [...] the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments** raised by Members pursuant to Article 71.1. In undertaking this work, the TRIPS Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the TRIPS Agreement and shall take fully into account the development dimension.

Multiplicam-se análises sobre as disfuncionalidades do sistema de patentes e direitos autorais: a proliferação de *patent trolls*, o uso anticoncorrencial de patentes meramente defensivas, a ausência de evidências empíricas sobre a relação entre PI e aumento da inovação, os critérios frouxos e irregulares para concessão de patentes, os impactos para os custos de medicamentos no mundo, a inibição da criatividade pela rigidez de direitos autorais, a inadequação para as mídias digitais.

Além destas críticas, reflexões mais gerais: o reforço de desigualdades estruturais entre países centrais e periféricos, a ausência de necessidade de propriedade

²⁶² Em especial, o aumento substancial do custo de medicamentos nos países em desenvolvimento torna-se uma questão crucial de saúde pública global, e leva à emissão de diversas licenças compulsórias para remédios de HIV. cf. DREYFUSS, Rochelle C. & RODRÍGUEZ-GAVARITO, César. **Balancing Wealth and Health: The Battle over Intellectual Property and Access to Medicines in Latin America**, Oxford, Oxford University Press, 2014; SHADLEN, Kenneth. **Patents and Pills, Power and Procedure: The North-South Politics of Public Health in the WTO. Studies in Comparative International Development**, Vol. 39, No. 3, 2004, p. 76-108.

intelectual como incentivo em diversos setores e, de modo geral, a “tragédia dos anticommons”²⁶³.

Portanto, a crítica ao sistema atingiu o âmago do sistema, muitas vezes com críticas similares às aquelas feitas a sua aplicabilidade para CT, que tinham força já nos anos 1990: os altos custos de litigância em patentes, por exemplo, constituem custos que empresas nascentes não podem arcar – assim como, por óbvio, comunidades tradicionais em países em desenvolvimento.

Nesse contexto, para Rajshree Chandra, uma das respostas à crítica da mercantilização, no direito internacional, foi a expansão do domínio e do vocabulário de direitos, “measure expected to grant agency to marginal groups and reduce their vulnerability to 'forces of globalization’”. Nesse sentido, “[C]ulture', 'ethnicity', 'race' and 'gender' became the 'third-generation' entrants into the rights taxonomy”²⁶⁴.

Neste contexto, “[t]he assemblage of IPRs, together with their ancillary 'co-cultural' rights', is a case in point”. Muitos são os titulares de direitos – inovadores, fazendeiros, agricultores, comunidades locais, povos indígenas, curandeiros, camponeses, tribos – que formam uma “**rede imbricada e densa de direitos e titularidades [entitlements]**”²⁶⁵.

Portanto, questões de direitos culturais e minorias étnicas ingressaram, ainda que não diretamente, no horizonte de análise do TRIPS. A Declaração de Doha de 2001 abriu espaço para que o Conselho do TRIPS passasse a refletir sobre essas questões. Com efeito, alguns documentos foram produzidos, mas ainda sem resultados concretos.

4.1.2. Declaração da ONU dos Direitos dos Povos Indígenas (2007)

Aprovada em 2007, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas é o documento internacional mais completo em matéria de direitos indígenas, resultado de décadas de debate. Em 1994, um Rascunho à Declaração foi emitido. Matthew Rimmer considera que a Declaração deve ser tomada como o centro do debate sobre CT²⁶⁶.

263 HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets**. Harvard Law Review, Vol. 111, 1998;

264 CHANDRA, 2016, xxii.

265 Ibid.

266 RIMMER, Matthew. **Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research**. London: Edward Elgar, 2015.

Ela aborda diretamente o tema das culturas indígenas, seus CT e as formas de participação política e cultural.

O Preâmbulo da Declaração reconhece o papel do conhecimento indígena, suas culturas e práticas tradicionais no desenvolvimento sustentável e equitativo²⁶⁷ e reconhece e reafirma, ao lado dos indivíduos indígenas como titulares de direitos humanos sob o direito internacional, que os povos indígenas têm direitos coletivos indispensáveis à sua existência²⁶⁸.

Diversos artigos lidam com o tema, tais como: proteção às tradições culturais e costumes, incluindo repatriação de bens (art. 11²⁶⁹); manifestação das tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas (art. 12²⁷⁰); uso, revitalização, desenvolvimento e transmissão de histórias, línguas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas (art. 13²⁷¹); dignidade e diversidade das culturas, refletido nas escolas (art. 15²⁷²); medicinas tradicionais e acesso à saúde (art. 24²⁷³). Reconhece novamente o consentimento prévio, livre e informado, com obrigação dos estados de cooperar e consultar povos

267 Recognizing that respect for indigenous knowledge, cultures and traditional practices contributes to sustainable and equitable development and proper management of the environment,

268 Recognizing and reaffirming that indigenous individuals are entitled without discrimination to all human rights recognized in international law, and that indigenous peoples possess collective rights which are indispensable for their existence, well-being and integral development as peoples,

269 Article 11. 1. Indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures, such as archaeological and historical sites, artefacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature. 2. States shall provide redress through effective mechanisms, which may include restitution, developed in conjunction with indigenous peoples, with respect to their cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free, prior and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.

270 Article 12. 1. Indigenous peoples have the right to manifest, practise, develop and teach their spiritual and religious traditions, customs and ceremonies; the right to maintain, protect, and have access in privacy to their religious and cultural sites; the right to the use and control of their ceremonial objects; and the right to the repatriation of their human remains. 2. States shall seek to enable the access and/or repatriation of ceremonial objects and human remains in their possession through fair, transparent and effective mechanisms developed in conjunction with indigenous peoples concerned.

271 Article 13 1. Indigenous peoples have the right to revitalize, use, develop and transmit to future generations their histories, languages, oral traditions, philosophies, writing systems and literatures, and to designate and retain their own names for communities, places and persons. 2. States shall take effective measures to ensure that this right is protected and also to ensure that indigenous peoples can understand and be understood in political, legal and administrative proceedings, where necessary through the provision of interpretation or by other appropriate means.

272 Article 15. 1. Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information. 2. States shall take effective measures, in consultation and cooperation with the indigenous peoples concerned, to combat prejudice and eliminate discrimination and to promote tolerance, understanding and good relations among indigenous peoples and all other segments of society.

273 Article 24. 1. Indigenous peoples have the right to their traditional medicines and to maintain their health practices, including the conservation of their vital medicinal plants, animals and minerals. Indigenous individuals also have the right to access, without any discrimination, to all social and health services. 2. Indigenous individuals have an equal right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. States shall take the necessary steps with a view to achieving progressively the full realization of this right.

indígenas por suas “próprias instituições representativas” (art. 19²⁷⁴). Também o direito às terras, territórios e recursos²⁷⁵, fundamentais para o exercício dos CT.

O mais importante, entretanto, é o artigo 31, que sintetiza o amplo debate em torno dos CT em suas várias acepções, dimensões e casos registrados:

Article 31. 1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.

2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.

O art. 31 da Declaração, portanto, coloca sob o âmbito dos direitos dos povos indígenas: (i) patrimônio cultural, (ii) conhecimentos tradicionais, (iii) expressões culturais tradicionais, (iv) manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, (v) recursos genéticos e humanos, (vi) sementes, (vii) medicinas, (viii) conhecimento de propriedades de fauna e flora, (ix) tradições orais, (x) literatura, (xi) designs, (xii) esportes e jogos tradicionais, (xiii) artes visuais e performáticas, (xiv) propriedade intelectual.

4.1.3. Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios (2010): “Obra-Prima de Ambiguidade”

O Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios, adotado em Nagoya, Japão durante a COP 10, em outubro de 2010, é o mais importante documento do direito internacional para a governança global de recursos genéticos. Ao lado do Protocolo de Cartagena, está atrelado à CDB. Foi ratificado por 51 países em Pyeongchang, Coreia do Sul, em outubro de 2014, durante a COP 12, quando entrou em vigor²⁷⁶. O Brasil não é um destes países até o momento, pois a despeito de o ter

274 Article 19. States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.

275 Article 26. 1. Indigenous peoples have the **right to the lands, territories and resources** which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired. 2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired. 3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.

276 Secretariado da CDB.

assinado, não o ratificou.

O Protocolo inspira-se e dá continuidade às Diretrizes Voluntárias de Akwé-Kon (2000) e às Diretrizes Voluntárias de Bonn sobre Acesso e Repartição de Benefícios (2002). Estas promoveram guias operacionais para “usuários e provedores” de recursos genéticos e serviram de base para a elaboração de leis e políticas pelos vários atores envolvidos em repartição de benefícios. Muitas das questões também estavam enunciadas pelo Grupo de Trabalho da CDB sobre o artigo 8j, mencionado acima.

Do ponto de vista dogmático, não custa lembrar que um Protocolo tem status hierárquico-normativo igual aos tratados, convertendo-se em norma de direito internacional público *stricto sensu*, no que se costuma chamar de *hardlaw*. Isto porque tem tanto a força normativa quanto sua possibilidade de sanção por descumprimento pelas vias do direito internacional público²⁷⁷. Neste sentido, é único. Em uma perspectiva sociológica, a promulgação de um Protocolo Adicional à CDB exclusivamente destinado ao tema demonstra, em si, o quanto ganhou proeminência dentro do debate mais geral sobre CT.

Criticamente, argumenta-se que se trata da primazia de uma visão econômica sobre os CT, visto que o Protocolo especifica as formas pelas quais empresas e instituições de pesquisa terão acesso aos CT e, portanto, pressupõe seu uso. Ou seja, solução compensatória a uma realidade inevitável. Como apontam Sebastian Oberthür e G. Kristin ROsendal, a redação do Protocolo parece ser aquela de países com posições “intermediárias” como os membros da União Europeia e, particularmente, a Suíça²⁷⁸. Para outros, o Protocolo constitui uma grande vitória aos povos tradicionais no plano internacional, que contam com regras mais bem definidas de como deve ocorrer o consentimento prévio, livre e informado (CPLI) – originalmente previsto na Convenção OIT 169 –, a negociação mútua dos termos do acesso e, em momento posterior, a repartição dos benefícios (econômicos ou não, diga-se de passagem). Não é surpresa que o Protocolo de Nagoya tenha sido descrito como “**obra-prima de ambiguidade**”²⁷⁹.

Efetivamente, o Protocolo de Nagoya positiva e internaliza para o debate da CDB os temas discutidos até então em outras esferas, tais como a relação intrínseca entre

277 A eficácia limitada destes instrumentos, um tema clássico e que permanece atual, é outra questão.

278 OBERTHÜR, Sebastian; ROSENDAL, G. Kristin. **Global Governance of Genetic Resources**. London: Routledge, 2013.

279 Ibid.

RG e CT, o consentimento prévio, livre e informado (CPLI), os direitos humanos dos povos indígenas, a participação das mulheres, as discussões e direitos sobre propriedade/posse/detenção dos CT e a adoção de legislações nacionais específicas com participação das comunidades tradicionais²⁸⁰.

Trata-se do único documento a se referir a conhecimentos transfronteiriços, isto é, compartilhados por povos em mais de um território nacional. Prevê a criação de um regime comum, mas que ainda não existe. Ademais, sua efetividade está atrelada à incorporação de suas normas entre todos os países nos quais os conhecimentos são encontrados, o que não ocorre em nenhuma região do mundo até hoje.

O Protocolo é a base de boa parte das discussões sobre governança de recursos genéticos e CT. Inclui discussões de outras arenas dentro do campo da biodiversidade e confere concretude normativa às formas pelas quais acesso e repartição de benefícios devem se dar.

4.2. Legislações Nacionais e Políticas Regionais

Em meados da década de 2000, mais de 100 países já contavam, tendo por base a CDB, com legislações e políticas sobre acesso e repartição de benefícios de recursos genéticos²⁸¹. A maioria dos países prevê a aprovação governamental de acesso tendo por pré-requisito o consentimento das comunidades detentoras²⁸². Como esperado, a variabilidade terminológica é grande, por vezes misturando recursos genéticos e CT²⁸³.

Diante da dificuldade e/ou inadequação de uso das formas existentes de propriedade intelectual para a proteção de CT, a proposta recorrente foi a criação de sistemas *sui generis*. A orientação assume um caráter retórico e político de denotar a impossibilidade dos demais direitos (sobretudo patentes e direitos autorais) darem conta da especificidade de CT²⁸⁴.

280 TERAN, Maria Yolanda. **The Nagoya Protocol and Indigenous Peoples**. The International Indigenous Policy Journal, v. 7, n. 2, 2016.

281 TOBIN, Brendan. **Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters**. London: Routledge, 2014; TOBIN, Brendan. **Now You See It Now You Don't: The Rise and Fall of Customary Law in the IGC**. In: ROBINSON, ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

282 Dando maior valor, ao menos em tese, às populações tradicionais do que a CDB, que priorizou a titularidade dos Estados, e se adequando ao direito ao consentimento prévio, livre e informado.

283 ten KATE & LAIRD, 2004, p. 139.

284 Mais ainda, da possibilidade de que tais direitos já existentes possam inclusive trazer novos problemas até então inexistentes – como a privatização ou individualização em torno de um titular de uma patente de um

Demandas por regimes *sui generis* surgem na academia e entre ativistas indígenas já na década de 1990, ganhando força ao longo dos anos 2000. O volume *Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual* (1999) da Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica – COICA, que reúne mais de 400 grupos indígenas da região, é um exemplo²⁸⁵.

Haidy Geismar (2013) associa propostas de direitos *sui generis* à construção da indigeneidade, e afirma:

“Sui generis legal regimes are increasingly promulgated as context-specific solutions to the problem of the inapplicability of 'Western' or ‘Euro-American' generic property regimes. The ideal of *sui generis*, which is formulated to fit into a bureaucratized international legal regime while at the same time positioning itself as unprecedented within that body of law, may be seen to mirror tensions that emerge within the very context of the indigenous – a category of personhood and citizenship that is both exceptional and (often involuntarily) included in that which it is defined as apart from. **Indeed, in policy documents and public commentary, *sui generis* law is often used as a shorthand for detailing indigenous interventions into existing legal frameworks**” (GEISMAS, 2013: 20-21).

Assim, a despeito dos potenciais benefícios em torno de sua criação, a questão é definir se tais direitos *sui generis* constituem efetivamente uma nova categoria de direitos subjetivos ou se apenas tornam operacionais os direitos ao consentimento livre, prévio e informado e à repartição de benefícios previstos pelos tratados internacionais²⁸⁶.

Os casos e experiências concretas são múltiplos. No entanto, em comum, as iniciativas, das mais institucionalizadas às mais restritas, parecem todas ser orientadas pelos debates jurídico-políticos mais amplos mencionados até aqui: direitos de propriedade intelectual, direitos de povos indígenas e biodiversidade são ideias que circulam de forma não-linear e de ampla disseminação.

Matthias Leistner (2004), seguindo boa parte da literatura internacional, elenca três tipos ideais de proteção nas legislações nacionais: (i) voltado à biodiversidade; (ii) voltado ao patrimônio cultural e (iii) voltado à propriedade intelectual. A legislação

conhecimento até então compartilhado por todo um grupo. Nesse sentido, direitos *sui generis* apontam para a difícil relação entre saber jurídico ocidental e regimes não euramericanas de conhecimentos, uma forma específica de relação conflituosa entre saber científico e saber tradicional.

285 COORDINADORA DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS DE LA CUENCA AMAZÓNICA - COICA. **Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual**. 1999.

286 Em outras palavras, se criam novos direitos, que os aproximam aos direitos de propriedade intelectual na medida em que são proteções sobre produções/trabalhos do intelectual humano (individual ou coletivo), ou se são um reforço de direitos já existentes, enfocados em aspectos procedimentais e de eficácia da proteção a CT em sentido amplo. Neste último caso, o papel retórico e político de direitos *sui generis* sobrepõe-se à utilidade dogmático-jurídica.

brasileira, por exemplo, costuma ser entendida como um sistema voltado à biodiversidade – e o é explicitamente. De fato, argumentar em abstrato por propostas mais holísticas é mais simples do que criar efetivos arranjos jurídico-regulatórios que contemplem as três vertentes.

Com a promulgação das leis nacionais nas Filipinas e no Peru²⁸⁷, e depois no Panamá surgem as primeiras normas positivadas de proteção *sui generis* a CT. Matthias Leistner coloca o Peru como exemplo de legislação voltada à biodiversidade, seguindo a CDB – assim como seriam depois as da Costa Rica, Índia e Brasil – e Filipinas como uma lei voltada ao patrimônio cultural, tomando CT como “bem público” (*public good*)²⁸⁸. Panamá seria então o melhor exemplo de um sistema voltado à propriedade intelectual, criando uma categoria *sui generis* efetivamente nova.

A Ordem Executiva 247 das Filipinas sobre Acesso a Recursos Genéticos prevê consentimento informado de comunidades indígenas de acordo com seus “direitos costumeiros”. Este é o momento caracterizado por Tobin como o “auge do direito costumeiro” na regulação de CT, tendência que entraria posteriormente em declínio²⁸⁹. Em 1997, as Filipinas já haviam promulgado o “Indigenous Peoples Rights Act”, prevendo uma série de direitos aos povos indígenas, inclusive autogoverno, direitos territoriais e o direito de “preservar e proteger sua cultura, tradições e instituições”.

A Comunidade Andina, que engloba Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, foi a primeira região do mundo a se dirigir a políticas de regulação de CT transnacionais. Em 1996, promulga sua Decisão 391, “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos”, reformado duas vezes (Decisão n. 423/1998; Decisão n. 448/1998). Prevê a obrigação até então inédita de identificar a fonte de recursos genéticos ou derivados com um “componente intangível”. Esta expressão também amplia a incidência da regulação, pois se refere a “qualquer conhecimento, inovação, prática individual ou coletiva de valor atual ou potencial que os contenha, seja ou não protegido por sistemas de propriedade intelectual”. Com isso, pretende superar os limites mercantis da propriedade intelectual por meio de um conceito maximalista. Esta “superinclusão”, entretanto, traz problemas de efetividade²⁹⁰.

287 Independentemente de estarem ou não ligados a recursos genéticos (ten Kate & Laird, 2004, p. 139).

288 LEISTNER, Matthias. 2004, p. 138.

289 TOBIN, 2017.

290 DUTFIELD, 2017, p. 333.

Suas disposições foram internalizadas, por exemplo, pela legislação equatoriana em 1999, alterada em 2009. A Decisão 486, de setembro de 2000, “*Régimen Común sobre Propriedade Industrial*”, por sua vez, prevê a harmonização da legislação de seus países ao TRIPS, compatibilizando-a com a CDB. Com isso, envolve a exclusão de certas formas de vida como invenções, obrigação de incluir cópia do contrato de acesso nos pedidos de patente com recursos genéticos e da licença com a comunidade no caso de CT.

O Peru articula regras de direitos *sui generis* via legislação e órgãos institucionais voltados à eficácia da proteção. A lei protege os conhecimentos tradicionais como especiais, mas além de sua declaração, o governo peruano tem órgão composto por especialistas dedicados apenas a fiscalizar e ativamente buscar possíveis casos de apropriação indevida e biopirataria²⁹¹.

Na Melanésia, na primeira metade da década de 2000, uma proposta de Lei Modelo do Pacífico foi redigida por intermédio de um grande projeto de pesquisa capitaneado pelos antropólogos Marilyn Strathern e Eric Hirsch²⁹². Pequenas ilhas do Pacífico, como Vanuatu e Fiji, ingressaram tardiamente na OMC sob intensos debates quanto a seus efeitos. Nestes países de maioria indígena, os CT assumiram um papel central²⁹³.

A Lei de Biodiversidade Indiana (2002) trouxe a obrigação de reportar origem dos recursos genéticos. Associada com o Forests Act (2006), que previa direitos socioambientais claros, e a reforma da lei de patentes, adotando o mínimo exigido pelo TRIPS²⁹⁴, a legislação indiana passou a ser uma das mais completas em relação à proteção de CT.

A União Africana tem uma lei modelo de CT em discussão há quase duas décadas, e vários de seus membros promulgaram novas legislações específicas, como a

291 Similar até certo ponto com o que ocorre no Brasil, a valorização de expressões culturais tradicionais na indústria têxtil e de práticas agroecológicas envolvendo gastronomia são pontos centrais das reivindicações dos direitos intelectuais por povos tradicionais no Peru.

292 cf. STRATHERN, Marilyn; HIRSCH, Eric. **Transactions and Creations: Property Debates and the Stimulus of Melanesia**. Oxford: Berghahn Books, 2006.

293 GEISMAR, 2013.

294 O art. 3(j) da lei de patentes exclui como invenções “*the mere discovery of any new property and new use for a known substance*”. Como lembra Vandana Shiva (2016, iii), que esteve diretamente envolvida com o governo indiano na redação da nova lei, este argumento foi utilizado contra uma patente da Novartis sobre medicamento de câncer e contra a Monsanto em uma patente sobre sementes resistentes ao clima.

Namíbia e o Quênia em 2017. Em parte, houve influência das políticas da última década do IGC/WIPO para a criação de regimes *sui generis*.

Em 2000, a ASEAN, composta por Brunei, Camboja, Filipinas, Indonésia, Laos, Malásia, Myanmar, Singapura, Tailândia e Vietnam, também criou diretrizes, embora em caráter mais genérico, para a proteção regional de recursos genéticos²⁹⁵. No Mercosul²⁹⁶ e na União Europeia, este não foi um tema de atenção efetiva. Na Europa, apenas Portugal tem uma lei específica sobre CT, mas há iniciativas esparsas para práticas rurais, como bancos de dados na região da Baviera²⁹⁷.

Diante deste panorama, percebe-se que, de um lado, a grande multiplicação de regimes *sui generis* ocorreu no Sul Global e, de outro, que as formas jurídicas, arranjos institucionais e objetivos da regulação são bastante distintos entre si.

4.3. A Guinada Procedimental: responsabilidade, contratos e protocolos

Ao longo da década de 1990 e 2000, a consolidação jurídica de normas as mais diversas para a regulação de CT foi especialmente baseada na tríade consentimento, negociação e repartição de benefícios²⁹⁸. Ela envolveu também experimentações práticas entre pesquisadores e povos indígenas sobre como isso deveria se dar na prática²⁹⁹. Diversos debates sobre políticas de CT ocorreram³⁰⁰, dando origem a uma série de declarações e pronunciamentos indígenas, códigos de ética de pesquisadores e políticas institucionais de institutos de pesquisa³⁰¹.

Este processo também foi acompanhado de mudanças tecnológicas que ampliaram os usos de recursos genéticos em áreas como bioquímica, biologia molecular,

295 ASEAN. **The ASEAN Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources**. 2000.

296 cf. KOSZUOSKI, Adriana. **Conhecimentos Tradicionais: Uma Análise da Proteção Jurídica no Mercosul**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial, 2006.

297 KIENE, Tobias. **Traditional Knowledge in the European Context**. Iddri – Idées pour le Débat, n. 1, 2006.

298 Consentimento prévio, livre e informado (CPLI), termos mutuamente acordados (TMA) e acesso e repartição de benefícios (ARB).

299 ten KATE & LAIRD, 2004, p. 133; ROBINSON, 2010.

300 MAURO, Francesco & HARDISON, Preston D. **Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities: International Debate and Policy Initiatives**. Ecological Applications, V. 10, n. 5, 2000, p. 1263-1269.

301 MAURO & HARDISON, 2000; ten KATE & LAIRD, 2004, p. 133.

biologia celular, imunologia e tecnologia da informação³⁰². O contexto ampliou a quantidade de atores e interesses diretamente envolvidos e, do ponto de vista jurídico, chamou atenção para a importância de instrumentos privados na regulação de CT.

Para os críticos, esta é a consagração de um modelo que pressupõe que CT *devem* ser acessados, mesmo que a princípio não tenha sido este o interesse da comunidade e das nações envolvidas³⁰³. Por outro lado, enquanto as arenas internacionais sempre foram pouco permeáveis à participação direta de povos indígenas, a discussão no âmbito local contou diretamente com sua presença e debate.

Portanto, as interações complexas entre biodiversidade, pesquisa científica, propriedade intelectual, propriedade cultural e direitos dos povos indígenas passaram a ganhar novos tons de concretude: bibliotecas, museus, universidades, empresas privadas, associações civis, cooperativas comunitárias e ONGs tornaram-se atores.

Nesse quadro, a tentativa de definir o que sejam CT perde relevância³⁰⁴. Como aponta Graham Dutfield, CT “evolves and hybridises and it moves around. It is invisible and weighs nothing”³⁰⁵. Então, ao contrário de debater o que deve ser um CT³⁰⁶, é preciso pensar em sua *forma* de transmissão – incluindo os contextos do uso, que pode ser provada inclusive oralmente – e a *relação* com o caráter minoritário do grupo pleiteante³⁰⁷.

O aspecto tradicional, como já sustentado, “refers only to the way in which the knowledge has been developed and does not mean that the subject matter is limited to creations of innovations of the past”³⁰⁸. Portanto, é um debate que passa a ser orientado por

302 ten KATE & LAIRD, 2004, p. 133.

303 GARCIA, Laymert. **Direitos Intelectuais: Propriedade ou Patrimônio? Uma Visão Crítica das Tendências de Utilização do Sistema de Patentes para as Populações Tradicionais**. In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (Org.). *Documentos do ISA n. 02: Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996.

304 Inclusive, conforme John Bernhard Kleba propôs, talvez tudo seja de alguma forma tradicional, ao que propõe uma nova tipologia quanto aos CT de acordo com seu grau de disseminação: Tipo I – CT de base comunitária; Tipo II – CT urbano e de serviços; Tipo III – CT em custódia nacional; Tipo IV – CT no domínio público global. KLEBA, John Bernhard. **Problemas Sociolegais do Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado a Recursos Genéticos e Estudo dos Casos da Frangância do Breu Branco e de Psicoativos Indígenas**. In: KLEBA; KISHI, 2009.

305 DUTFIELD, 2017, p. 332.

306 Uma concepção ampla faria com que tudo, até um chiclete norte-americano, poderia acabar protegido. Uma concepção restrita excluiria a maior parte do que se pretende proteger.

307 Se CT são uma relação e uma forma de conhecimento, o que se torna relevante para o direito são conteúdos procedimentais, e não um julgamento valorativo em torno da “autenticidade” ou da “tradicionalidade” do conteúdo a que se referem.

308 LEISTNER, 2004, p. 56.

critérios de justiça procedimental³⁰⁹³¹⁰: criar condições procedimentais, e não definir soluções substantivas.

São procedimentais os critérios para definir o que seja um CT e também o são os critérios para determinar casos de violação de direitos³¹¹, o que não é sinônimo de formalismo; pelo contrário, é refletir sobre como efetivar a garantia democrática do devido processo legal (*due process of law*) em todos os momentos da regulação jurídica³¹².

Aqui se encontra uma incompatibilidade fundamental com quase a totalidade dos direitos de propriedade intelectual em relação a CT:

“[S]ince it is a knowledge characterized operationally by way of its development rather than a defined subject matter, it overlaps with the established categories of modern IP law covering results of individual and collective creativity in virtually all fields of technology and the arts” (LEISTNER, 2004, p. 56).

Tudo isso demonstra por que houve uma espécie de guinada procedimental na regulação de CT nos anos 2000. Os praticantes da área buscaram encontrar soluções pragmáticas que permitissem o diálogo e a negociação com comunidades tradicionais.

4.3.1. Contratos e Repartição de Benefícios

Como apontam ten Kate & Laird³¹³, dentre as mudanças significativas no *framework* jurídico e de políticas na década de 1990, incluem-se “acordos intergovernamentais, medidas nacionais, e códigos, declarações e políticas adotadas por

309 Mais do que uma exclusividade deste tema, reflexões procedimentais podem ser entendidas como uma marca do direito global contemporâneo e de debates sobre teorias da justiça contemporâneas. Como lembra François Ost, ao tradicional juiz Zeus, todo poderoso e “formalista”, positivista, sucedeu no século XX o juiz Hércules, promotor da justiça material e da correção de desigualdades entre as partes. No entanto, em um tema de alta complexidade como os CT, os efeitos inesperados as decisões judiciais e dos argumentos empregados, mesmo que bem-intencionados, podem ser altos demais, e o juiz Hércules criará mais problemas do que soluções. Desta feita, é substituído pelo juiz Hermes, mediador e imbuído pela ideia de que não terá ele *a priori* uma solução ideal aos problemas. Mediar, e não (pré)determinar. OST, François. **Jupiter, Hercule, Hermès: Trois Modèles du Juge**. In: BOURETZ, Pierre. *La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains*. Paris: Editions Esprit, 1991, p. 241-272.

310 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

311 Os dois grandes momentos da regulação de CT, o consentimento prévio, livre e informado (Convenção 169 da OIT) e a repartição de benefícios (CDB), são informados por critérios de justiça procedimental.

312 É da maior relevância lembrar que ela é mais ampla do que a garantia processual do devido processo legal no sentido a ele conferido pelo direito processual de inspiração continental. Com efeito, o debate vai além porque não deve centralizar o Judiciário como a única instância decisória em jogo. O problema de só tratar da adjudicação e de “como os juízes decidem”, dominantes na teoria do direito, tem por consequência ignorar todas as instâncias não-judiciais. Implica reconhecer os problemas nas formas de consulta às comunidades, as negociações de contratos de repartição de benefícios com empresas, universidades e institutos de pesquisa, as discussões do CGEN, da OMPI, da CDB e da OIT, os instrumentos jurídicos de fiscalização e transparência, a avaliação de pedidos de patente, desenhos industriais e marcas entre outros. Em todas estas instâncias há a exigência de devido processo legal neste sentido de garantia político-democrática.

313 ten KATE & LAIRD, 2002, p. 134.

comunidades, pesquisadores e empresas”³¹⁴.

Por sua vez, estes desenvolvimentos influenciaram a linguagem incorporada nos direitos nacionais e internacional e nos acordos contratuais. De modo mais importante, por se destinarem a grupos com preocupações e interesses específicos, trouxeram especificidade e detalhe aos debates até então colocados em termos mais gerais³¹⁵.

Entretanto, o enfoque extremamente difundido nas políticas de acesso e repartição de benefícios também é criticado por pressupor que os CT devem ser utilizados pelo mercado³¹⁶. Deixa-se de considerar as condições e hipóteses em que comunidades tradicionais podem simplesmente não querer que seus CT circulem e sejam utilizados pelo mercado³¹⁷.

Um exemplo está na Costa Rica. Além de sua lei *sui generis* sobre CT, a atuação do INBio, Instituto Nacional de Biodiversidad, uma organização não-governamental criada em 1989, tem sido louvada internacionalmente³¹⁸. Sua projeção decorreu sobretudo do projeto “Medicamentos Descobertos baseados em Produtos Naturais do Bioma Costarriquenho”, financiado pelo Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos (NIH), com pesquisas realizadas em conjunto com a Universidade de Harvard e a Universidade de Michigan.

Como aponta Maria Yolanda Teran, o INBio desenvolveu com clareza: termos de acesso, bioprospecção, obrigações contratuais (incluindo benefícios e outros resultados referidos no Protocolo de Nagoya), os tipos de pesquisa que podem ser realizadas, o tempo e dinheiro alocados na pesquisa, o tempo alocado para capacitação (*capacity building*), os requisitos para difusão do compartilhamento dos dados, monitoramento e comunicação (*reporting*). Por fim, previa também um adendo para possíveis mudanças no contrato³¹⁹.

No entanto, também houve dificuldades operacionais e questionamentos

314 Ibid.

315 Ibid., p. 141.

316 GARCIA DOS SANTOS, 1996.

317 Uma questão ainda incerta do ponto de vista procedimental é, por exemplo, os limites e a definição de conhecimentos “sagrados”.

318 O país possui regras jurídicas constitucionais bastante protetivas à biodiversidade e à preservação dos recursos naturais com um grau elevado de *enforcement*. A Constituição simplesmente proíbe atividades de mineração, um caso praticamente único no mundo. Ademais, o turismo ecossustentável e as estratégias de preservação ambiental são dois componentes importantes dos governos costarriquenhos há décadas, e são um pilar das atividades econômicas nacionais.

319 TERAN, 2016.

mesmo neste caso de sucesso, provando que os dilemas de estabelecer projetos que efetivamente respeitem os direitos do Protocolo de Nagoya são ainda mais difíceis do que parecem ser.

Nesse contexto, M. Gollin prevê as seguintes modalidades de arranjos contratuais no acesso a recursos genéticos, CT, repartição de benefícios e direitos de propriedade intelectual³²⁰:

QUADRO 2 - MODALIDADES DE ARRANJOS CONTRATUAIS NO ACESSO A CT

- licenças de propriedade intelectual;
- acordos de transferência de material [genético];
- licenças ambientais;
- posse/propriedade sobre terras;
- licenças “shrinkwrap”;
- acordos de opção;
- cartas de intenções;
- memorandos de entendimento (MOU)

Fonte: Gollin, 2002

Como afirmam ten Kate & Laird³²¹, estes acordos tendem a seguir os princípios básicos de contratos empresariais, mas incluem também disposições de direitos de soberania e autogoverno, consentimento prévio, livre e informado, acesso a terra e recursos naturais, repartição de benefícios, conservação e permissões ambientais.

É preciso ter cuidado com a transposição dos princípios de contratos empresariais para acordos de repartição de benefícios. Ao contrário daqueles, que *por definição* envolvem partes em igualdade de condições³²², estes são precisamente o contrário, tanto do ponto de vista formal quanto material. Comunidades tradicionais têm menos recursos econômicos e financeiros, menor conhecimento técnico – inclusive de negociação – e maior diversidade de interesses envolvidos do que empresas e mesmo institutos de pesquisa.

320 GOLLIN, M. **Elements of Commercial Biodiversity Prospecting Agreements**. In: LAIRD, Sarah (org.). *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*, London: Earthscan, 2002.

321 Ten KATE & LAIRD, 2004, p. 148.

322 cf. FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Em termos das partes contratantes, M. Gollin diferencia duas estratégias: (i) “hub-and-spoke”³²³ e (ii) consórcio ou clube³²⁴. Elas são úteis para pensar como efetivamente ocorre a negociação com uma comunidade tradicional. Ademais, lembram que raramente há apenas um ator envolvido³²⁵, até porque exigem investimentos realmente muito elevados³²⁶.

Algumas jurisdições aceitam melhor a relativização do conteúdo pactuado nos contratos em prol de equalização das partes negociantes, mas outras não³²⁷. Ademais, é preciso questionar se efetivamente os outros atores envolvidos, para além do “hub”, estão mesmo isentos de responsabilidade em todos os casos, o que pode não ser verdade³²⁸.

323 Na modalidade “hub-and-spoke”, em que “spokes” são os diversos contratos celebrados por um “hub”, um ator centralizado, criando uma estrutura complexa, mas com um centro, facilita-se a substituição de um ator por outro, e também a negociação. Os demais atores envolvidos, isto é, os que não são o “hub”, não lidam diretamente com a comunidade tradicional, o que os isenta de responsabilidade, trazendo mais segurança jurídica. Por sua vez, a negociação com a comunidade tradicional tende a dar mais certo.

324 Na modalidade de consórcio ou clube, vários atores – universidades, institutos de pesquisa, biobancos, empresas em várias etapas da cadeia de produção, entre outros – colaboram para desenvolver produtos a partir de recursos genéticos e/ou CT. Nestes casos, há transparência para objetivos ambientais, econômicos, equitativos e éticos, mas dificulta delimitar a responsabilidade de cada um, além de dificultar a obtenção de um consenso na negociação com a comunidade envolvida.

325 Walter Powell argumenta que em áreas da economia nas quais o conhecimento tem desenvolvimento acelerado e é disperso entre várias fontes, o *locus* da inovação não está em um único ator (empresa, estado, por exemplo), e sim em redes interorganizacionais. A ciência e tecnologia implicada na biotecnologia está dispersa entre, por exemplo, empresas produtoras que enfocam recombinação genética e de proteínas, e empresas focadas em tecnologia, que enfocam métodos químicos, biogenéticos, etc. As técnicas exigidas são muitas: pesquisa básica, pesquisa aplicada, testes clínicos, manufatura, marketing, distribuição, familiaridade com direito da propriedade intelectual e experiência com obtenção de aprovação regulatória global. Powell argumenta que os seguintes atores compõem estas redes interorganizacionais de inovação em biotecnologia: universidades, institutos governamentais, investidores capitalistas, organizações não-governamentais, indústrias farmacêuticas e empresas de biotecnologias estabelecidas no mercado. A perspectiva esclarece que não há um único ator envolvido no diálogo entre comunidades tradicionais e interessados em pesquisa. Por isso, pensar em redes contratuais – compostas por contratos empresariais de longo prazo, parcerias público-privadas, memorandos de entendimento, entre outros – é necessário. POWELL, Walter, 2001. **Networks of Learning in Biotechnology: Opportunities and Constraints Associated with Relational Contracting in a Knowledge-Intensive Field**. In: DREYFUSS, Rochelle; ZIMMERMAN, Diane L; FIRST, Harry, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001.

326 Em artigo ainda em 1997, Daniel Vasella estimou à época custos entre 175 e 300 milhões de dólares para um novo medicamento biomédico – embora menor do que os 300 a 500 milhões para medicamentos farmacêuticos “convencionais”. VASELLA, Daniel. **Novartis' role in 21st Century Drug Development**, *Nature Biotechnology*, 485, 15, 1997.

327 Isso inclui não apenas o Brasil, Índia e África do Sul, países megadiversos e diretamente interessados na questão, mas países de tradição civil continental como a França. Por outro lado, argumentos de boa-fé, interpretação contratual expansiva e complementação pelo juiz são fortemente rechaçados na tradição britânica, por exemplo. Isto quer dizer que a cultura e a consciência jurídica (*legal consciousness*) de dar um *enforcement* estrito e literal dos contratos converte-se em um problema real a ser enfrentado por comunidades tradicionais.

328 Para ficar em um contraponto, as últimas décadas assistiram, no direito privado, a uma tentativa de restabelecer a disciplina contratual para além dos interesses e das motivações exclusivas entre as partes contratante. É nessa perspectiva que se afirmam, no Brasil, os “novos princípios contratuais”, a saber: boa-fé objetiva, relatividade dos efeitos contra terceiros e função social do contrato. cf. GODOY, Claudio Luiz

4.3.2. Códigos de Ética e Compliance

Códigos de Ética e diretrizes de pesquisa de entidades profissionais envolvendo o uso de CT também foram emitidos e difundidos ao longo da década de 2000, incluindo os emitidos pela Sociedade Internacional e Etnobiologia, pela Sociedade Americana de Farmacognose e pela Sociedade de Botânica Econômica³²⁹. Também podem ser mencionados: Principles for Participating Institutions³³⁰, The Limbe Botanic Garden, no Camarões.

Empresas de biociência também incluíram previsões de *compliance* com a CDB em suas políticas corporativas de sustentabilidade. No entanto, em relação a estas últimas, a efetividade de tais políticas é, no máximo, muito limitada.

Por exemplo, com uma visão otimista, ten Kate & Laird consideram positivo um posicionamento oficial da gigante farmacêutica GlaxoSmithKline sobre a CDB, aprovado em Fevereiro de 2002. Ele reconhece que a empresa só trabalhará com organizações e fornecedores com expertise e autoridade jurídica para coletar amostrar e garantir que governos de países em desenvolvimento sejam informados e consultados da natureza e extensão dos programas de coleta³³¹.

4.3.3. Bases de Dados

Philip Schuler considera que uma das soluções para beneficiar comunidades tradicionais diante da comercialização de seus CT é “place ethnobotanical knowledge in the public domain”³³². Ou seja, valer-se de bancos de dados escritos do CT, que são eminentemente orais³³³: “document it and publish it”, diz o autor. Com isso, espera-se resolver o problema do desconhecimento (incontornável) dos examinadores de patentes ao redor do mundo. Portanto, o objetivo dos bancos de dados de CT é de registrá-los como prática defensiva.

Bueno de. **Função Social dos Contratos: Os Novos Princípios Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

329 ten KATE & LAIRD, 2002

330 Latorre et al, 2001: www.rbgkew.org.uk/conservation/

331 ten KATE & LAIRD, 2004, p. 142.

332 SCHULER, 2004, p. 177.

333 Nem toda comunidade tradicional vale-se exclusivamente de registros orais. Os efeitos e o valor simbólico da escrita também são altamente variáveis. Na antropologia brasileira, costuma-se apontar, por exemplo, uma diferença forte entre comunidades rurais e povos indígenas. Os efeitos da escrita para estes tendem a ser bem mais amplos e complexos.

Facilita-se a prova de que é CT e, portanto, de que pedidos de propriedade intelectual não devem ser concedidos ou registrados. Para o caso de patentes, pela falta do requisito de novidade e/ou atividade inventiva; para marcas e desenhos industriais, pela falta de novidade.

O exemplo institucional mais conhecido é a TKDL – *Traditional Knowledge Digital Library*, criada em 2001 pelo governo da Índia³³⁴. Trata-se de uma iniciativa de digitalização dos CT indianos, sob administração da União da Índia, que ativamente opõe pedidos de patentes em escritórios de propriedade intelectual ao redor do mundo. Traduziu os CT para mais diversas línguas – enfocando países industrializados. Desde sua origem, teria evitado mais de 300 casos de patenteabilidade indevida de CT. O TKDL é acompanhado de perto pela literatura internacional, pela OMPI e promovido pelo governo indiano³³⁵.

Iniciativas criadas localmente³³⁶, políticas de patrimonialização cultural e políticas da OMPI envolvendo bancos de dados também foram implementadas nas últimas décadas. São vários trabalhos acadêmicos e publicações feitas junto a comunidades que preveem o registro de seus CT com finalidade de valorização, e que também podem ser utilizados como argumentos contra pedidos de propriedade intelectual.

No entanto, bases de dados também são entendidas como análogos à publicação em literatura científica e, portanto, que ingressam no “domínio público” no sentido imputado pela propriedade intelectual. Como apontado, isto serviu justamente para a livre apropriação dos CT. Por isso, Ruth Okedji reconcebe a ideia de domínio público para CT, mas reconhece as dificuldades³³⁷.

Nesse sentido, estas publicações podem servir justamente para divulgar CT e dar início à possibilidade de sua apropriação indevida. Muitos dos casos práticos no Brasil e no exterior envolveram exatamente o argumento de que não houve acesso a CT *porque a*

334 ÍNDIA. **Traditional Knowledge Digital Library**. Disponível em: <<http://www.tkdl.res.in/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

335 cf. FISH, Allison. **Authorizing Yoga: The Pragmatics of Cultural Stewardship in the Digital Era**. *East Asian Science, Technology and Society*, v. 8, n. 4, 2014, p. 439-360.

336 cf. HERBAL ANTHROPOLOGY PROJECT. Disponível em: <<http://herbalanthropology.org/>>. Acesso em 4 de junho de 2017.

337 OKEDJI, Ruth. **Negotiating the Public Domain in an International Framework for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. In: ROBINSON; ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

pesquisa se iniciou na literatura científica (que está em domínio público).

Um trabalho completo e muito bem realizado sobre os povos da Guiana Francesa, “*Pharmacopées traditionnelles en Guyane: Créole, Palikur, Wayâpi*”, de Pierre Grenand, Christian Moretti, Henri Jacquemin e Marie-Françoise Prévost, traz um bom exemplo da complexidade transnacional. O livro foi publicado pela primeira vez em 1987 e é facilmente encontrado na internet. Traz uma extensa descrição de práticas etnobotânicas e medicinais de conhecimento dos povos tradicionais da Guiana Francesa, inclusive com fórmulas. Se por um lado trazem o debate da biopirataria, da importância dos recursos da floresta e dos direitos de propriedade intelectual, por outro, dão publicidade a todos os conhecimentos ali descritos. O nó da questão é que um dos casos analisados, os Wajâpi, são um povo de língua tupi-guarani que vive entre Amapá, no Brasil, e Guiana Francesa, departamento ultramarino da França. A zona de fronteiras está exatamente na terra indígena Wajâpi, e, como quase qualquer fronteira, é um limite político-jurídico, mais do que material. A França é signatária da CDB, mas não é da Convenção OIT 169. Não houve consentimento prévio, livre e informado (CPLI) da parte dos índios Wajâpi do Brasil para esta pesquisa, mas à primeira vista não houve nenhuma violação, já que tudo ocorreu em território francês. Vários problemas possíveis podem decorrer dali. cf. GRENAND, Pierre; MORETTI, Christian; JACQUEMIN, Henri; PRÉVOST, Marie-Françoise. **Pharmacopées traditionnelles en Guyane: Créole, Palikur, Wayâpi**, 1987.

É por isso que a TKDL não divulga os CT registrados, mantendo-os apenas para as finalidades de servir à oposição a patentes: indica onde o CT pode ser encontrado, ao invés de descrevê-lo. Por outro lado, a TKDL enfoca sobremaneira interesses estatais, tratando a questão como uma preocupação nacional indiana, o que pode também apagar a perspectiva das comunidades.

Desta forma, a publicação ou base de dados pode impedir outras alternativas de parte das comunidades tradicionais. Dentro da lógica da propriedade intelectual, elas poderiam potencialmente se beneficiar ao firmar contratos sobre conhecimentos que os protegem sob segredo industrial³³⁸. Na prática, prefere-se em geral a tentativa de valorização por livros e registros.

Não fica resolvido por completo, entretanto, o impacto de registrar por escrito tradições essencialmente orais. A escrita cria uma tradição “canônica” sobre as demais³³⁹, o que é perigoso sobretudo os casos de expressões culturais tradicionais (ECT). De modo premente, em narrativas míticas ameríndias, não existe “uma” versão³⁴⁰. Nesse debate, em Tristes Trópicos, Claude Lévi-Strauss já havia apontado a relação entre escrita e poder³⁴¹,

338 cf. ten KATE & LAIRD, 2004.

339 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; ALMEIDA, Mauro de. (orgs.). **Enciclopédia da Floresta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

340 Nesse sentido, enquanto um problema antropológico, qualquer tentativa de catalogar, cadastrar e/ou registrar conhecimentos tradicionais ameríndios é fundamentalmente uma missão impossível. Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **História de Lince**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

341 Trata-se do capítulo “Lição de Escrita”, em que Lévi-Strauss descreve o episódio com o chefe

uma advertência que merece ser levada em conta.

4.3.4. Protocolos Comunitários

Protocolos comunitários são instrumentos privados de povos tradicionais com normas, *guidelines* e procedimentos que devem ser seguidos nas negociações, na obtenção do consentimento prévio, livre e informado e eventuais outras questões de interesse da comunidade que o preparou e divulgou. Mediam formas locais de (auto)organização com instrumentos jurídicos estatais, ou seja, criando uma ponte entre direito costumeiro e direito estatal. Por isso, protocolos comunitários têm sido uma das grandes apostas do direito internacional ambiental e das políticas ambientais. São nesse sentido instrumentos híbridos.

Podem ser então entendidos como regras de gestão de “commons de conhecimento”³⁴², bem como instrumentos de autorregulação. O protocolos conseguem resolver o problema da homogeneidade forçada de quaisquer regulações estatais ou centralizadas em torno de um ator.

Maria Yolanda Teran considera, no âmbito das pesquisas científicas envolvendo CT, que:

[i]t is necessary to invest time and resources in developing bio-cultural community protocols in order to have a clear understanding of the rules, norms, and unique regulations for internal and external interactions between Indigenous Peoples and researchers (TERAN, 2016).

Ou seja, protocolos que forneçam as bases para as relações tanto entre comunidade tradicional e pesquisadores quanto nas nas relações destes últimos com terceiros. Ademais, não necessariamente são escritos, podendo assumir o formato de vídeos, fotos, teatro ou encenação (*role-play*)³⁴³, visto que boa parte das comunidades é marcada por tradições orais. De modo muito importante, Teran argumenta que:

community protocols are built and validated collectively over a number of years with participation from men, women, youth, and Elders. They are holistic and, in the access and benefit sharing process, they will set the tone, conditions, and aspirations of Indigenous Peoples regarding research, negotiations about local resources and knowledge, or the misuse of our resources and/or traditional

Nambikwara, que termina com uma lição *ao* etnógrafo (e não aos indígenas) sobre a relação entre escrita e o poder decorrente daquela que escreve. LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. Paris: Plon, 1955.

342 OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. **Understanding knowledge as a commons: from theory to practice**. Cambridge: MIT Press, 2007

343 TERAN, 2016.

knowledge (Teran, 2016, p. 21).

Há uma grande – enorme – diferença entre propor soluções contratuais simplesmente porque são menos burocráticas e porque reconhecem que CT *devem* ser usados para a economia (i.e., em prol de interesses empresariais) e focar os protocolos comunitários porque são holísticos, efetivamente negociados e possivelmente empoderadores.

Deslocados das aspirações econômicas para questões de reconhecimento e autonomia, e embora não seja este seu objetivo, os protocolos tornam-se mais eficientes, diminuem os custos de transação e diminuem imensamente riscos de insegurança jurídica. Ou seja, é justamente evitando focar a economia que se pode conseguir um resultado institucional mais adequado. Não seria uma lição mais geral para os formuladores de políticas públicas?

Por fim, não há nenhuma razão para imaginar que não poderão converter-se em instrumentos realmente relevantes para eventuais litígios transnacionais³⁴⁴.

4.3.5. Certificados e Etiquetas (*Labels*)

Finalmente, há iniciativas que envolvem a certificação ou criação de *labels* em produtos cuja origem é de comunidades tradicionais e seus CT. Nestes casos, surgem como alternativa ou complemento ao uso de marcas, mas com menor burocracia e com menos custos de início e manutenção. Muito do debate é inspirado nas arenas de *fair trade*³⁴⁵. Um exemplo célebre é dos certificados e licenças *Local Contexts*, originados no Canadá e inspirados no modelo de *creative commons*:

The TK Labels are a tool for Indigenous communities to add existing local protocols for access and use to recorded cultural heritage that is digitally circulating outside community contexts. The TK Labels offer an educative and informational strategy to

344 Em outras palavras, sua existência não é condicionada às normas internacionais. A firmar isso é da maior consequência, pois significa a exigência de respeito a protocolos comunitários mesmo à revelia da CDB. E muito mais importante, a exigência de seu respeito de maneira transnacional. Imagine-se a improvável situação hipotética de denúncia total da Convenção da Biodiversidade, e de extirpação de suas disposições do direito internacional; isso não levaria, porém, a invalidar e nulificar os protocolos. A situação é muito menos hipotética do que aparenta se levarmos em conta que os Estados Unidos não são signatários da CDB; não por isso coloca empresas, governo, universidades e indivíduos norte-americanos, mesmo em seu território, imunes das exigências do que prevêem protocolos comunitários. Como instrumentos privados, não dependem do manto do direito internacional público para existirem e trazerem consequências jurídicas: são existentes, válidos e eficazes.

345 Sobre o debate, cf. PARK, Christine. **Processos jurídicos transnacionais estatais: o fair trade e a construção do sistema de comércio justo e solidário no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento), Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2015.

help non-community users of this cultural heritage understand its importance and significance to the communities from where it derives and continues to have meaning. TK Labeling is designed to identify and clarify which material has community-specific restrictions regarding access and use. This is especially with respect to sacred and/or ceremonial material, material that has gender restrictions, seasonal conditions of use and/or materials specifically designed for outreach purposes. The TK Labels also can be used to add information that might be considered ‘missing’, including the name of the community who remains the creator or cultural custodian of the material, and how to contact the relevant family, clan or community to arrange appropriate permissions. (LOCAL CONTEXTS³⁴⁶)

São saídas autorregulatórias, isto é, fora da regulação estatal, que permitem realizar um tipo de proteção de CT nos termos delimitados pela própria comunidade. Dentre as etiquetas possíveis, podem ser ressaltadas: “CT verificado”, quando a comunidade considera adequado o uso de CT em certo produto, “CT de uso exclusivo da comunidade”, “CT sagrado”, “CT exclusivo a homens/mulheres”, “CT culturalmente sensível” e “CT comercial”.

Novamente, as preocupações das bases de dados com a criação de versões “oficiais” em detrimento de outras são também aplicáveis a estes casos.

4.4. Tratado internacional de CT (OMPI)

4.4.1. Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (Organização Mundial da Propriedade Intelectual/OMPI, 2000)

Criado em 2000, o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, vinculado à Organização Mundial da Propriedade Intelectual³⁴⁷ (IGC/WIPO), é tanto resultado dos debates que lhe antecedem quanto propõe sintetizá-los³⁴⁸.

A atuação do Comitê pode ser dividida em três momentos: (i) levantamento de dados (*fact finding*), (ii) debates e (iii) redação de tratado(s)³⁴⁹. Este último teve início em

346 Disponível em: <<http://www.localcontexts.org/tk-labels/>>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

347 A OMPI não é dotada de sistema para fazer cumprir suas políticas e deliberações, mas é um ator internacional central na gestão e promoção da propriedade intelectual no mundo, o que inclui o sistema PTC de registro internacional de patentes.

348 Ou seja, surge e internaliza as discussões da CDB, da Convenção OIT 169, do TRIPS e das discussões sobre patrimônio histórico e propriedade cultural na UNESCO. Em especial, porque muitos dos diplomatas e funcionários envolvidos naquelas participaram também da OMPI.

349 WENDLAND, Wend. **The Evolution of the IGC from 2001 to 2016: An Insider's Perspective**. In: ROBINSON, ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

2010 e dura até o momento atual. Até agosto de 2017, ICG/WIPO teve ao todo 34 reuniões, 4 reuniões ancilares e diversas outras atividades. No entanto, não é um Comitê fixo da OMPI; por isso, entre 2014 e 2015, como seu mandato não foi renovado, não teve atividades e quase foi encerrado.

A OMPI prevê duas grandes linhas para a proteção de CT: defensiva e positiva. A primeira refere-se às estratégias para evitar patentes e outras formas de apropriação indevida de CT³⁵⁰. Por sua vez, a proteção positiva trata da criação de direitos, benefícios e garantias para ativamente promover e valorizar os CT, bem como políticas de prevenção de usos sem autorização³⁵¹. Em 2006, Francis Gurry, diretor-geral da OMPI, sintetizou os seguintes desdobramentos do que poderia consistir cada vertente:

a) Proteção Defensiva:
a1) Qualidade – melhoria da avaliação dos pedidos de patente ao redor do mundo;
a2) Criação de melhor interface entre o sistema de conhecimento ocidental (sistema de patentes) e sistemas de conhecimento tradicional;
a3) Obrigação de reportar origem/fonte de recursos genéticos usados em invenções e associados a CT;
b) Proteção Positiva
b1) Definição do escopo de proteção
b2) Supressão da apropriação indevida
b3) Proteção contra concorrência desleal
b4) Liberdade às partes contratantes de escolher a forma jurídica;
b5) Aptidão para proteção;
b6) Delimitação dos beneficiários;
b7) Consentimento prévio, livre e informado;
b8) Duração.

Fonte: GURRY, 2006.

O Comitê é considerado uma arena mais permeável à participação de povos

350 “**Defensive protection.** Defensive protection refers to a set of strategies to ensure that third parties do not gain illegitimate or unfounded IP rights over TK. These measures include the amendment of WIPO-administered patent systems (the [International Patent Classification](#) system and the [Patent Cooperation Treaty Minimum Documentation](#)). Some countries and communities are also developing [TK databases](#) that may be used as evidence of prior art to defeat a claim to a patent on such TK. WIPO has developed a [toolkit](#) to provide practical assistance to TK holders on documenting TK.” OMPI. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/tk/>> Acesso em 27 de agosto de 2017.

351 “**Positive protection.** Two aspects of positive protection of TK by IP rights are being explored: Preventing unauthorized use, and Active exploitation of TK by the originating community itself.” OMPI. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/tk/>> Acesso em 27 de agosto de 2017.

indígenas do que a OMC e a UNESCO³⁵², sendo pioneira em ter representantes indígenas discutindo políticas de propriedade intelectual³⁵³. Isso inclui um programa anual de bolsas para acadêmicos indígenas. No entanto, as críticas ao privilégio dos interesses empresariais, em especial por se tratar de uma organização voltada à propriedade intelectual, sempre foram fortes.

No final de 2016, por exemplo, a participação de representantes indígenas chegou a ser interrompida após o Fundo destinado a custear as viagens deixar de receber contribuições. Eventualmente, a Austrália aportou um valor para solucionar a questão³⁵⁴. Ela demonstrou, na perspectiva das lideranças indígenas, um comprometimento meramente *pro forma*. Ao mesmo tempo, outras arenas, como a OIT, mostram-se claramente mais permeáveis.

Os debates no IGC/WIPO também seguem em geral a distinção Norte/Sul, embora haja exceções importantes – como a Noruega, que também defende, junto aos países do Sul, a obrigação de reportar origem dos CT. Como um todo, como proposta geral, o IGC/WIPO poderia compor interesses divergentes entre preservação da biodiversidade, valorização de CT e culturas indígenas e interesses empresariais.

O IGC/WIPO consolidou um conjunto extenso de materiais de consulta, pesquisa e disseminação da agenda de proteção a CT, no que é sua maior contribuição até hoje. Cláusulas modelo para contratos de repartição de benefício, guias de diretrizes para CT, *workshops* com comunidades tradicionais, programas de formação e conscientização de atores nacionais de PI e modelos de protocolos comunitários são os principais instrumentos desenvolvidos.

4.4.2. Estado das Discussões

Discussões em torno de um tratado específico sobre CT conhecimentos tradicionais têm ocorrido desde pelo menos a década de 1990. O IGC/WIPO é criado com essa finalidade principal em mente. O debate sobre um tratado converteu-se em discussão sobre tratados internacionais, no plural: um para CT em sentido estrito, o segundo

352 WENDLAND, 2017.

353 Esta participação não existe, por exemplo, no Conselho do TRIPS. Ibid.

354 Ao contrário de anos anteriores, em que pelo menos quatro movimentos sociais brasileiros tinham participação nas discussões do IGC, a ausência de recursos para a participação de povos indígenas faz com que as reuniões tenham tido apenas a participação da advogada e ativista Fernanda Kayngang.

destinado a ECT (incluindo folclore) e um terceiro para recursos genéticos (e respectivos conhecimentos associados). De um lado, trata-se do reconhecimento de que um documento internacional único, sintetizando formas de conhecimento muito distintas – e com potenciais igualmente distintos –, seria inadequado. De outro, é a possibilidade de avançar paralelamente, mas de modo relativamente independente, em que uma ausência de consenso em uma das esferas não afeta diretamente a possibilidade de composição de interesses em outro³⁵⁵.

Os anos após 2010 foram cercados de expectativas após a aprovação do Protocolo de Nagoya à CDB, quando o IGC/WIPO também teve atuação intensa³⁵⁶. No entanto, o ano de 2014 acabou com debates acalorados e com a não renovação do mandato do Comitê. Em 2016, com novo mandato, o IGC/WIPO realizou quatro grandes reuniões em Genebra para discutir CT. O ano de 2017 é dedicado às discussões sobre expressões culturais tradicionais (ECT), consideradas ainda menos abordadas no debate internacional.

No entanto, há pouca expectativa de um tratado no curto prazo, a despeito do tempo relativamente longo de debates. Conceitos de “conhecimento tradicional” e “povos tradicionais”, que de acordo com sua definição levarão a uma abrangência maior da proteção explícita, continuam a ser discutidos em caráter preliminar e extremamente divergente.

Graham Dutfield argumenta de forma direta: “*a legal regime that pulls in all of what people might call 'traditional knowledge' is unlikely to ever be agreed and would not deserve to be if it were*”³⁵⁷. Em primeiro lugar, definir amplamente CT pode ser um fracasso estratégico e uma impossibilidade de avançar nas negociações de um tratado³⁵⁸. Esta tem sido a experiência do IGC/OMPI nos últimos 10 anos. Mas mesmo que fosse possível, seria um problema.

355 Neste último sentido, trata-se de uma perspectiva pragmática e comum às relações internacionais também em outros casos multilaterais. Inclusive no âmbito da própria OMPI, há negociações formais e informais em outras áreas para a criação de novos tratados, como na área de desenhos industriais e indicações geográficas.

356 WENDLAND, 2017.

357 DUTFIELD, 2017, p. 332.

358 Nesse sentido, Jonathan Curci aponta o problema prático de apostar em uma saída *sui generis* “maximalista”, isto é, de ampla definição de CT, diante da resistência e improbabilidade de estados industrializados aceitarem a proteção de novos direitos de propriedade intelectual para tais conhecimentos. Para o autor, esta proposta é “*fraught with intricate and difficult questions of basic definitions and enforcement*”. CURCI, Jonathan. **The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 94.

Com efeito, para a proteção defensiva de CT contra patentes excessivamente amplas, uma definição clara pode ser útil. No entanto, para a proteção positiva, uma concepção maximalista criará um problema, pois *“traditional knowledge is not a sufficiently stable and workable concept for us to construe its application with so much breadth and expect everything to work out fine”*³⁵⁹.

Disso decorre a conclusão: *“any effort to ‘fix’ TK in time or space and claim it as one and only one group’s or country’s property can create its own injustices”*³⁶⁰.

Afinal, como se depreende da fala de Marcial Arias, indígena Kuna, do Panamá:

Nuestros conocimientos son imprescriptibles, nunca terminan. Pero tenemos el problema que ciertas industrias o Estados se apropian de nuestro conocimiento. Si nosotros nos alejamos de nuestra Madre Tierra, por culpa de hidroeléctricas, mineras, etc., perdemos nuestros conocimientos tradicionales. Sin Madre Tierra no hay conocimientos.³⁶¹

No âmbito do IGC/WIPO, Estados Unidos e Canadá têm sido refratárias às tentativas de incluir temas substantivos e institucionalizar a proteção de CT, propondo em seu lugar soluções contratuais³⁶² que podem ser entendidas como autorregulatórias. Esta proposta não decorre de tentativa de conferir maior autonomia aos povos indígenas, mas de evitar diminuir as margens de atuação de suas empresas transnacionais e o aumento da regulação formal, incluindo órgãos de controle e fiscalização.

Não à toa, o grande debate em torno da obrigação de reportar origem/fonte dos recursos genéticos e CT continua inconclusivo, opondo em grande medida países em desenvolvimento e países industrializados. Este debate sobre tratados, ademais, não pode ser dissociado da tendência atual da última década, de emergência de novos tratados bilaterais e certa paralisia das arenas multilaterais.

4.5. Responsabilidade Social Corporativa e Deveres das Empresas

Pouca atenção é dada ao papel, à responsabilidade e à função dos agentes

359 DUTFIELD, 2017, p. 332.

360 DUTFIELD, 2017, p. 332.

361 ARIAS, Marcial. **Pronunciamento no Coloquio de Incomindios sobre la propiedad intelectual de los Pueblos Indígenas en la OMPI**, Genebra, 8 de julho de 2014.

362 ROBINSON, ABDEL-LATIF & ROFFE, 2017.

econômicos implicados nesses processos jurídico-econômicos. As normas internacionais e nacionais até aqui apresentadas, em grande parte, tratam os atores econômicos exclusivamente como elementos externos do debate. No entanto, nenhuma alternativa será realmente eficaz sem ser implementada pelas empresas³⁶³. Ou seja, é preciso “levar a responsabilidade à sério”³⁶⁴.

No âmbito da atuação das empresas nos mercados, coexistem uma série de deveres e responsabilidades ético-jurídicos quanto a comunidades tradicionais. Tais obrigações são informadas tanto por legislações nacionais quanto internacionais e transnacionais que vinculam as sociedades enquanto tais (ou seja, como sujeitos de direito), mas também seus administradores e diretores, seus empregados e todos os demais envolvidos individualmente. Elas incluem: deveres ambientais, boa-fé objetiva e lealdade, obrigatoriedade de respeito e cumprimento de direitos humanos, função social da empresa, deveres fiduciários dos administradores e direitos do consumidor.

Os deveres empresariais podem ser lidos, de modo geral, como os deveres intrínsecos à atividade empresarial decorrentes de uma visão da empresa como instituição³⁶⁵. São, ademais, liames para imputação de novos regimes de responsabilidade transnacional de empresas em tribunais nacionais, arbitrais e internacionais³⁶⁶.

Impera, no entanto, a ideia de que a empresa é exclusivamente uma organização voltada ao lucro de seus acionistas. Disso decorre que o único e relevante interesse a ser protegido juridicamente seja o dos acionistas. Trata-se do conceito de “shareholder value” ou “shareholder primacy”, a primazia do acionista³⁶⁷. Além da origem

363 Vale remeter à precaução de “atenção à realidade” do Prefácio à 5ª edição do *Trattato di Diritto Commerciale* do jurista italiano Cesare Vivante: “Aos estudantes e estudiosos – as duas palavras nem sempre sa o sino nimas – que frequentemente me pedem conselhos e temas para as suas dissertac o es, eu na o posso sugerir nada diferente do que o me todo que eu sigo. Na o se aventurem nunca em uma quest a o juri dica se na o conhecerem a sua estrutura te cnica a fundo e a func a o econo mica do instituto que e objeto do seu estudo. Obtenham nas bolsas, nos bancos, nas age ncias, nas sociedades comerciais, nos tribunais e fo runs o material necessa rio para compreender aquela estrutura e as suas func o es. Trata-se de deslealdade cienti fica, um defeito de probidade, tratar de um instituto para lhe atribuir a disciplina juri dica sem conhece -lo a fundo na sua realidade. Se o direito tiver por objetivo regular os efeitos de um instituto, e evidente que o estudo pra tico da sua natureza deve preceder aquele do direito.” VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5. ed. riv. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1922, v. I, p. IX-X.

364 SUPIOT, Alain & DELMAS-MARTY, Mireille. **Prendre la Responsabilité au Sérieux**. Paris: Puf, 2015.

365 SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

366 cf. ZUMBANSEN, Peer. **Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance**. Comparative Reseach in Law & Political Economy, Osgoode Hall Law School of York University, Research Report N. 1/2012.

367 A proposta surge como resposta ao diagnóstico de que o mercado de capitais norte-americano, marcado por companhias de capital altamente disperso, eram na prática controladas por seus “gerentes”. Estes

em um contexto socioeconômico específico, o modelo desconsidera as inúmeras responsabilidades e deveres jurídicos da atividade empresarial³⁶⁸.

Nesse sentido, o debate da responsabilidade social corporativa não pode ser dissociado da análise do próprio capitalismo, ao mesmo tempo em que, como aponta Peer Zumbasen, é tema com uma história própria:

[t]he history of corporate social responsibility as an ideal, concept, dream, ideology or illusion is as intertwined in the larger political economy of capitalist development as it has a particular idiosyncratic history of its own³⁶⁹.

A seguir, será feito um breve panorama das alternativas e discussões em jogo.

Thana Campos acompanhou os desdobramentos e a evolução das discussões em Genebra sobre a relação entre empresas e direitos humanos³⁷⁰. Diante do fracasso na criação de um tratado internacional, desenvolveu-se um relatório não-vinculativo, mas que se converteria no principal instrumento internacional na matéria.

Este é o Relatório de John Ruggie sobre empresas e direitos humanos, que criou no âmbito das Nações Unidas um conjunto de diretrizes a serem seguidas em escala global para a promoção e proteção de direitos humanos em relação às atividades empresariais³⁷¹. Estas discussões relacionam-se também com os Princípios das Nações Unidas de Investimentos Responsáveis, destinados a investidores, e aos Princípios de Equador, voltados a bancos. Eles devem ser levados em conta nas relações com comunidades tradicionais.

No entanto, os problemas enunciados não devem ser restritos às grandes

administradores assumiam então um poder excessivo que resultava em resultados de curto prazo, no interesse dos próprios bônus e vantagens dos administradores, mas contra a companhia e seus acionistas. Cf. STOUT, Lynn A. **The Toxic Side Effects of Shareholder Primacy**, U. Pa. Lae Review, 161, 2012-2013, pp. 2003-2023.

368 Por exemplo, a Lei de Sociedades Anônimas brasileira (1976) está longe de representar a mera assunção do interesse dos acionistas. O artigo 116, parágrafo único, prevê que o acionista controlador deve levar em conta os interesses dos acionistas minoritários, dos trabalhadores e da comunidade na qual está situada. Com efeito, como orientação geral, o direito brasileiro desenvolveu, a partir da teoria da função social da propriedade, a ideia de função social da empresa. Todos os atores econômicos têm obrigações que incluem, durante suas atividades, o respeito dos direitos de povos indígenas e comunidades locais.

369 ZUMBANSEN, Peer. **The new embeddedness of the corporation: corporate social responsibility in the knowledge society**. In: WILLIAMS, Cynthia A; ZUMBANSEN, Peer (orgs.). *The Embedded Firm*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 119-148.

370 CAMPOS, Thana Cristina de. **Empresas Transnacionais e Direitos Humanos: As Empresas Farmacêuticas como Objeto de Estudo**. São Paulo: Fórum, 2012.

371 RUGGIE, John Gerard. **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights**. New York: W. W. Norton & Co, 2013.

sociedades empresárias transnacionais, pois envolvem também pequenos atores econômicos, muitos deles organizados sob as formas jurídicas de sociedades em comum (não personificadas), sociedades limitadas de minúsculo capital social ou empresários individuais. Para estes casos, é possível pensar em responsabilidades diferenciadas³⁷², de modo que grandes transnacionais têm responsabilidade maior e mais complexa do que pequenas empresas locais³⁷³.

Para dar um exemplo, a lei de Biodiversidade brasileira (Lei 13.123/2015), a esse respeito, exclui microempresas e cooperativas do dever de repartir benefícios, além de imputar a responsabilidade apenas ao agente final da cadeia. Embora pareçam boas alternativas, pois modula o papel de agentes dentro de uma cadeia de produção, é de se questionar se a melhor solução é excluir totalmente a responsabilidade (como faz a lei) ao invés de ter criado responsabilidades diferenciadas.

Por outro lado, a exclusão da legislação nacional não exclui os deveres internacionais de respeito e cumprimento de direitos humanos pelas empresas, até mesmo as sem personalidade jurídica. Portanto, mesmo pequenas cooperativas e microempresas continuam a ter deveres para com as comunidades tradicionais com que atuam, e seu descumprimento pode – e deve – ensejar responsabilidade por violação de direitos humanos, direitos trabalhistas e direitos coletivos, homogêneos e transindividuais.

As considerações acima devem apontar para um ponto claro: responsabilidade social corporativa não é e não pode ser uma retórica com finalidade de propaganda. É uma responsabilidade jurídica decorrente de inúmeras normas internacionais e nacionais, inclusive – e principalmente – de direito societário. Esta matéria é um problema de ordem política, ética e empresarial, mas é também jurídica.

Para Alain Supiot, a “responsabilidade social” é “brandie tel un étendard par les grandes entreprises ou par les dirigeants politiques. Son omniprésence dans le champ

372 Em discussão sobre a responsabilidade de empresas e suas alternativas regulatórias, Mireille Delmas-Marty propõe o uso do dispositivo das “responsabilidades comuns, mas diferenciadas”. Ele foi previsto originalmente na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (1992) e reiterado pelo Protocolo de Kyoto, mas, segundo a autora, pode ser utilizado de modo mais interessante em outros campos. Neste caso, seria uma forma de “abrandar o universalismo” (“*assouplir l’universalisme*”). A proposta dependeria de três elementos: uma política comum [transnacional], a diferenciação de responsabilidades quanto às práticas nacionais e, no futuro, um mecanismo coercitivo. DELMAS-MARTY, Mireille, 2015, p. 401-403.

373 cf. Parte II.

politique et économique est un symptôme de la **crise juridique de la responsabilité**³⁷⁴. Diante de um quadro de “irresponsabilité généralisée” gerada pelo apagamento das fronteiras do comércio e o enfraquecimento da coisa pública³⁷⁵, é preciso, mais do que nunca, avançar nos critérios jurídicos de responsabilização das empresas³⁷⁶.

Há sanções cabíveis para os agentes econômicos que não realizam a consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas e/ou que não realizam a repartição de benefícios com as comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais. Além da previsão de indenizações por descumprimento contratual e instrumentos de responsabilidade civil (*torts* e *liability*), incidem as responsabilidades específicas societárias.

Em matéria socioambiental, uma alternativa estrutural é a criação de comitês de consulta e participação de comunidades afetadas³⁷⁷, de modo que a internalizam na organização empresarial a presença de membros das comunidades³⁷⁸. Além disso, iniciativas recentes tais como o Sistema B³⁷⁹ são uma tentativa de mudar o paradigma de atuação das empresas nos mercados³⁸⁰. Em relação especificamente e CT, um conjunto

374 SUPIOT, 2015, p. 9

375 CALAME, 2009, p. 96, *apud* SUPIOT, 2015, p. 9

376 Mireille Delmas-Marty faz uma síntese. A autora propõe três dinâmicas para responsabilizar os Estados e as empresas transnacionais. A primeira é adaptar os modelos existentes à luz dos “bens públicos mundiais”, o que implica passar da empresa acionária para a responsabilidade social corporativa e da soberania solitária para a soberania solidária. A segunda, “abrandar o universalismo”, implica o desenvolvimento de um modelo de responsabilidades compartilhadas, mas diferenciadas. A terceira é regular o liberalismo por meio de *compliance*: endurecer o *soft law* e amolecer o *hard law* contra a constatação de um regime de “irresponsabilidade” das empresas transnacionais DELMAS-MARTY, 2015, p. 404-405, in SUPIOT, Alain & DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la responsabilité au sérieux*, Puf: Paris, 2015.

377 Isso remete a outras experiências históricas. Por exemplo, medidas de inclusão de trabalhadores constituíram a marca do direito societário alemão no pós-guerra (lei da participação operária, 1973) com resultados eminentemente positivos. Mais recentemente, debates sobre quotas de gênero em conselhos de administração não só avançaram como têm se convertido em tendência contemporânea na grande maioria dos países europeus. cf. VILLIERS, Charlotte. **Achieving gender balance in the boardroom**. *Legal Studies* 30, 2010, pp. 533–557.

378 Desde pronto, muitos óbices podem e devem ser levantados: altos custos de criação e manutenção de órgãos ancilares nas sociedades, inexistência de indivíduos capacitados profissionalmente para exercer certas funções, burocratização e consequente lentidão, possível exclusão de determinados subsectores das comunidades afetadas e risco de converter-se em “greenwashing”, prática com fins puramente de *marketing*.

379 O projeto tem por visão e iniciativa, respectivamente: “Misión: Construir ecosistemas favorables para Empresas B y otros actores económicos que utilizan la fuerza del mercado para dar solución a problemas sociales y ambientales; Visión: Una economía donde el éxito se mida por el bienestar de las personas, de las sociedades y de la naturaleza. “Redefiniendo el sentido del éxito en la economía”. SISTEMA B. **Quienes Somos**. Disponível em: <<http://sistemab.org/quienes-somos-4/>>.

380 Novamente, não é possível exagerar no potencial transformador que as empresas podem ter voluntariamente. Por isso, com certa razão, boa parte de iniciativas desta natureza são descritas como mera reprodução da lógica mercantilizadora e nem um pouco transformadoras. É verdade até certo ponto. Contudo, existem brechas que podem e devem ser exploradas. cf. SJÅFJELL, Beate. **Regulating companies as if the world matters: reflections from the ongoing sustainable companies project**. *Wake Forest L. Rev.* 47,

importante de experiências tem se voltado à criação de cadeias sustentáveis de produção, turismo sustentável comunitário e valorização das identidades locais.

Além disso, não há razão para pensar que requisitos de cumprimento de critérios socioambientais não possam ou não deveriam compor as regras de certificação como ISO 9000 e até para ingresso e permanência no mercado de capitais.

A experiência indiana é a primeira a efetivamente criar uma responsabilidade social corporativa obrigatória³⁸¹. De acordo com o artigo 135 do *Companies Act* de 2013, as sociedades de capital aberto com valor de mercado superior a 500 crores³⁸² de rúpias – equivalente a aproximadamente US\$80 milhões – ou com lucro líquido anual de cinco crores de rúpias – em torno de US\$800.000 – devem aportar ao menos 2% de seus benefícios para fins de RSC. Dentre as iniciativas aceitas pela legislação, incluem-se: erradicação da fome e da pobreza, promoção da educação, emancipação das mulheres, melhora da saúde materna, controle de mortalidade infantil, pesquisa médica, busca do desenvolvimento sustentável, promoção de capacitação profissional e de empresas de negócios sociais e contribuição a fundos de solidariedade do governo³⁸³.

Evidentemente, a proposta não foi bem-recebida pelos empresários e acionistas indianos, que consideram que a RSC deveria ser apenas voluntária. O artigo 135 precisamente altera a concepção da lei anterior, o *Companies Act* de 1956, que enfocava exclusivamente os acionistas e a empresa como um ente autônomo e independente. Em seu lugar, o *Companies Act* de 2013 implica as responsabilidades sociais, ambientais e econômicas da empresa em relação a seu entorno³⁸⁴.

Supriya Routh também parte da Constituição Indiana, que prevê a responsabilidade do Estado perante os cidadãos como um *dever fundamental*, para propor que – seguindo a filósofa Iris Young – é preciso pensar em regimes de responsabilidade baseados em “*social connections*”, e não na clássica “*liability*”, o fundamento convencional da responsabilidade civil. Portanto, em uma responsabilidade cotidiana, que

2012, p. 113-134.

381 ROUTH, Supriya. **Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde.** In: SUPIOT, Alain & DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la Responsabilité au Sérieux*, PUF: Paris, 2015, p. 257.

382 *Crore* é uma unidade de medida indiana equivalente a 100 *lakhs* ou 10 milhões.

383 *Companies Act*, 2013 (No. 18 of 2013), schedule VII, section 135.

384 ROUTH, 2015, p. 258. Não obstante, foi uma medida compensatória à nova lei, que na verdade introduz, por pressão internacional, uma série de prerrogativas dos direitos norte-americano e inglês no direito societário indiano, certamente mais voltadas ao interesse dos investidores. ROUTH, 2015, p. 262.

decorre das práticas habituais, e não em torno de um único evento.

Este conjunto de iniciativas demonstra que o atendimento de regras ambientais tem sido progressivamente internalizado no bojo do direito societário contemporâneo. Cada vez menos podem os agentes econômicos ser pensados por eles mesmos, descolados dos contextos em que atuam e dos demais agentes para os quais têm deveres e responsabilidades. Isto inclui, de modo explícito, as comunidades tradicionais e seus CT.

Portanto, ter políticas internas de boas práticas, regras de conduta, diretrizes para pesquisa e repartição de benefício, análise dos impactos socioambientais, dentre outros, são deveres jurídicos, e não voluntarismo dos agentes econômicos. Seu descumprimento ou inexistência ensejam obrigação de reparar.

QUADRO 3 – PRINCIPAIS DEVERES DAS EMPRESAS E CT

a) Instrumentos Contratuais (<i>Contracts</i>)
i. Equidade na negociação dos contratos
ii. Equidade na alocação de direitos e deveres entre as partes
iii. Equidade na execução e fiscalização do cumprimento
iv. Eleição de foro favorável à comunidade envolvida
v. Eficácia transnacional – contratos transnacionais
b) Instrumentos de Responsabilidade (<i>Torts</i>)
i. Responsabilidade civil e indenização
ii. Concorrência desleal
iii. Responsabilidade nas cadeias globais de produção
c) Instrumentos de Direito Societário
i. Deveres do Controlador
ii. Deveres Fiduciários dos Administradores
iii. Códigos de Boas Práticas e Compliance Ambiental
iv. Modelos de certificação: ISO 9000 e Sistema B
v. Responsabilidade Social Corporativa

4.6. Conclusão Parcial: Expectativas e Ceticismos Contemporâneos

Qual é, então, o estado atual da regulação de CT no mundo?

O debate passou do enfoque na propriedade intelectual, biodiversidade e direitos humanos (anos 1990) às formas de acesso e repartição de benefícios (anos 2000).

Multiplicaram-se as arenas de discussão e os participantes do debate. A segunda metade dos anos 2010, porém, acena para o declínio do direito costumeiro³⁸⁵ e a retomada da necessidade – ainda distante – de um regime internacional com mais *enforcement*³⁸⁶.

Alguns temas permanecem centrais e sem solução, dentre os quais podem ser destacados: a obrigação de reportar fonte/origem de recursos genéticos, que seria uma alternativa à intrínseca incapacidade de escritórios de patente conhecerem todos os CT do mundo³⁸⁷; as incertezas quanto ao conceito de domínio público, que torna publicações científicas sinônimo de livre apropriação; e os conhecimentos transfronteiriços, para os quais inexistem ainda um regime transnacional adequado.

Inegavelmente, trata-se de um tema extremamente discutido e no qual o acúmulo de legislações e políticas é enorme. Portanto, o estado atual dos povos tradicionais contraria o acúmulo normativo e de políticas voltadas à valorização de CT. Não à toa, se algo se manteve constante nas últimas décadas são as advertências enfocando a importância de políticas de assistência técnica e aconselhamento das comunidades³⁸⁸. Elas continuam a ter grande importância, e com muita razão.

De fato, houve um aumento impressionante na quantidade de manuais, guias e programas de capacitação a comunidades tradicionais, tanto da OMPI quanto de ONGs internacionais e locais. Isto parece ter trazido, até mais do que evolução legal, benefícios muito positivos às relações entre comunidades tradicionais e interessados em seus conhecimentos.

Entretanto, com novos acordos regionais de livre comércio em negociação (tais como TTIP e Aliança do Pacífico) e a multiplicação intensa de acordos bilaterais preferenciais de comércio, que lidam com direitos de propriedade intelectual em uma

385 TOBIN, 2017.

386 DUTFIELD, 2017.

387 Frank H. Easterbrook faz a mesma reflexão sobre quem deve decidir sobre a extensão dos DPIs, reconhecendo o caráter incerto intrínseco a um mundo em que a “ignorância é normal” (p. 410). Para o autor, juízes e advogados são generalistas, e por mais que sejam esforçados e inteligentes, inevitavelmente não lidarão perfeitamente com a questão: “*if IBM and leading scientists can't reach answers about major problems in the domain of intellectual property, then neither can lawyers*” (p. 410). EASTERBROOK, Frank. *Who decides the extent of rights in IP?*, in. DREYFYSS, Rochelle, Zimmerman, Diane L, First, Harry, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001.

388 Para Leistmar, além de repensar o conceito de “estado da técnica” (*prior art*) e criar a obrigação de reportar origem, crucial e urgente seria fornecer “proper assistance and advice”. LEISTNER, Matthias. 2004, p. 136-7.

tendência expansiva e maximizadora, a tendência é de intensificação da mercantilização do intangível.

No entanto, haverá também o fortalecimento da reação. Ela é propiciada, ao mesmo tempo, pela diversificação das estratégias de resistência e insurgência de povos indígenas e pela expansão do uso e da gramática dos direitos humanos e direitos culturais. O debate, portanto, quer se queira, quer não, perpassa o direito. Mas também o transforma. O ponto central desta dissertação está em *quem* e *como* se realiza esta transformação.

Há diversos atores que participam de mais de uma arena ao mesmo tempo e realizam “fertilizações cruzadas” a todo tempo. Institucionalmente, elas reforçam entre si algumas diferenças, mas levam em conta o mútuo desenvolvimento.

Por exemplo, Wend Wenland, diretor do IGC/WIPO, ao fazer um balanço dos quinze anos do Comitê, aponta os impactos da promulgação do Protocolo de Nagoya em 2010 como impulsionador do debate sobre CT nos anos seguintes na OMPI³⁸⁹. Eliane Moreira sintetiza a percepção de que os atores indígenas e tradicionais, tais como a Rede Fitoterápicos do Cerrado, a Rede Fitovivo e alguns movimentos de Quebradeiras de Babaçu, têm se direcionado à OIT 169 diante de grande ceticismo quanto à OMPI e à agenda atual da CDB, considerada cooptada pelo setor industrial global³⁹⁰.

Em suma: por um lado, mais de 100 países têm leis, há diversos tratados, declarações, códigos de conduta, *guidelines*, entre muitos outros. Por outro, subsistem alguns dos mesmos “velhos problemas”, identificados já no início do regime jurídico internacional da década de 1990. Os argumentos e estratégias jurídico-políticas são múltiplos e costumam envolver uma sobreposição complexa de instrumentos e normas diversas, debruçados sobre interesses distintos.

389 WENDLAND, 2017.

390 Entrevista realizada em abril de 2017.

PARTE II

POVOS TRADICIONAIS E REGULAÇÃO JURÍDICA: NO LIMITE DE UMA CERTA LINGUAGEM



Claudia Andujar. Série Marcados.

Parte II

POVOS TRADICIONAIS E REGULAÇÃO JURÍDICA NO LIMITE DE UMA CERTA LINGUAGEM

“A Terra está brava com o homem branco”

Davi Kopenawa, 2010

Neste vasto debate sobre a definição, o papel na economia global e a importância para os povos detentores dos CT, ficam explícitas as muitas dificuldades conceituais e práticas. Nas palavras de Marilyn Strathern: “Os teóricos dos direitos de propriedade intelectual estão no limite de suas possibilidades conceituais. Estamos aqui no limite de uma certa linguagem”³⁹¹.

O objetivo das páginas seguintes é aprofundar a reflexão sobre os limites de um direito baseado em conceitos e paradigmas ocidentais dos CT. Para esboçar uma resposta, trata-se de uma empreitada em duas partes.

Na primeira, a partir de um estudo de caso do regime jurídico brasileiro e de casos de comunidades amazônicas, enuncio problemas com a aplicação das leis, bem como seus limites de compatibilização com a realidade. Na segunda, aportes antropológicos da realidade dos povos ameríndios são empregados para criticar noções como “direitos de imagem”, “sujeito de direito” e “personalidade”. Com elas em mente, concluo com uma primeira especulação em torno de uma ideia de “propriedade intelectual indígena” e suas possíveis lições aos debates contemporâneos sobre direitos de propriedade intelectual.

391 STRATHERN, Marilyn. **No Limite de uma Certa Linguagem**. Entrevista a Eduardo Viveiros de Castro **Mana**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 157-175, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131999000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

5. REGIME JURÍDICO DOS CT NO BRASIL E SEUS LIMITES

Em um contexto global, o Brasil é um dos países com o mais amplo e completo arcabouço jurídico-institucional sobre CT. Alguns elementos incitam a necessidade de instrumentos legais sobre o tema: a grande quantidade e mobilização de povos indígenas e comunidades locais, a enorme biodiversidade, a formulação de políticas públicas em biotecnologia e economias verdes e o posicionamento ativo do Estado brasileiro nas esferas internacionais³⁹².

Em primeiro lugar, os direitos de comunidades tradicionais e a biodiversidade foram tematizados explicitamente pela Constituição Federal de 1988 (art. 225, §1º, CF; art. 231, CF; art. 232, CF), o que decorreu a partir de propostas de acadêmicos e ativistas. A diplomacia brasileira foi central nos debates da Convenção para a Proteção da Biodiversidade (1992) e na Rio-92. Desde 2001, com a promulgação da Medida Provisória 2186-16/2001, o país conta, também, com uma legislação voltada ao tema e com um órgão estatal específico para gerir o patrimônio genético, o Conselho Gestor do Patrimônio Genético (CGEN), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente³⁹³. Em 2015, após quase duas décadas de tramitação e debates, ocorreu, por fim, a aprovação da Lei de Biodiversidade (Lei 13.123/2015), e, em 2016, seu respectivo regulamento, que traz mudanças substanciais.

O Brasil é também um dos poucos países no mundo a ter ratificado a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Direitos dos Povos Indígenas. É signatário da Convenção da UNESCO para Proteção do Patrimônio Imaterial (2003) e da Declaração da ONU dos Direitos dos Povos Indígenas (2007). Por outro lado, o Protocolo de Nagoya (2010), para o qual a diplomacia brasileira contribuiu com força nos últimos momentos de sua negociação³⁹⁴, ainda não foi internalizado no país.

Dois estados brasileiros, o Acre³⁹⁵ e o Amapá³⁹⁶, promulgaram legislações

392 OBERTHÜR; ROSENDAL, 2013; ROBINSON; ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

393 A criação do CGEN e da MP remete a um contexto de casos de biopirataria envolvendo recursos genéticos e CT do Brasil no exterior (cf. açafá; cupuaçu; banco de sangue Yanomami e Kayapó, entre outros) e à organização da agenda socioambiental no Brasil, em especial pelo ativismo de Chico Mendes (SANTILLI, 2009). Mas foi sobretudo motivado, por um caso particular, conhecido como “Escândalo Novartis”.

394 OBERTHÜR; ROSENDAL, 2013.

395 Lei Estadual nº 1.235, de 9 de julho de 1997.

396 Lei Estadual nº 0388, de 10 de dezembro de 1997.

estaduais sobre CT em 1997, e há projetos de lei em trâmite em outros, como o Pará. Demais instituições, tais como o Ministério do Meio Ambiente, o Ministério da Cultura, a FUNAI, a Fundação Zumbi dos Palmares, o IPHAN e o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI debruçam-se sobre o tema em normas infralegais e políticas específicas³⁹⁷.

Os Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) da maior parte dos institutos de pesquisa do país, em especial os que lidam com a biodiversidade, contam com projetos e profissionais debruçados sobre a questão³⁹⁸. O Brasil investiu substancialmente ao longo da década de 2000 com verbas da FINEP destinadas à biotecnologia, considerada um dos pilares da nova política de inovação tecnológica. Para os atuantes na área, contratos de repartição de benefícios registrados junto ao CGEN são uma realidade cotidiana há pelo menos quinze anos.

O Ministério Público Federal (MPF), por meio de sua 4ª Câmara especializada, tem um grupo de trabalho destinado a questões relacionadas às comunidades tradicionais. Boa parte dos casos judicializados sobre CT tiveram iniciativa do MPF. O Ministério de Relações Exteriores, o Itamaraty, participa das negociações na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) sobre os tratados na matéria, manifestando-se favoravelmente e em consonância com outros países do Sul Global.

Por fim, a sociedade civil brasileira é particularmente ativa. A iniciativa Amazonlink foi pioneira na denúncia e articulação contra casos de biopirataria. Posteriormente, foi criada a Rede Norte de Propriedade Intelectual, Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais, composta por institutos de pesquisa, movimentos sociais, povos indígenas e outros atores. Além destes, têm papel importante organizações não-governamentais indigenistas, tais como o Instituto Socioambiental - ISA, o Iepé e a Comissão Pró-Índio – CPI, para ficar em apenas alguns exemplos.

Embora menor, o Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual – INBRAPI, um caso praticamente único no mundo, é capitaneado por lideranças indígenas e ativo nas mesmas tratativas da OMPI. Não menos importante, associações e coletivos indígenas, quilombolas, ribeirinhos, caiçaras e de outras comunidades tradicionais, com

397 cf. MOREIRA, 2006.

398 Museu Emílio Goeldi, EMBRAPA, Instituto de Altos Estudos da Amazônia, entre outros.

atuação hoje eminentemente doméstica, têm ciência de seus direitos e os reivindicam de diversas maneiras.

São inúmeras experiências, sob várias formas e objetivos, para valorização, proteção e difusão de conhecimentos indígenas e práticas culturais expressivas. Variam, por exemplo, de cooperativas de artesanato³⁹⁹, formas comunitárias de gestão de recursos naturais, cadeias sustentáveis de produção⁴⁰⁰ à organização em fóruns indígenas. Algumas ações particularmente inovadoras envolvem: a proteção da arte gráfica kusiwa, dos Wajãpi no Amapá, como patrimônio imaterial da humanidade pela UNESCO e como patrimônio imaterial pelo IPHAN⁴⁰¹; as experiências colaborativas de livros como “A Queda do Céu” e “Enciclopédia da Floresta” e o *video-game* sobre as narrativas míticas dos Huni Kuim.

Não obstante isso, a proteção aos CT continua sendo um problema e, em linhas gerais, fator de descontentamento para todos os setores e atores sociais envolvidos. Povos tradicionais apontam a pouca proteção a seus direitos, a continuidade de casos explícitos e dissimulados de biopirataria, as promessas não cumpridas das repartições de benefícios, o apagamento de suas identidades e o interesse seletivo com suas respectivas culturas⁴⁰².

Pesquisadores e institutos de pesquisa, por seu turno, consideram problemáticos os incentivos para a inovação tecnológica baseada na biodiversidade no Brasil, a insegurança jurídica decorrente de regras pouco claras e a alegada demora burocrática do funcionamento do CGEN.

Já as empresas nacionais e estrangeiras mostram-se reticentes, depois de casos de acusação de biopirataria, diante da dificuldade de conseguir consentimento junto a diversas comunidades tradicionais⁴⁰³ e do relativo engessamento do arcabouço institucional. Como outras formas de lucro estão à disposição, via por exemplo instrumentos de financeirização sem investimentos produtivos⁴⁰⁴, e como se defrontam com escassez de fontes de financiamento e crise macroeconômica, investir em CT tornou-se hoje uma alternativa pouco viável.

399 Um exemplo premiado pelo Ministério da Cultura é das Cooperativas de Artesãs do Tapajós, no Pará, no município de Santarém e adjacências. A comunidade de Coroca, no rio Arapiuns, é uma delas.

400 Por exemplo, o arquipélago do Bailique, no sudeste do Amapá.

401 Cf. Plano de Salvaguarda do Patrimônio Imaterial Wajãpi (2004).

402 CARNEIRO DA CUNHA; 2009; BENSUSAN, 2015; ÁVILA, 2014.

403 cf. BEAS, 2013.

404 cf. GRÜN, Roberto. **A Dominação Financeira no Brasil Contemporâneo**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 25, n.1, 2013.

Por sua vez, governos alternam-se entre interesses francamente contrários à preservação da biodiversidade e ao respeito a povos tradicionais do Brasil, mormente por parte da influência de setores ligados ao agronegócio e a políticas desenvolvimentistas clássicas, e uma gramática internacional de proteção genérica da biodiversidade. Em todos os casos, oscilam por perspectivas de absoluta desconsideração do papel dos CT no mundo contemporâneo e de imaginação de uma espécie de “tesouro escondido” nesses mesmos CT, seja para revolucionar a tecnologia nacional, seja para criar novas formas de proteção ao meio ambiente.

Políticas de patrimonialização fornecem ainda uma visão estática e baseada no conhecimento científico ocidental escolar para projetos ligados a CT⁴⁰⁵. A educação escolar não diferenciada a povos indígenas, decorrência colonial e etnocêntrica, é claro, é o outro lado da incapacidade do arcabouço jurídico-institucional de dar conta dos CT adequadamente.

Além disso, a questão é transnacional: toda a proteção e regulação nacional, por mais adequada que seja, não soluciona o problema dos ainda recorrentes pedidos de patentes e outros direitos de propriedade intelectual em demais jurisdições baseadas em CT – muitos deles menos evidentes do que a biopirataria pura e simples.

A ausência de instrumentos regionais no âmbito do Mercosul – à diferença da Comunidade Andina, por exemplo⁴⁰⁶ – assim como dos países vizinhos, também gera a inexistência de qualquer diretriz quanto aos conhecimentos compartilhados transnacionalmente. As fronteiras do Brasil com seus vizinhos trazem problemas deste tipo: os Wajãpi no Amapá e na Guiana Francesa, os Yanomami no Brasil, na Colômbia e na Venezuela, os povos Pano (como Kaxinawá, Yawanawa, Piro, entre outros) na fronteira entre Brasil e Peru, os Guarani entre Brasil e Paraguai, entre outros.

E, de modo mais amplo, há o impacto indireto, mas central, das dinâmicas da economia global. Dentre elas: a transferência de tecnologia sempre retardatária em relação ao centro do sistema, a competição internacional, que cria força para a precarização de direitos a nível doméstico e a aposta nas *commodities* baseada na ideia de vantagens

405 Cf., de modo exemplar, GALLOIS, Dominique. **Saberes Indígenas e a Escola**. In: Carneiro da Cunha & Cesarino, 2014.

406 Embora também a política comunitária andina também tenha sido criticada por falta de eficácia. DUTFIELD, 2017, p. 335.

comparativas no comércio internacional⁴⁰⁷. Em suma, elementos que podem ser resumidos na condição de semiperiferia em que se situa o Brasil no sistema-mundo⁴⁰⁸, compartilhados por países como Índia e África do Sul, embora com suas particularidades locais.

Por fim, não se pode ignorar aspectos político-institucionais dos últimos dois anos no Brasil, que envolvem a falta de transparência do CGEN, a guinada nas políticas indigenistas da FUNAI, a tentativa de diminuição das unidades de conservação ambiental e de mudança na legislação de licenciamentos ambientais. Tais elementos fazem deslocar discussões de direitos intelectuais para questões mais propriamente urgentes. Como afirma Lúcia Fernanda Kayngang: “não se deve criar a ilusão de que a mudança de paradigma, por parte dos marcos legais indigenistas, alcança o cotidiano dos povos indígenas e a realidade por eles vivenciada”⁴⁰⁹.

Diante deste panorama, realizarei a seguir uma análise específica dos principais pontos da regulação de CT no Brasil, replicando as três bases do regime internacional: biodiversidade, propriedade intelectual e direitos humanos. Começa-se pela Lei de Biodiversidade (Lei 13.123/2015), o instrumento privilegiado no país. Na sequência, os direitos dos povos indígenas e a definição de “comunidade tradicional” no Brasil. Por fim, os dispositivos ligados a propriedade intelectual, tanto CT quanto ECT, e outros instrumentos de direito privado.

5.1. Biodiversidade: Lei do Patrimônio Genético Nacional (Lei 13.123/2015)

Prevê o art. 225, caput da Constituição Federal do Brasil o direito ao meio ambiente equilibrado⁴¹⁰. Seu §1º, inciso II, traz, para o assegurar, a incumbência ao Poder

407 cf. FURTADO, C. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961; COMPARATO, Fábio Konder. **A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins**. Revista da Faculdade de Direito da USP, 1982. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66956>>. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

408 WALLERSTEIN; Immanuel. **The Modern World-system I. Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century**. Berkeley: University of California Press, 2011 [1974]; ARRIGHI, Giovanni. **O Longo Século XX: Dinheiro, Poder e as Origens do Nosso Tempo**. São Paulo: Contraponto.

409 KAYNGANG, Lúcia Fernanda Inacio Belfort. **A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Indígenas, em face da Convenção sobre Diversidade Biológica**. Dissertação de Mestrado, UnB, 2006, p. 30.

410 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e

Público: “II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”⁴¹¹. Diante disso, a legislação brasileira específica sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados é a Lei de Biodiversidade (Lei 13.123/2015⁴¹²).

Seu projeto de lei (PL) foi proposto em 1995 pela então deputada Marina Silva e objeto de discussões legislativas por quase 20 anos. É considerada uma lei “voltada à biodiversidade” (*biodiversity-oriented approach*), e não um regime *sui generis* voltado à propriedade intelectual⁴¹³. A solução institucional privilegiada é a criação de um órgão gestor, o Conselho Gestor do Patrimônio Genético, o CGEN, que centraliza aprovações e formula políticas de acesso ao patrimônio genético brasileiro e a repartição de benefícios com comunidades detentoras. Portanto, tem base na CDB⁴¹⁴ e não cria nenhum novo direito de propriedade, respeitando os existentes⁴¹⁵⁴¹⁶.

preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

411 Art. 225, §1º, inciso II, CFRB.

412 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 as espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições **ex situ**, desde que encontrado 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 de 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.

413 LEISTNER, Matthias. **Analysis of Different Areas of Indigenous Resources**. In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Haia: Kluwer, 2004

414 Também está de acordo com o TIRFAA, pois menciona a figura do agricultor tradicional como categoria própria e distinta de “comunidade tradicional”, bem como espécies “nativas” e “crioulas”.

415 Art. 1º, § 1º O acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado será efetuado sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado acessado ou sobre o local de sua ocorrência.

416 A lei reitera a proteção das populações tradicionais contra a utilização e exploração ilícita de seus conhecimentos tradicionais (art. 8º, *caput*; art. 10) e seu direito de participar da tomada de decisões (art. 8º, §1º). Art. 8º Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita. § 1º O Estado reconhece o direito de populações indígenas, de comunidades tradicionais e de agricultores tradicionais de participar da tomada de decisões, no âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Lei e do seu regulamento.; Art. 10. Às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado são garantidos os direitos de: I - ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; II - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei; IV - participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento

Antes da aprovação da Lei, vigorou entre 2001 e 2015 a Medida Provisória 2186-16/2001. O regime anterior não agradava a nenhum setor a que se destinava e era considerado burocrático, lento e excessivamente restritivo⁴¹⁷. Contudo, no argumento de Nurit Bensusan⁴¹⁸, que sintetiza a expressão de uma série de acadêmicos e ativistas, a lei de 2015 já nasce “velha” e inadequada para a proteção dos povos tradicionais, pois favorece ainda mais o setor empresarial em detrimento dos direitos das comunidades. Não há, por exemplo, qualquer medida de rastreabilidade da origem dos recursos usados⁴¹⁹. A seguir, alguns dos principais pontos polêmicos da legislação atualmente em vigor.

a) Conhecimentos Tradicionais de Origem não Identificável (Art. 9º, §2º)

Alguns dos dispositivos da lei e seu arranjo institucional foram baseados direta ou indiretamente em experiências de outros países, como do Peru e da Índia, além dos debates internacionais da CDB e da OMPI. Em especial, com relação à legislação peruana, a incorporação da distinção entre conhecimentos tradicionais “de origem identificável” (art. 9º, *caput*) e “de origem não identificável” (art. 9º, §2º):

Art. 9º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.

§ 1º A comprovação do consentimento prévio informado poderá ocorrer, a critério da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional, pelos seguintes instrumentos, na forma do regulamento:

- I - assinatura de termo de consentimento prévio;
- II - registro audiovisual do consentimento;
- III - parecer do órgão oficial competente; ou
- IV - adesão na forma prevista em protocolo comunitário.

§ 2º O acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado.

Esta redação discreta e aparentemente muito “técnica” constitui o cerne das objeções e das críticas à Lei 13.123/2015, pois deixa de exigir consentimento prévio, livre

tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na forma do regulamento; V - usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das [Leis nºs 9.456, de 25 de abril de 1997](#), e [10.711, de 5 de agosto de 2003](#); e VI - conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

417 A MP 2186-16/2001 chegou a ser criticada por “criminalizar a pesquisa”. Por sua vez, na perspectiva das comunidades detentoras, o livro “*Quem cala consente?*” (2003) destrinchava os problemas nos processos de consulta e consentimento dos povos tradicionais, nos problemas de sua operacionalização e na impossibilidade factual de tutelar a questão em perspectiva global. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Quem Cala Consente?** São Paulo: ISA, 2003.

418 BENSUSAN, Nurit. **Galinhas como metáforas essenciais e o novo marco legal do patrimônio genético**. 2016. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/galinhas-como-metáforas-essenciais-e-o-novo-marco-legal-do-patrimonio-genetico>> Acesso em: 20 de julho de 2016.

419 Assim como a proposta de reportar origem de recursos genéticos e CT, que tampouco avança nas negociações na esfera internacional.

e informado para os casos de conhecimentos de origem não identificável⁴²⁰. Na prática, quase todos os CT são compartilhados por mais de um povo, e os critérios de delimitação de suas origens são incertos e debatidos. Ao eximir completamente o consentimento, ao invés de propor formas de identificação ou graus deste, a lei cria uma lacuna. Em conjunção com a CDB, a Convenção OIT 169, o TIRFAA⁴²¹ e a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas, o art. 9º, §2º deve ser considerado inconveniente⁴²².

Todavia, é preciso esclarecer que a lei emprega a expressão “identificável”, e não “identificada”⁴²³, de modo que, em sua sistemática, o interessado no acesso deve provar que não há origem identificável possível do CT em questão, e não que ele não tenha tido acesso a esta origem.

b) Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (art. 30)

Com a lei 13.123/2015, criou-se o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios – FNRB, “vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável” (art. 30⁴²⁴). Arelado a ele, um Programa Nacional de Repartição de Benefícios (art. 33⁴²⁵) a ser implementado pelos recursos financeiros do

420 Nem todas as práticas culturais estão ligadas à biodiversidade, de modo que, para as que não estão, as previsões específicas da Lei 13.123/2015 não se aplicam. Nesse sentido, práticas culturais como danças, cantos, artes gráficas e cerimônias compartilhadas entre diversos povos indígenas e comunidades locais continuam a exigir o consentimento prévio, livre e informado (fundada na Convenção OIT 169), *ainda* que não se possa identificar a origem.

421 Pois incide também sobre direitos dos agricultores: Art. 9º, § 3º O acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça e não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.

422 Esta é a proposta, por exemplo, de Eliane Moreira (entrevista em abril de 2017). A incerteza dá margem para que não sejam aplicados tais direitos, e, do ponto de vista pragmático, termina por isentar atores de responsabilidade civil pela dificuldade probatória.

423 Art. 2º, inciso II - conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético; 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;

424 Art. 30. Fica instituído o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios - FNRB, de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável.

425 Art. 33. Fica instituído o Programa Nacional de Repartição de Benefícios - PNRB, com a finalidade de promover: I - conservação da diversidade biológica; II - recuperação, criação e manutenção de coleções **ex situ** de amostra do patrimônio genético; III - prospecção e capacitação de recursos humanos associados ao uso e à conservação do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; IV - proteção, promoção do uso e valorização dos conhecimentos tradicionais associados; V - implantação e desenvolvimento de atividades relacionadas ao uso sustentável da diversidade biológica, sua conservação e repartição de benefícios; VI - fomento a pesquisa e desenvolvimento tecnológico associado ao patrimônio

FURB (art. 34⁴²⁶). O arranjo institucional do Comitê Gestor do FNRB, inclusive quanto à participação das populações tradicionais, fica à cargo de regulamento próprio infralegal (art. 31, *caput* e parágrafo único⁴²⁷).

À princípio, a criação de Fundos para CT é uma solução inovadora e interessante. No entanto, a gestão e organização institucional do FNRB ainda é incerta. Embora suas receitas sejam múltiplas, desde dotações em leis orçamentárias até valores de repartições de benefícios e doações (art. 32⁴²⁸), não é claro o quanto efetivamente poderia ser alocado de recursos não-estatais. Isto traz dúvidas quanto à viabilidade de promover políticas no interesse da valorização do patrimônio genético e das comunidades tradicionais detentoras. Assim, o FNRB pode se beneficiar de iniciativas já existentes, tanto em suas dificuldades quanto vantagens.

Por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em Povo Saramaka v. Suriname⁴²⁹, julgado em 28 de novembro de 2007, decidiu pela criação de um “fundo de

genético e ao conhecimento tradicional associado; VII - levantamento e inventário do patrimônio genético, considerando a situação e o grau de variação das populações existentes, incluindo aquelas de uso potencial e, quando viável, avaliando qualquer ameaça a elas; VIII - apoio aos esforços das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais no manejo sustentável e na conservação de patrimônio genético; IX - conservação das plantas silvestres; X - desenvolvimento de um sistema eficiente e sustentável de conservação *ex situ* e *in situ* e desenvolvimento e transferência de tecnologias apropriadas para essa finalidade com vistas a melhorar o uso sustentável do patrimônio genético; XI - monitoramento e manutenção da viabilidade, do grau de variação e da integridade genética das coleções de patrimônio genético; XII - adoção de medidas para minimizar ou, se possível, eliminar as ameaças ao patrimônio genético; XIII - desenvolvimento e manutenção dos diversos sistemas de cultivo que favoreçam o uso sustentável do patrimônio genético; XIV - elaboração e execução dos Planos de Desenvolvimento Sustentável de Populações ou Comunidades Tradicionais; e XV - outras ações relacionadas ao acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, conforme o regulamento.

426 Art. 34. O PNRB será implementado por meio do FNRB.

427 Art. 31. O Poder Executivo disporá em regulamento sobre a composição, organização e funcionamento do Comitê Gestor do FNRB. Parágrafo único. A gestão de recursos monetários depositados no FNRB destinados a populações indígenas, a comunidades tradicionais e a agricultores tradicionais dar-se-á com a sua participação, na forma do regulamento.

428 Art. 32. Constituem receitas do FNRB: I - dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais; II - doações; III - valores arrecadados com o pagamento de multas administrativas aplicadas em virtude do descumprimento desta Lei; IV - recursos financeiros de origem externa decorrentes de contratos, acordos ou convênios, especialmente reservados para as finalidades do Fundo; V - contribuições feitas por usuários de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado para o Programa Nacional de Repartição de Benefícios; VI - valores provenientes da repartição de benefícios; e VII - outras receitas que lhe vierem a ser destinadas. § 1º Os recursos monetários depositados no FNRB decorrentes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a conhecimento tradicional associado serão destinados exclusivamente em benefício dos detentores de conhecimentos tradicionais associados. § 2º Os recursos monetários depositados no FNRB decorrentes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético proveniente de coleções *ex situ* serão parcialmente destinados em benefício dessas coleções, na forma do regulamento. § 3º O FNRB poderá estabelecer instrumentos de cooperação, inclusive com Estados, Municípios e o Distrito Federal.

429 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Saramaka v. Suriname**. 28 de novembro de 2007.

desenvolvimento comunitário⁴³⁰ em prol do povo Saramaka como coletivo⁴³¹, a título de indenização por dano imaterial⁴³². Criou-se um Comitê de implementação composto por três membros: um do povo Saramaka, um do Estado e um terceiro nomeado conjuntamente pelas duas partes anteriores⁴³³. O caso é particularmente interessante porque os Saramaka são um povo tradicional de origem africana, não indígena, que habita a região amazônica do Suriname e Guiana⁴³⁴. A decisão resolve, ao menos parcialmente, o problema de direitos coletivos e demonstra a aplicabilidade da discussão para além dos povos indígenas, englobando também outros povos tradicionais.

No mundo acadêmico, Joseph Vogel propõe a criação de coleções de recursos de uso comum, inspirada em uma proposta de *commons*⁴³⁵. São os chamados “cartéis da biodiversidade”⁴³⁶.

430 Parágrafo 201. Por estas razões, a Corte ordena, em equidade, que o Estado designe a soma de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares estadunidenses) a um **fundo de desenvolvimento comunitário criado e estabelecido em benefício dos membros do povo Saramaka em seu território tradicional**. Este fundo terá como objetivo financiar projetos educativos, de habitação, agrícolas e sanitários, bem como proporcionar eletricidade e água potável, caso seja necessário, em benefício do povo Saramaka. O Estado deverá designar esta quantia para o estabelecimento deste fundo de desenvolvimento de acordo com o estabelecido no parágrafo 208 da presente Sentença. (Grifo meu).

431 2.b) Dano Imaterial. Parágrafo 200. No capítulo anterior a Corte descreveu o dano ambiental e a destruição das terras e recursos utilizados tradicionalmente pelo povo Saramaka, bem como seu impacto sobre a propriedade deste povo, na o apenas quanto aos recursos de subsistência, mas também em relação a o conexão espiritual que o povo Saramaka tem com seu território (pars. 80-85 e 150-151 supra). Além disso, existe prova que indica **o sofrimento e a angústia que o povo Saramaka atravessou como resultado de uma longa e contínua luta pelo reconhecimento legal de seu direito ao território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram durante séculos** (pars. 64(a), 64(b), 64(c), 64(f), 64(h), 65(a), 65(b) e 65(f) supra), assim como a frustração e o respeito do sistema jurídico interno que na o os protege contra violações a este direito (pars. 178-185 supra). **Tudo isso constitui uma depreciação de seus valores culturais e espirituais**. A Corte considera que o dano imaterial que estas alterações causaram no tecido da própria sociedade do povo Saramaka lhes dá o direito de obter uma justa indenização. (Grifo meu).

432 No caso, o Suriname foi condenado pelos danos causados pela concessão de madeiras e mineradoras em território do povo tradicional Saramaka. O Estado foi condenado por violação dos direitos de reconhecimento de personalidade jurídica, propriedade e proteção judicial. Estabelece como medida de reparação, além de obrigações para evitar novo descumprimento de direitos – dentre as quais: reconhecimento e demarcação das propriedades comunais, reconhecimento legal do povo Saramaka, mudanças legislativas para efetiva consulta prévia, estudos de impacto ambiental, entre outros (parágrafo 194) – a indenização por danos materiais e imateriais causados. A criação do fundo é reparação a estes últimos.

433 Parágrafo 202. O Estado deverá criar um comitê, composto por três membros, o qual será responsável por designar como será implementados os projetos. **O Comitê de implementação estará composto por um representante designado pelas vítimas, um representante designado pelo Estado e outro representante designado conjuntamente pelas vítimas e pelo Estado**. O Comitê deverá consultar o povo Saramaka antes de tomar e implementar as decisões. Ademais, os membros do comitê de implementação deverão ser eleitos dentro de um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença. Caso o Estado e os representantes na o cheguem a um acordo a respeito da composição dos membros do comitê de implementação dentro do prazo estabelecido de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, a Corte poderá convocar uma reunião para resolver este assunto. (Grifo meu)

434 PRICE, Richard. **First-Time: The Historical Vision of an African American People**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

435 cf. OSTROM, 1990.

436 VOGEL, Joseph Henry. **El cártel de la biodiversidade: transformación de conocimientos tradicionales em secretos comerciales**. Quito: CARE/Proyecto SUBIR, 2000.

A experiência mais direta, é claro, vem dos diversos fundos, especialmente criados a partir da Constituição de 1988, destinados a direitos coletivos, homogêneos e transindividuais como meio ambiente, urbanismo e assistência judiciária. Não obstante, é preciso lembrar as dificuldades quanto a sua gestão e destinação, especialmente a de vantagens conferidas desproporcionalmente a grupos mais bem organizados que, por esta razão, realizam pressão.

c) Desburocratização ou abertura ao poder econômico?

A realização de pesquisas com recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais associados no Brasil dependia, sob o regime da MP 2186-16, da autorização do CGEN, do IPHAN, do CNPq e do Ibama. Atores envolvidos em pesquisa, públicos e privados, consideravam o procedimento longo, burocrático e custoso. Com a nova lei, esta aprovação multi-institucional foi substituída pela criação do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético (SISGen), no qual se exige apenas o registro prévio – e não mais uma autorização. Trata-se de uma tentativa de desburocratizar e acelerar o acesso, caracterizando um incentivo à pesquisa na área. No entanto, a mudança institucional também pode representar uma abertura ao poder econômico para atuar exclusivamente em seu próprio interesse e desconsiderar o direito à consulta prévia, livre e informada (CPLI) dos povos tradicionais.

A lei também usa a expressão “consentimento livre e informado” ao invés de “livre, prévio e informado” a que fazem referência os instrumentos internacionais. Neste caso, não altera o ordenamento jurídico brasileiro, pois a incidência das normas internacionais, tornadas domésticas, continua a exigir que o consentimento seja do primeiro tipo, ou seja, anterior.

d) Composição do Conselho Gestor do Patrimônio Genético (CGEN)

O Conselho Gestor do Patrimônio Genético existe desde a MP 2186-16/2001 e é responsável pela fiscalização e autorização do acesso a recursos genéticos brasileiros, sobretudo sociedades empresárias e universidades. Em sua composição fundadora, 100% das dezessete vagas eram de atores institucionais estatais, e nenhum membro efetivo de comunidades afetadas⁴³⁷. A ausência completa de representantes da sociedade civil levou a

⁴³⁷ O próprio Ministério do Meio Ambiente (MMA) lista os seguintes membros, cada um com direito a voto: Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério da Saúde; Ministério da Justiça; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Defesa; Ministério da Cultura;

inúmeras críticas sobre a estatalização de uma matéria que, por definição, exigiria o debate e a composição de interesses conflitantes⁴³⁸.

Com a Lei Federal n. 13.123/2015, a organização estrutural do CGEN mudou, tornando imprescindível a participação da sociedade civil:

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:

I - setor empresarial;

II - setor acadêmico; e

III - populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

A questão é o quanto a ampliação dos participantes (*stakeholders*) dentro da instituição efetivamente alterou de modo positivo a governança dos recursos genéticos e dos CT no Brasil. A participação minoritária de setores ligados às comunidades tradicionais diante de um terço de empresas e um terço de atores governamentais apenas reforça as disparidades de poder⁴³⁹. Além disso, em termos de transparência, a instituição simplesmente parou de divulgar publicamente seus relatórios de atividades e discussões desde 2016⁴⁴⁰.

Talvez seja precipitado realizar um balanço definitivo dos rumos do CGEN, mas é possível atentar para a importância da análise dos indivíduos que estão por trás do

Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; IBAMA; Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro; CNPq; Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia; Instituto Evandro Chagas; Embrapa; Fundação Oswaldo Cruz, Funai, Instituto Nacional de Propriedade Industrial e Fundação Cultural Palmares. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico>

438 Não é irrelevante que este é o período diretamente subsequente à década de 1990, no qual a administração pública brasileira fora marcada, em todas as instâncias (União, estados e municípios), por órgãos e organismos de participação social direta. Os conselhos participativos em saúde e educação foram os mais representativos, mas de enorme importância simbólica fora a experiência pioneira do orçamento participativo do município de Porto Alegre. Em sentido contrário, as privatizações e consequente criação de agências reguladoras também levaram a uma expansão da participação da sociedade civil, em especial por meio de audiências públicas e consultas públicas – embora a efetividade de tais participações tenha sido, desde sua origem, altamente questionável. Não obstante a efervescência de medidas de participação direta, o CGEN era exclusivamente estatal.

439 À princípio, o balanço é bem mais pessimista do que poderia ser. O caso suscita dúvidas sobre efetivamente o potencial de alterações institucionais – e não estruturais – de promover mudanças na ordem econômica e social. Nesse sentido, a presença de indígenas é “tokenismo”, tentativa de incluir o mínimo possível apenas para fins marketeiros e de comunicação, com vistas também a evitar críticas da ausência total de determinados interesses.

440 Além de impeditivo para qualquer pesquisa empírica, constitui uma fonte excelente para pensar os interesses *por trás* do novo arranjo jurídico-institucional do CGEN e do atual Ministério do Meio Ambiente.

manto impessoal das portarias, normas e declarações oficiais⁴⁴¹. Como lembra Annelise Riles, existe uma estética da informação que é operada entre ONGs, Estados e organizações internacionais, e que se manifesta nos documentos⁴⁴².

e) Repartição de Benefícios apenas ao produtor final (art. 17, §1º e 2º) e somente com agregação de valor (art. 17, *caput*)

Outros pontos mostram-se limitantes do escopo de sua aplicação, que pode na prática consistir em ausência completa de regulação: (i) obrigação de repartição de benefícios apenas para o “produtor final” (art. 2º, inciso XVI e XVII⁴⁴³; art. 17, §1º e 2º⁴⁴⁴); (ii) repartição de benefícios somente se houver “agregação de valor” (art 2º, XVIII⁴⁴⁵; art. 17, *caput*⁴⁴⁶), prova muitas vezes impossível ou incabível.

f) Reconhecimento de CT por vias secundárias (publicações científicas, bancos de dados e inventários culturais, art. 2º, IX; art. 8º, §3º)

Muitos dos casos envolvendo CT na prática decorrem de dificuldades probatórias sobre qual foi a origem efetiva de seu uso. Empresas defendem-se ao afirmar que tiveram acesso de modo independente das comunidades tradicionais, por meio,

441 Por se tratar de um grupo limitado e altamente especializado, outra questão relevante é de “*revolving door*” na regulação, o intercruzamento e troca de posição entre agentes no setor público e no setor privado ao longo do tempo. Os atores que efetivamente participam dos debates do CGEN, sejam agentes públicos, advogados e pesquisadores de Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) de universidades e centros de pesquisa, assim como representantes de empresas privadas interessadas, compõem um número restrito de membros “técnicos”.

442 RILES, Annelise. **The Network Inside Out**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

443 Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica XVI - produto acabado - produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja esta pessoa natural ou jurídica; XVII - produto intermediário - produto cuja natureza é a utilização em cadeia produtiva, que o agregará em seu processo produtivo, na condição de insumo, excipiente e matéria-prima, para o desenvolvimento de outro produto intermediário ou de produto acabado;

444 Art. 17, § 1º Estará sujeito à repartição de benefícios exclusivamente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente. § 2º Os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios.

445 Art. 2º, inciso XVIII - elementos principais de agregação de valor ao produto - elementos cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico;

446 Art. 17. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições **in situ** ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, **sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei.**

sobretudo, da literatura científica⁴⁴⁷. Como não está mais em questão a responsabilidade dos primeiros pesquisadores que tiveram o acesso – muitos deles já nos séculos XVIII e XIX⁴⁴⁸ - cria-se um vácuo regulatório e de responsabilidade.

Por isso, o art. 8º, §3º dá uma boa solução ao prever que se pode provar o CT por (i) publicações científicas, (ii) registros em cadastros ou bancos de dados ou (iii) inventários culturais, além de outras formas. Livros publicados certamente são uma dessas hipóteses⁴⁴⁹. Além disso, o conceito de “acesso ao conhecimento tradicional associado”, pelo art. 2º, inciso IX da lei, passa a reconhecer que há acesso “ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados”⁴⁵⁰.

No entanto, permanece o problema do ônus probatório em torno destas informações, que pode continuar a favorecer a ausência de responsabilidade em caso de dúvidas.

g) Responsabilidade solidária para produto acabado ou material reprodutivo não produzido no Brasil (art. 17, §7º)

Solução parcial ao problema da relação entre empresas transnacionais sem operação no Brasil e o princípio da territorialidade da lei brasileira, o art. 17, §7º prevê responsabilidade solidária ao ator atuante no país:

Art. 17, § 7º Caso o produto acabado ou o material reprodutivo não tenha sido produzido no Brasil, o importador, subsidiária, controlada, coligada, vinculada ou representante comercial do produtor estrangeiro em território nacional ou em território de países com os quais o Brasil mantiver acordo com este fim responde solidariamente com o fabricante do produto acabado ou do material reprodutivo pela repartição de benefícios.

Continua, porém, a haver o buraco regulatório nos casos de inexistência de agente responsável em território nacional ou em países com os quais o Brasil tenha acordo.

447 Por exemplo, Natura v. Ashaninka, sobre o murumuru. Cf. <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,justica-livra-a-natura-da-acusacao-de-pratica-de-biopirataria,154800e>; cf. também ten Kate & Laird, 2004

448 Carneiro da Cunha, Manuela. **Cultura com Aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

449 Como exemplos: Enciclopédia da Floresta, 2001; A Queda do Céu, 2015; Enciclopédia da Medicina Tradicional Matsé, 2014 (esta não publicada, o que suscita questões mais complexas). Para uma análise destes casos em uma perspectiva de *commons* de conhecimento, cf. o trabalho que realizei em 2016. IDO, Vitor. **Amazonian Traditional Knowledge: A Commons Approach versus Intellectual Property Rights?** Paris: 3rd Thematic Conference on the Knowledge Commons, 2016.

450 Art. 2º, inciso IX.

h) Importância da Regulamentação Infralegal e dos Atores Envolvidos

Não obstante a redação da nova lei, é preciso jogar luz sobre a relevância dos regulamentos, portarias e demais normas infralegais emitidas pelo CGEN, pelo novo FNRG, pelo Ministério do Meio Ambiente e demais órgãos estatais. Boa parte das impressões negativas de pesquisadores e empresas quanto à burocratização e complexidade do sistema anterior decorria da dinâmica das políticas públicas e respectivas normas⁴⁵¹. Essas impressões se justificam.

Juristas, funcionários públicos e comunidades afetadas têm um papel central no desenho das políticas e do funcionamento da regulação de CT no Brasil. Como afirma Alessandro Octaviani, para entender a regulação dos recursos genéticos, é preciso analisar leis, instituições, contratos⁴⁵². Em um tema tão sensível, as tomadas de interesse e as posições são antagônicas e complexas. Neste sentido, o papel da dogmática jurídica é ainda mais central, pois mais do que analistas externos, juristas são atores relevantes para esta narrativa⁴⁵³.

5.1.1. O Caso Kampô

Kampô é a secreção de uma rã amazônica (*Phyllomedusa bicolor*) utilizada por pelo menos trinta e oito povos ameríndios do grupo linguístico Pano, na região entre Brasil e Peru. Também é de uso conhecido por seringueiros e inclusive indivíduos em zonas urbanas, conhecido como “vacina do sapo”⁴⁵⁴. Seu emprego pode ser descrito como medicinal, mas ao mesmo tempo espiritual, ritual e social. Não se pode reduzi-lo, portanto,

451 Em reportagem quando da aprovação da lei, note-se um exemplo: “Desde 2005, quando entrou em vigor um decreto regulando as sanções no caso de desrespeito dessas regras, o Ibama já aplicou mais de R\$ 230 milhões em multas, resultado de quase 600 autos de infrações contra instituições brasileiras e multinacionais”. BBC Brasil, **Por que o Marco Legal da Biodiversidade divide farmacêuticas e ambientalistas?**, 21 de maio de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_marco_biodiversidade_pesquisa_ms_rb

452 OCTAVIANI, Alessandro. **Recursos Genéticos e Subdesenvolvimento: Os Desafios Furtadiano e Gramsciano**. São Paulo: Saraiva, 2014.

453 A academia brasileira centra-se muito na linguagem de direitos no tema de CT. Embora constitua para alguns críticos supostamente esclarecidos prova da incapacidade e da pouca qualidade do trabalho acadêmico jurídico no Brasil, entendo que a articulação específica e bastante direta entre academia e prática (jurídica e social), sobretudo neste tema, faz com que boa parte dos estudos se destine a pensar soluções bastante pragmáticas e a constituir argumentos jurídicos em um contexto político de grandes disputas em torno de povos tradicionais.

454 Neste sentido, aproxima-se das evidências mais recentes quanto ao uso da planta Hoodia e o povo San. Se este foi efetivamente o grupo que descobriu as propriedades medicinais da planta, vários povos não-San e populações mestiças também a usam há séculos. Algumas inclusive a cultivam. Este é um dilema importante, pois é o que ocorre na maior parte dos CT. Cf. DUTFIELD, Graham, 2017, p. 337; OSSEO-ASARÉ, A. D., **Bitter Roots: The Search for Healing Plants in Africa**. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 2014.

a uma secreção cuja aplicação seja restrita a processos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico em biotecnologia, senão uma prática atrelada a contextos sociais e cosmológicos específicos.

Embora o CT específico dos povos Pano tenha uma circunscrição geográfica relativamente clara, o recurso genético (no caso, a secreção da rã) é encontrado em toda a Amazônia, assim, possivelmente ampliando a questão para os demais países amazônicos, os quais também poderiam reivindicar ser este parte de seu patrimônio genético nacional. Como visto, na prática, muitos debates envolvem a difícil prova do acesso ou não a CT nos casos de uso de recursos genéticos⁴⁵⁵.

Em 2004, o Ministério do Meio Ambiente criou um grupo de trabalho com o objetivo de torná-lo um caso paradigmático positivo para o uso de CT no Brasil⁴⁵⁶. O contexto político-econômico nacional era favorável para o debate⁴⁵⁷, após uma década repleta de casos famosos de biopirataria⁴⁵⁸. Por sua vez, o Acre e o Alto Juruá estavam no cerne das atenções internacionais sobre a Amazônia⁴⁵⁹.

Segundo Edilene Coffaci de Lima, o *kampô* tornou-se conhecido no Brasil inteiro a partir da referida década, em especial pela difusão da mais conhecida *ayahuasca*⁴⁶⁰, pois ambos têm efeitos alucinógenos. Sua difusão global ocorreu logo depois⁴⁶¹. Em uma breve consulta ao website Youtube, encontram-se dezenas de relatos e comentários de europeus e norte-americanos sobre o *kampô* (por vezes chamado apenas de “sapo”), o que demonstra sua popularização como uma espécie de “droga” análoga à *ayahuasca*, bem como a possibilidade de encontrá-lo no exterior, embora seu uso e comercialização sejam proibidos pela ANVISA no Brasil.

455 Cf. Caso Ver-o-Peso.

456 CARNEIRO DA CUNHA, 2009.

457 De um lado, ambientalistas compunham o MMA, sob liderança da então ministra Marina Silva; de outro, sob influência dos debates da CDB, houve grandes investimentos em biotecnologia com políticas da FINEP e do BNDES.

458 cf. POSEY; DUTFIELD, 1996.

459 Segundo Anna Tsing, estudando as reverberações do ativismo socioambientalista nas florestas da Indonésia, o ativista Chico Mendes teria inovado ao conseguir compatibilizar a pauta das comunidades tradicionais contra a expansão do agronegócio dentro do discurso mais geral do ambientalismo global. Seu assassinato teve repercussão internacional e chamou atenção para a questão ambiental atrelada às comunidades locais. TSING, Anna Lowenhaupt. **Friction: An Ethnography of Global Connection**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

460 Esta sim, muito mais famosa, atraiu o interesse daqueles em busca de experiências alucinógenas “tradicionais”; a planta da *ayahuasca* também foi patenteada e tornada um caso famoso nos anos 1990. Uma das patentes foi anulada, mas posteriormente reconcedida. SCHULER, 2004.

461 LIMA, Edilene Coffaci de. **Entre o Mercado Específico e os Direitos de Propriedade Intelectuais: O Caso do Kampô (*Phyllomedusa bicolor*)**. In: KLEBA; KISHI, 2009.

No âmbito da indústria, são registradas pelo menos vinte patentes sobre a secreção da perereca nos Estados Unidos e na Europa⁴⁶²⁴⁶³. Entretanto, seguramente ela já era bem conhecida entre bioquímicos, antropólogos e farmacêuticos na Europa e nos Estados Unidos em 1992, quando da assinatura da CDB⁴⁶⁴. No caso do kampô, nenhum povo, grupo ou indivíduo indígena ou tradicional jamais recebeu repartição de benefícios nem indenização.

O argumento contra a repartição de benefícios, portanto, é de que não teria havido acesso a CT nem a recursos genéticos porque todas as pesquisas teriam ocorrido a partir da literatura científica disponível, que compõem o “domínio público”. Como também foi apontado anteriormente, a ideia de bem público da humanidade é empregada *contra* as comunidades tradicionais e a *favor* da livre apropriação de recursos genéticos⁴⁶⁵.

Portanto, há no mínimo uma dimensão ligada à propriedade industrial (patentes) e biotecnologia e outra ligada à tradições culturais expressivas pelo uso como “droga”, forma perversa de descaracterizar os contextos em que o kampô é utilizado entre os povos Pano. Mas tudo é mais complicado do que parece. Para aqueles indivíduos que passaram a promover e comercializar práticas o envolvendo, em especial nos centros urbanos e até em certas comunidades indígenas, criou-se uma nova e de alguma maneira indispensável fonte de renda.

Por sua vez, os povos indígenas também ingressaram no debate reivindicando seus direitos intelectuais sobre o kampô, seja por meio do uso, seja pela crítica à categoria “cultura”⁴⁶⁶.

Como um todo, ele não pode ser descrito simplesmente como ilegal, seja porque não o é enquanto CT, seja porque sua vedação administrativa tem baixa fiscalização, exceto para remessas internacionais de material genético desde 2013⁴⁶⁷. Tal

462 CARNEIRO DA CUNHA, 2009.

463 Muito similar, diga-se de passagem, aos casos mais famosos de biopirataria mundial, como Hoodia, Neem e Turmérico, que nunca envolveram apenas *uma* patente. SCHULER, 2004.

464 O kampô foi descrito pela literatura antropológica pela primeira vez em 1772 e foi levado à Europa ainda no século XIX por bioquímicos. CARNEIRO DA CUNHA, 2009. Juridicamente, é evidência em prol dos povos indígenas Pano, seus detentores, de que se tratava de conhecimento já existente. Portanto, pedidos de patentes baseados na secreção em tese não deveriam passar pelo requisito da novidade. Patentes já concedidas podem ter sua validade questionada pelo mesmo fundamento jurídico.

465 Cf. CT e A2K.

466 CARNEIRO DA CUNHA, 2009.

467 A Polícia Federal do Brasil passou a adotar um teste, através do equipamento Maldi-TOF, para detectar o kampô. O objetivo é coibir a biopirataria transnacional sistemática controlando os fluxos nas fronteiras – sobretudo em aeroportos – e evitar remessas ilegais de recursos genéticos. Este objetivo é claro na posição

qual inúmeros outros casos, kampô é de certa forma “legal e ilegal” ao mesmo tempo.

Há também aspectos que não dizem respeito ao marco legal da biodiversidade. Em 2008, por exemplo, um homem no interior do Estado de São Paulo morreu imediatamente após a aplicação da “vacina do sapo” por um autoproclamado doutor xamânico. A notícia, embora menor, tomou os mais populares meios de comunicação e trouxe uma retomada de um debate mal-colocado sobre os “perigos” do kampô e das “medicinas alternativas”. O doutor xamânico envolvido foi acusado de charlatanismo, crime pelo Código Penal Brasileiro, e o governo reiterou a ilegalidade da secreção.

Esta rede de legalismos e ilegalismos, conflitos ontológicos entre CT e conhecimento científico e enfoques diferentes demonstram a complexidade da questão. E aponta também como, até mesmo em um caso que pareceria à primeira vista o mais clássico possível de biopirataria envolvendo patentes, há diversas outras dimensões em jogo, sintetizadas no quadro a seguir.

QUADRO 4 – DIMENSÕES EM JOGO NO KAMPÔ

(i) por ser um CT compartilhado por dezenas de povos indígenas e outras comunidades tradicionais, definir quem seriam os titulares para uma eventual repartição de benefícios e como realizar o consentimento prévio, livre e informado de todos é uma matéria complexa;
(ii) embora o imbróglgio internacional original estivesse nas mais de 20 patentes sobre a secreção da rã, há intensa vinculação do kampô com aspectos culturais, espirituais, sociais e cosmológicos, que em tese não teriam relação com a questão patentária, mas efetivamente têm;
(iii) patrimônio cultural, propriedade intelectual e biodiversidade aparecem intrinsecamente relacionados, inclusive na formulação dos argumentos jurídicos e políticos;
(iv) questões transnacionais envolvendo a mercantilização de culturas indígenas por indivíduos nos Estados Unidos e Europa podem ter pouco impacto comercial, mas grande projeção simbólica;
(v) a regulação mais efetiva envolveu um sistema <i>fora</i> (embora não contra) da MP 2186-16/2001 e da atual lei 13.123/2015, e é sociotecnológica: baseia-se em normas infralegais da Polícia Federal e no desenvolvimento de tecnologias de fiscalização, além da criminalização por charlatanismo.
(vi) sob a nova lei 13.123/2015, há ampla literatura científica para provar a existência do CT e que houve acesso a CT, já que o acesso pode ser provado mesmo que tenha ocorrido “de forma secundária” (art. 2º, inciso IX).

5.2. Direitos dos Povos Indígenas no Brasil

No plano internacional, a Convenção OIT 169, como já afirmado, inverte o da instituição. Por exemplo, o superintendente Marcelo Sálvio Rezende Vieira afirmou em entrevista: “Nos últimos anos, registramos denúncias envolvendo o comércio e a exportação ilegal da substância produzida pelo sapo, bem como a apreensão de materiais suspeitos, mas não tínhamos padrão para caracterização científica do crime”. UFRN, PF desenvolve técnica para coibir biopirataria da “Vacina do Sapo”, 08 de janeiro de 2013, disponível em: <<http://www.meioambiente.ufrn.br/?p=14690>>

paradigma assimilacionista que a organização adotara até então e reconhece a diversidade cultural dos povos indígenas⁴⁶⁸. Em conjunto com a Declaração da ONU para Direitos dos Povos Indígenas (2007), é reconhecido o direito à autoidentificação⁴⁶⁹. Ambos foram internalizados no direito brasileiro, o que os torna não apenas normas de direito internacional, mas também nacionais. Faz parte do conjunto de direitos humanos indígenas o próprio processo de reconhecer-se enquanto tal, em geral entendido como decorrência de um ideal mais amplo de autonomia.

No plano doméstico, a Constituição Federal de 1988 prevê o “direito à diferença” dos povos indígenas. Ela reconhece o pluralismo social, étnico e cultural do Brasil⁴⁷⁰. Nos termos do art. 231, *caput*:

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.”

É a primeira Constituição brasileira a afirmar a plena capacidade dos indígenas⁴⁷¹. Não obstante, ela dá continuidade a uma longa trajetória constitucional de reconhecimento de direitos indígenas. Manuela Carneiro da Cunha lembra que, em 1912, João Mendes Jr. defendera o “indigenato”⁴⁷², a ideia de direitos originários dos povos indígenas⁴⁷³. Segundo a tese, estes *precedem* a Constituição e a própria formação do Estado Brasileiro. Atualizando-a para a Constituinte, o jurista Dalmo Dallari propôs a redação dos artigos que hoje fazem parte da ordem máxima brasileira⁴⁷⁴. Para José Afonso da Silva,

468 No sentido do direito internacional, que engloba também os demais povos tradicionais no caso do Brasil. Cf. Convenção OIT 169

469 MOREIRA, Eliane. 2009.

470 José Adércio Leite Sampaio coleciona as seguintes Constituições, além do Brasil, a contar com tal reconhecimento: África do Sul, Argentina, Bolívia, Bósnia-Herzegovina, Camarões, Colômbia, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, Guatemala, Honduras, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Letônia, Lituânia, Macedônia, México, Moçambique, Montenegro, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Sérvia, Suíça. LEITE SAMPAIO, José Adércio. **O Constitucionalismo Democrático e Cultural (Ou Constitucionalismo da Fraternidade)**. In: PRADO SOARES, Inês Virgínia & CUREAU, Sandra. *Bens Culturais e Direitos Humanos*. São Paulo: SESC, 2015, pp. 53-54.

471 A previsão constitucional inclui o direito de atuar em seu próprio interesse, não mais mediados pela FUNAI (ex-SPI): Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

472 MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

473 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). *História dos índios no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1998.

474 Segundo Dalmo Dallari, o que inspirou a doutrina do indigenato foi o modelo encontrado pela Suíça para seus cantões. Estes têm autonomia política prévia ao Estado Suíço, um reconhecimento de direitos originários. DALLARI, Dalmo. **Palestra Palestra no evento Direito dos Povos Indígenas**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 10 de novembro de 2015.

estes são direitos naturais⁴⁷⁵. Nestes termos, o que deve ficar assinalado é que a Constituição Federal de 1988 não cria direitos indígenas *ex nunc*; na verdade, reconhece o fato, também presente nas constituições anteriores do Brasil, de que há direitos originários precedentes à própria ordem política moderna.

Samuel Barbosa aproveita a discussão para afirmar que, porque originários, são históricos⁴⁷⁶. A própria Constituição, portanto, reconhece que não são direitos criados no sentido positivista. O art. 231, desta forma, afirma que a tradicionalidade não é definida por uma data (a da vigência do direito positivado estatal), mas pelas práticas, pela organização social, pelos costumes, línguas, crenças e tradições. Em suma, por elementos que, segundo Barbosa, remetem a um saber ou conjunto de saberes “extrajurídicos”. Daí a importância de um trabalho que reúne os próprios povos e os saberes produzidos por antropólogos, historiadores, geógrafos e outros que fazem com eles pesquisas.

Nesse sentido, é uma abertura do próprio direito, próximo do que o direito administrativo chamou de “conceitos jurídicos indeterminados”⁴⁷⁷, mas, neste caso, cuja resposta não deve ser dada apenas pelo Judiciário. Por conclusão, é uma negação do “fechamento do direito”, que pode então ser lido como o intimismo jurídico a que fazem menção Owen Fiss⁴⁷⁸ e Calixto Salomão Filho⁴⁷⁹. O art. 231 da Constituição prevê, se não uma resposta polifônica no sentido de Bakhtin⁴⁸⁰, no mínimo a insuficiência do fechamento monológico dos próprios juristas.

5.2.1. Definição de Comunidades Tradicionais no Brasil

A literatura antropológica e sociológica apontam uma diversidade impressionante de comunidades tradicionais no Brasil: ribeirinhos, castanheiros, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu, jangadeiros, quilombolas, pescadores, comunidades extrativistas, artesãos e artesãs e, em sentido amplo, também os mais de 250 povos indígenas⁴⁸¹, sendo apenas exemplos. Juridicamente, no entanto, não existe um rol fixo e

475 SILVA, José Afonso da. **Parecer no tocante a Direitos Indígenas**. 2015.

476 BARBOSA, Samuel. **Palestra no Ato-Debate Direitos dos Povos Indígenas e Quilombolas sob Ataque**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 8 de agosto de 2017.

477 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

478 FISS, Owen, 1986.

479 SALOMÃO FILHO, Calixto, 2015.

480 BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **Problemas da poética de Dostoiévski**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008

481 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Povos Indígenas do Brasil 2011/2016**. São Paulo: ISA, 2017.

pré-determinado de quais e quem seriam⁴⁸².

Não obstante, vários marcos normativos tentaram realizar esta definição⁴⁸³⁴⁸⁴; todas, contudo, com incidência normativa e utilidade limitadas, já que não resolvem os dilemas concretos da classificação.⁴⁸⁵ Assim, não se trata de lacuna, mas de uma decorrência do direito internacional que foi no direito brasileiro internalizado e da dicção da Constituição Federal de 1988.

Por exemplo, os antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Almeida refletem sobre o conceito de populações tradicionais a partir de algumas características:

“populações tradicionais são grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar (através de meios práticos e simbólicos) uma identidade pública que inclui algumas, mas não necessariamente todas, as seguintes características: o uso de técnicas ambientais de baixo impacto⁴⁸⁶, formas equitativas de organização social, a presença de instituições com legitimidade para fazer cumprir suas leis, liderança local e, finalmente, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados” (CARNEIRO DA CUNHA, Manuela & ALMEIDA, Mauro de, 2004⁴⁸⁷).

Esta é a solução de um nó essencial para pensar os CT sob o direito brasileiro.

482 Sobre esta discussão, incluindo um panorama dos povos tradicionais no Brasil, cf. DIEGUES, Antonio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008; DIEGUES, Antonio Carlos & ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira (Orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, 2009.

483 Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais: Art. 1º [...] 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;

484 Lei 13.123/2015, Art. 2º, IV - comunidade tradicional - 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;

485 Por exemplo, quanto à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), o Projeto de Lei n. 27/99, relatado pelo então deputado Fernando Gabeira, definia comunidades tradicionais como: “população vivendo há pelo menos duas gerações em um determinado ecossistema, em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”. No texto final da Câmara, o tempo mínimo foi aumentado para três gerações (Leuzinger, 2009). No entanto, o artigo sobre a definição de comunidades tradicionais foi vetado, sob o argumento de ser excessivamente amplo, e toda a sociedade brasileira poderia acabar abrangida. Socioambientalistas e representantes de comunidades também já estavam insatisfeitos pela criação de um marco temporal mínimo, inclusive pela dificuldade probatória de grupos de tradições eminentemente orais. Dado o veto, Leuzinger argumenta, então, que o resultado final foi a existência de uma definição ainda mais ampla do que sejam comunidades tradicionais no Brasil. LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Populações Tradicionais e Conhecimentos Associados aos Recursos Genéticos: Conceitos, Características e Peculiaridades**. In: KLEBA; KISHI, 2009.

486 Como lembra Márcia Dieguez Leuzinger, para fins de incidência de instrumentos e arranjos de direito ambiental, a lei brasileira fala em “impacto limitado”, o que não é o mesmo que exigir “baixo impacto ambiental”. Para a caracterização em termos de CT, não há nenhum critério ou requisito. LEUZINGER, Márcia Dieguez. **A Criação dos Parques Nacionais e a Proteção do Patrimônio Cultural**. In: PRADO SOARES, Inês Virgínia & CUREAU, Sandra (org.). *Bens Culturais e Direitos Humanos*. São Paulo: SESC, 2015, pp. 142.

487 CARNEIRO DA CUNHA, ALMEIDA, Mauro de, 2009.

Não se trata, portanto, de conferir uma data específica para sua transmissão ou criação como elementos para definir sua tradicionalidade, mas, sim, de vinculá-los aos povos tradicionais. Estes, por sua vez, têm o direito à autodeclaração. Eventuais questões probatórias devem ser discutidas com o apoio e auxílio técnico de outros profissionais, em especial antropólogos.

A dicção constitucional, portanto: garante o direito à diferença aos povos indígenas, prevê um regime específico e diferenciado para quilombolas e o respeito às especificidades de todas as comunidades tradicionais. Contém também a garantia de direitos culturais coletivos implicados na diversidade sociocultural existente dentro do país.

Há, ainda, abertura aos direitos costumeiros dos povos indígenas e comunidades tradicionais⁴⁸⁸. Por exemplo, o art. 8º, §4º da Lei 13.123/2015⁴⁸⁹, o art. 4º, inciso II da Lei Estadual n. 0388/1997 do Amapá⁴⁹⁰ e o art. 8º, inciso II da Lei Estadual n. 1.235/1997 do Acre⁴⁹¹ reconhecem as práticas costumeiras no intercâmbio entre comunidades tradicionais, casos em que se afasta a incidência da lei.

A conclusão é que, efetivamente, não deve haver uma definição prévia do que sejam comunidades tradicionais. Ou, pelo menos, que sua caracterização não deve estar atrelada a marcos temporais ou características substantivas de “autenticidade”, “isolamento” e “harmonia com a natureza”. Em seu lugar, deve haver um paradigma de autodeclaração, decorrente tanto do direito dos povos tradicionais a se autorreconhecerem como tal, quanto da leitura do texto constitucional e das disposições internacionais⁴⁹²⁴⁹³.

488 Para outros exemplos, cf. TOBIN, 2014.

489 Art. 8º, § 4º O intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado praticados entre si por populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional para seu próprio benefício e baseados em seus usos, costumes e tradições são isentos das obrigações desta Lei.

490 **Art. 4º** Esta Lei não se aplica: II - ao intercâmbio de recursos biológicos realizado pelas comunidades locais e pelos povos indígenas, entre si, para seus próprios fins e baseados em sua prática costumeira.

491 **Art. 8º** Esta lei não se aplica: II – ao intercâmbio de recursos genéticos, produtos derivados, cultivos agrícolas tradicionais e/ou conhecimentos tradicionais associados, realizado pelas comunidades locais e pelas populações indígenas, entre si, para seus próprios fins e baseado em sua prática costumeira.

492 Declaração da ONU sobre os Povos Indígenas (2007) e Declaração sobre a diversidade cultural da UNESCO (2001).

493 A solução não é a única: em certos países, optou-se por estratégias de listagem e classificação. Por exemplo, a Constituição da Índia, de 1947 foi pioneira em sua estrutura e no conteúdo ao prever a adoção de ações afirmativas para grupos desfavorecidos. Ela prevê terras comunais e organização política própria para diversas comunidades tradicionais. Para tanto, conta com anexos extensos, atualizados periodicamente, com a lista dos grupos que serão beneficiados por estas políticas. Alguns podem ser excluídos, outros incluídos; pode haver subdivisão ou reagrupamento. A de finição de tais grupos é portanto taxativa, mas variável.

5.2.2. Direitos Intelectuais Coletivos

Eliane Moreira propõe que os CT sejam entendidos como direitos intelectuais coletivos⁴⁹⁴. Assim, deslocar-se-ia o debate sobre propriedade intelectual e acesso para a indústria para a perspectiva dos povos tradicionais. Rajshree Chandra segue a mesma linha: “[b]oth farmers' ownership rights and indigenous communities' entitlements to benefits can be seen as species of cultural rights”⁴⁹⁵. As obrigações internacionais⁴⁹⁶ e constitucionais do Brasil sustentam este reconhecimento.

À luz do direito processual brasileiro, eles são situados dentro do regramento dos direitos coletivos *lato sensu*, compreendendo os direitos difusos, os coletivos (*stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos⁴⁹⁷. Por consequência, também utiliza seus instrumentos jurídico-processuais correspondentes, em especial as ações civis públicas (ACP), previstas a partir da lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e consagradas pela Constituição de 1988. A subdivisão fornecida pelo direito processual acaba sendo de utilidade prática para conflitos envolvendo CT. A autora exemplifica:

“em sendo coletivo em sentido estrito, quando, por exemplo, apenas uma comunidade tradicional o detém, deve se converter para o grupo detentor do conhecimento, segundo os ajustes internos de repartição de benefícios. Em sendo direito individual homogêneo (divisível), há que se acordar com o grupo, ainda que os benefícios sejam revertidos individualmente. Como dissemos, pode ocorrer, e não será incomum, a sobreposição de todas essas categorias ao mesmo tempo e um mosaico de repartições de benefícios precisará ser estabelecido” (p. 249).

No que tange à propriedade cultural, o Decreto 3.551/2000 do IPHAN, junto ao art. 216 da Constituição Federal, são as normas que regulamenta o patrimônio cultural imaterial brasileiro, aplicando-se a ECTs. O modelo é concebido aos moldes da UNESCO, sob o paradigma da patrimonialização, e voltado genericamente a qualquer manifestação cultural⁴⁹⁸.

A Constituição Brasileira prevê expressamente como patrimônio cultural brasileiro (i) as formas de expressão e (ii) os modos de criar, fazer e viver (art. 216, incisos I e II, CF⁴⁹⁹). Também é ampla ao fazer referência a “identidade”, “ação” e “memória” de

494 MOREIRA, Eliane. **O Reconhecimento dos Direitos Intelectuais Coletivos e a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais**. In: KLEBA; KISHI, 2009.

495 CHANDRA, Rajshree, 2016, p. 193.

496 cf. 3.

497 MOREIRA, Eliane, 2009, p. 247.

498 cf. BARBOSA, Frederico. **Direitos Humanos, Patrimônio Cultural e Políticas Públicas**. In: PRADO SOARES; CUREAU (orgs.), 2015.

499 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados

“diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216, *caput*⁵⁰⁰), o que permite incluir de modo satisfatório artes e práticas indígenas. Na prática, essas últimas são uma exceção: a arte gráfica Wajãpi é o exemplo pioneiro de CT declarado pelo IPHAN como patrimônio cultural brasileiro, renovado em 2017.

Há entretanto questões relacionadas à tentativa de tomar o patrimônio cultural como um conjunto pré-definido de práticas, o que não faria sentido para as formas ameríndias de produção e circulação do conhecimento⁵⁰¹. Nesse sentido, o problema está menos na aplicação das normas e mais nos processos burocráticos (ainda assim jurídicos) dos órgãos da administração pública.

5.2.3. Autonomia Subversiva: Povos Tradicionais, Arbitragem e Teoria da Aparência

A construção teórico-dogmática que justifica a existência e o reconhecimento estatal das arbitragens comerciais e privadas⁵⁰² pode eventualmente ser aplicada a modelos de autonomia de povos tradicionais. A este exercício propôs-se Aline Santana⁵⁰³, que assinala, mencionando Raquel Fajardo:

“[a] própria decisão do STF de declarar constitucional a Lei de Arbitragem mostra que o Estado reconhece a possibilidade de exceções à reserva da jurisdição. Em diversos países da América Latina que passaram por reformas constitucionais durante os anos 1990, a introdução de meios alternativos de solução de controvérsias veio acompanhada de uma abertura ao direito indígena como 'uma forma alternativa de resolução de conflitos locais para comunidades indígenas pobres, e em razão disso só se ocuparam de conflitos menores' (Yrigoyen Fajardo 2011: 145)”. [...]

A definição do que seja e quem pertence a certa comunidade – tão imaginária quanto as ocidentais, para lembrar Benedict Anderson⁵⁰⁴ – tem uma dupla função. De um lado, articula e mobiliza interesses e aspirações de *entitlement*, busca por direitos comuns. De outro, contudo, como critica Chandra, cria entidades de limites bem-definidos que são

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver;

500 Art. 216, CF.

501 GALLOIS, Dominique T. **Materializando saberes imateriais: experiências indígenas na Amazônia Oriental**. Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.4, n.2, p.95-116, dez. 2007.

502 cf. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

503 SANTANA, Aline Oliveira de. **O Direito ao Próprio Direito : modelos latino-americanos de autonomia política indígena**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

504 ANDERSON, 1991.

“easier to survey, order, classify, exploit, control and locate potential beneficiaries”⁵⁰⁵. A questão, portanto, é menos do que criadas e ficcionais elas são, e mais dos efeitos de sua existência.

Por isso, quando se exige dos povos indígenas que tenham representação política clara, limites territoriais e culturais precisos e uma narrativa e identidade comuns, como se fossem pré-requisitos necessários ao reconhecimento de seus direitos e à tutela jurídica como um todo, na verdade o que se está operando é o controle e gestão das populações, traço marcante do biopoder e da biopolítica no sentido foucaultiano⁵⁰⁶. Ou seja, delimitar quem e o que com a finalidade de controlar, explorar, localizar com mais precisão.

A perspectiva etnográfica de Dominique Gallois na região das Guianas vai ao encontro desta visão, mas ainda além dos direitos bioculturais para englobar toda a atuação estatal:

“a política de reconhecimento de territórios indígenas, a instalação de escolas, as práticas de assistência à saúde, que vêm há décadas sendo operadas como política pública (primeiro pelo SPI, depois pela FUNAI e na seqüência por ministérios preocupados em “incluir” os índios), foram pioneiros na patrimonialização de entidades coletivas, ou seja, de sujeitos indígenas de direito.” (GALLOIS, 2007, p. 104).

Esta poderia ser uma contradição insuperável, mas não o é. Embora estas exigências pudessem recair também sobre agentes econômicos, criando contradição entre a representação e a tutela jurídica, a criatividade jurídica conseguiu fornecer respostas que não exigiram tanto controle⁵⁰⁷. Das entidades societárias, contenta-se o direito societário com condutas de boa-fé objetiva e com o resguardo da chamada teoria da aparência. O primeiro, o dever de seguir as práticas em conformidade com postulados de confiança e previsibilidade mútuas entre agentes econômicos, o segundo, a garantia de que sua representação ou máscara⁵⁰⁸ para o mundo é, para o direito, suficientemente válida tanto quanto é seu “conteúdo profundo”. Juntos, afirmam as teorias dominantes, compõem as principais bases da segurança jurídica nos negócios⁵⁰⁹. Ou seja, dos atores econômicos não

505 CHANDRA, Rajshree, 2016.

506 FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. Volume 1: A Vontade do Saber**. 13a ed. Rio de Janeiro, Graal, 1999 [1976].

507 Certo que, em certos casos, com as consequências já conhecidas na história da relação entre poder econômico e direito: a primazia do poder econômico sobre as tentativas de regulação estrutural. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, **A Legal Theory of Economic Power**. London: Edward Elgar, 2013.

508 GOFMANN, Erving. **The Representation of Self in Everyday Life**. New York: Random House, 1956.

509 Por exemplo, é por isso que o direito societário brasileiro, assim como o de diversas jurisdições no mundo inspiradas nos modelos europeus, reconhece o tipo societário das sociedades em conta de

se exige, para que haja regulação jurídica, que sejam entidades tão bem definidas e estáticas quanto se exige dos povos tradicionais.

Na analogia realizada, a melhor conclusão é a de que tampouco se deveria exigir dos povos indígenas critérios tão rígidos de organização social. Os direitos de terceiros podem ser bem protegidos e tutelados mesmo diante de complexidades internas e possivelmente intrínsecas às comunidades tradicionais. Por exemplo, diante de possível cisão, reconfiguração identitária ou dissensos posteriores, haveria instrumentos jurídicos diversos suficientes para resguardar o interesse legítimo de entidades de pesquisa, pesquisadores e interessados de boa-fé que tenham antes celebrado negociações e negócios jurídicos com as comunidades tradicionais.

Processualmente, admitem-se subrogações e substituições dos polos que constituem as partes das relações jurídicas processuais; no direito dos contratos, outros instrumentos preveem indenização e a proteção do terceiro de boa fé.

Materialmente, juristas podem e precisam pensar em cláusulas contratuais mais flexíveis, em contratos coligados no caso da existência de mais de uma associação e, por fim, insistir menos na definição das comunidades tradicionais e seus CT, e mais em sua operacionalização. Forneço um exemplo que considero plenamente possível: ao problema de falta de consentimento de todos os povos implicados, basta a previsão de inclusão de novos povos *a posteriori* sem prejuízo dos interesses dos demais envolvidos.

É claro que há a possibilidade de, como aponta Fernando Mathias Baptista, o “problema número um” do regime jurídico dos CT ser exatamente a contratualização – e sua correlata visão contratualista em termos político-filosófico⁵¹⁰. A questão, entretanto, não é reduzir tudo a contratos; trata-se de não os ignorar e, pelo menos, dar-lhes simetria com as práticas euramericanas.

participação. O Código Civil assim as conceitua: “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”. Elas contam, pois, com duas classes de sócios: o sócio ostensivo, com quem terceiros pactuam, e o(s) sócios participantes – anteriormente chamados de “sócios ocultos” - sobre os quais, por definição, nem sequer se sabe da existência. Não por isso tais sociedades são marcadas pelo segredo, pelo obscurantismo mágico ou pela ausência de confiança. Com efeito, exercem um papel considerado positivo para o funcionamento dos mercados.

510 BAPTISTA, Fernando Mathias. **Os Impasses da Abordagem Contratualista da Política de Repartição de Benefícios no Brasil: Algumas Lições aprendidas no CGEN e Caminhos para sua Superação**. In: KLEBA; KISHI, 2009.

5.2.4. O caso das águas de cheiro do Ver-o-Peso, Belém

O caso do imbróglio jurídico entre as erveiras do Mercado Ver-o-Peso, em Belém do Pará, e a empresa de cosméticos Natura, ilustra o fato de que o conceito de comunidade tradicional não é simples. As erveiras vivem em zonas urbanas, comercializam produtos como principal atividade e têm pouco ou nenhum contato direto com o meio ambiente. Não são, portanto, a imagem típica de “comunidade tradicional”⁵¹¹.

Nos anos 2000, a empresa foi acusada de biopirataria por basear seus produtos da linha Ekos nos conhecimentos destas mulheres sobre suas águas de cheiro (perfumes) e ervas com finalidades cosméticas, espirituais e medicinais. A Natura afirmava que não houve acesso a nenhum CT, pois seus cosméticos tinham por matéria-prima pripioca e breu-branco, plantas amazônicas conhecidas e que não seriam exclusividade de uso daquelas.

Se o uso do recurso genético não teve nenhum vínculo com o uso/técnica de qualquer comunidade tradicional, não houve acesso a CT e, por consequência, não é ensejada obrigação de repartição de benefícios. Esta foi a alegação da empresa em relação ao conhecimento das erveiras do mercado Ver-O-Peso.

No entanto, representantes da primeira haviam realizado visitas informais ao mercado em diversas ocasiões durante os anos anteriores ao lançamento da referida linha. Havia sido firmado apenas um contrato de baixo valor com parcela das envolvidas para uso de seu direito de imagem na campanha publicitária. Nesse contexto, o esforço jurídico da articulação multi-institucional entre OAB-PA, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado e representantes das erveiras acabou sendo o de demonstrar que havia sim vínculo entre os produtos e acesso a CT.

De um lado, o material publicitário da empresa afirmava categoricamente que os produtos tinham por base as práticas deste grupo específico – o que significava que havia um fator agregador de valor em benefício da Natura, já que se trataria de um produto “natural”, “autêntico” e menos industrializado. De outro, nas negociações com a

511 Em um caso similar de dificuldade de conceituação de uma comunidade tradicional, o medicamento Acheflan, da empresa nacional Aché, é primeiro e único fármaco pesquisado, produzido e cujos testes clínicos foram realizados 100% no país. Ele tem por base a erva-baleeira, usada como remédio tradicional por populações caiçaras do litoral brasileiro. A ideia de usá-la para pesquisas clínicas decorreu diretamente de uma sugestão de um caiçara. No entanto, não houve repartição de benefícios com as comunidades por acesso ao CT. Diante disso, tornou-se o primeiro caso judicializado sobre a matéria no país.

comunidade, a fabricante alegava que não houve acesso a CT algum. Portanto, de duas, uma: ou havia violação de direitos dos consumidores ou violação dos direitos das erveiras.

Philip Schuler (2004) argumenta, após analisar alguns casos famosos de biopirataria, que, via de regra, “an industrial patent does not prevent people in developing countries from continuing to use medicinal plants or food crops in their traditional fashions”⁵¹². No entanto, no caso analisado, a produção em larga escala dos produtos de uma grande empresa teve por efeito, mesmo que por tempo limitado, a criação de dificuldade de acesso entre as erveiras a estes⁵¹³. Esta é outra dimensão dos paradoxos do acesso a recursos genéticos, bem como da valorização pela lógica da produção: por vezes, impede os próprios detentores de usufruírem⁵¹⁴.

Após meses de discussão, a Natura reconheceu a existência de acesso a CT – pode o ter feito para dar fim ao debate e evitar danos à reputação da marca e não porque considere que efetivamente acessou CT, mas a intencionalidade não é o que está em jogo. Ao final, foi criada uma associação das erveiras com a finalidade de firmar um contrato de repartição de benefícios, o qual foi negociado, por sua vez, sob termo de confidencialidade.

Ao que consta, a associação é hoje inoperante e os recursos da repartição de benefícios, que chegaram a servir para capacitação informática e criação de novos produtos para pôr à venda, deixaram de existir⁵¹⁵. A sensação generalizada é de descontentamento, certa decepção e relutância com indivíduos que venham abordar o tema – o que parece, à propósito, completamente justificado.

Para ser justo, também é preciso lembrar que a Natura é a única empresa brasileira certificada pelo Sistema B, e que recebeu diversos prêmios de sustentabilidade. Em outros casos na Amazônia, ela investiu por anos em projetos comunitários a fundo perdido⁵¹⁶. Seu programa de responsabilidade social e os direitos fornecidos aos

512 SCHULER, 2004, p. 176.

513 Entrevista realizada em abril de 2017 com erveira do mercado Ver-O-Peso, que a firmou: “Vieram aqui, levaram... Ficamos sem patchouli e pripioca. 6 meses durou”.

514 Situação similar à atualmente ocorrida, em escala muito maior, com variedades de quinoa no Peru. Após ter se tornado um “superalimento” mundialmente famoso, a produção de quinoa aumentou substancialmente na região, dificultando o acesso dos pequenos consumidores e produtores, preteridos em função do mercado internacional. Na Índia, Vandana Shiva critica os impactos da chamada “Revolução Verde” dos anos 1970 a qual, se por um lado aumentou a produtividade de alimentos e diminuiu sobremaneira a fome, também criou monopólios e monoculturas. Cf. SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**. São Paulo: Gaia, 2003 [1993]. Também é possível fazer analogias com os processos de gentrificação urbana e turismo.

515 Entrevistas realizadas em abril de 2017.

516 Conversa informal realizada em novembro de 2016 com antropóloga envolvida.

empregados estão entre os mais robustos do país. Os esforços de capacitação e de criação de redes e relações equitativas são bem documentados e dificilmente poderiam ser descritos como mero intuito publicitário. Isso deixa a questão muito mais complexa, pois não se trata, apesar das críticas que possam ser imputadas, de um ator descompromissado com a questão da sociobiodiversidade brasileira.

Nesse sentido, o caso traz questões muito importantes. Além de ter sido vislumbrada uma questão pelo direito privado – e novamente, não pelo sistema da Lei 12.123/2015 –, suscita o debate essencial sobre os nexos de responsabilidade.

Uma vez que as formas de uso de CT dentro das pesquisas e da atividade industrial são múltiplas, e por vezes sutis e secundárias⁵¹⁷, a criação do vínculo entre eles e seu uso por determinado ator é bastante difícil. Ademais, as regras atuais que regem a atividade empresarial, em especial o direito societário e dos contratos, também tornam diluídas as responsabilidades de empregados, diretores e terceiros colaboradores⁵¹⁸.

No entanto, complexidade e sutileza não implicam exclusão de responsabilidade, não fazem com que um fato deixe de ter ocorrido e não devem servir para o descumprimento de direitos intelectuais de comunidades tradicionais. Via de regra, é inequívoca a situação de hipossuficiência destas em relação a atores institucionais, sejam empresas, institutos públicos de pesquisa ou o Estado. Por estas razões, para a produção probatória de casos judiciais envolvendo conhecimentos tradicionais, é clara a aplicação do disposto do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova⁵¹⁹. No entanto, na época dos ocorridos do caso, vigorava ainda o Código de Processo Civil de 1973, com hipóteses mais restritas sobre tal matéria e, ademais, o caso não chegou a ser judicializado.

Faz-se necessário expandir o debate para além da questão comercial. Schuler considera que “there is insult, but not injury, from biopiracy”⁵²⁰, representando uma visão excessivamente estrita do que se visa proteger com o regime jurídico de proteção a CT. Não se trata apenas do dano material, mas do dano moral causado à coletividade de uma comunidade que tem seu patrimônio imaterial comercializado, retirado do contexto e usado

517 Cf. ten Kate & Laird, 2002 (Anexo 1); ten Kate & Laird, 2004.

518 Cf. 4.5.

519 Art. 373, CPC.

520 SCHULER, 2004, p. 176-7.

à sua revelia. Portanto, certamente há tanto insulto (moral) quanto dano (jurídico).

5.3. Propriedade Intelectual

No Brasil, não há direitos subjetivos *sui generis* específicos para CT. Isto é, no âmbito do direito estatal brasileiro, não foram criadas figuras jurídicas para proteção de CT que assumam a forma de direitos subjetivos, análogos aos demais⁵²¹. Isto não é o mesmo que não haver proteção. Aplicam-se portanto todas as leis de propriedade intelectual, adaptadas no que couber.

Evidentemente, a transposição de seus argumentos para povos tradicionais é o grande desafio. Afinal, trata-se de adaptar normas fundadas em um modelo individualista e compartimentalizador ocidental para conhecimentos que são criados, transmitidos, exercidos e concebidos sob postulados ontológicos distintos e possivelmente antagônicos.

Por exemplo, o direito autoral brasileiro⁵²² protege duas dimensões das obras artísticas e literárias: (i) direitos morais de autor e (ii) direitos patrimoniais. Aqueles são imprescritíveis; estes têm limite de 70 anos após a morte do autor. A questão é compreender o que é um autor no caso de CT, em especial de tradições culturais que são coletivas e orais. No entanto, um ponto importante é que os direitos morais sobre CT são imprescritíveis e independentes dos direitos patrimoniais, o que possibilita reivindicações mesmo gerações após eventos.

Por sua vez, a Lei de Propriedade Industrial no Brasil⁵²³ prevê os seguintes direitos: patentes (de invenção e de modelos de utilidade), marcas, indicações geográficas e desenho industrial. Tutela também a repressão à concorrência desleal. Embora patentes tenham a maior fama, na prática, marcas e desenhos industriais podem ser até mais úteis e/ou nocivos às aspirações de povos tradicionais ao proteger seus CT.

Conforme o TRIPS e a LPI, patentes devem atender a três requisitos, a saber:

521 Note-se, isso não é o mesmo que não existir uma lei específica sobre CT, que é a Lei 13.123/2015, o Marco Legal da Biodiversidade. Este define o que sejam conhecimentos tradicionais para fins da lei, atrelados à recursos genéticos conforme prevê a CDB, bem como regras para sua proteção. Mas não cria uma nova figura jurídica que confira proteção nos moldes de direitos subjetivos tais como fazem patentes, marcas e outros direitos de propriedade intelectual. A questão a ser debatida é precisamente se seria ou não preciso realizar tal criação, ou se é suficiente e adequada a adaptação dos instrumentos hoje existentes.

522 Lei 9.610/1998.

523 Lei 9.279/1996.

novidade, atividade inventiva⁵²⁴ e aplicação industrial. Esta tríade exige, para que haja proteção patentária, a criação de algo efetivamente novo, não-óbvio, mediante uma atividade para a criação (por exemplo, pesquisa em laboratório) e com aplicabilidade para algum setor industrial. Patentes fundadas diretamente em CT não atendem ao requisito da novidade, pois que são amplamente conhecidas (ou seja, já estavam no “domínio público” no sentido da propriedade intelectual). O mesmo se aplica aos desenhos industriais.

A questão prática – e sensível – é definir no que consiste a novidade. O que deve ser incorporado para que algo se torne distinto do material que tomou por base? Ou seja, em que momento, ou em que grau, torna-se uma invenção baseada em um CT⁵²⁵ e não mais apenas uma tentativa de patentear o próprio CT? A resposta não é dada pela leitura da lei, e é objeto de debates enormes que acompanham o o desenvolvimento da disciplina⁵²⁶.

Assim, é questão que diz respeito às políticas (policy) de propriedade intelectual no país e, portanto, às práticas do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI e seus profissionais. Não se trata, porém, de uma questão “técnica” e desprovida de escolhas políticas. No direito brasileiro, a resposta sobre CT é incerta, pois são pouquíssimos os casos nesse sentido.

Há, entretanto, uma peculiaridade importante: desdobramento da função social da propriedade [material] (art. 186, CF), a propriedade intelectual também deve ter função social. Este é um ponto central do regime jurídico proprietário brasileiro, e seu descumprimento deve ensejar a nulificação do registro. Por exemplo, mesmo que atenda aos requisitos para a concessão de patentes, um titular deve exercê-la no interesse social e, mais, não violar direitos das comunidades detentoras dos CT, sob pena de nulificação.

Marcas coletivas e indicações geográficas em prol de comunidades são uma possibilidade debatida há bastante tempo⁵²⁷, embora o dilema esteja em definir quem são os membros da figura coletiva. No Brasil, não há ainda casos de proteção por esta via. Protegem-se, ademais, conforme a Lei de Cultivares⁵²⁸, o TRIPS e o UPOV, as variedades

524 Ou ato inventivo, para as patentes de modelo de utilidade.

525 Note-se: esta discussão não se confunde com a repartição de benefícios (regida pela Lei 13.123/2015 no caso de CT associados à biodiversidade), que deverá ocorrer mesmo em casos de reais invenções baseadas em CT.

526 Cf. para uma leitura crítica, POTTAGE, Alain & SHERMAN, Ben. **Figures of Invention: A História of Modern Patent Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

527 cf. Parte I.

528 Lei 9.456/1997.

vegetais criadas – e há um conflito com o TIRFAA e os direitos dos agricultores. Nesta complexa sobreposição, vários CT podem ser alvo de disputas.

5.4. Outros Instrumentos de Direito Privado

Aplicam-se as previsões do Código Civil referentes a direito de imagem, responsabilidade civil e direitos de personalidade a casos envolvendo CT. Argumentos fundados em privacidade e boa-fé objetiva também são plenamente possíveis. Os deveres dos empresários, das sociedades empresárias, seus administradores e empregados também dizem respeito à proteção de CT, ainda que indiretamente.

O abuso de direitos de propriedade intelectual também pode ensejar ilícitos contra a ordem econômica, que ensejam a possibilidade de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE). Pela lei em vigor, Lei 12.529/2011, o CADE teria inclusive a prerrogativa de recomendar aos órgãos públicos competentes que sejam emitidas licenças compulsórias em matéria de propriedade intelectual, quando a infração cometida pelo agente econômico estiver relacionada ao abuso deste direito (art. 38, IV, a). Isto poderia ser aplicado para patentes de biotecnologia, direitos autorais sobre ECTs e outras matérias atinentes a CT. Nestes casos, mesmo que fossem patentes e outros direitos licitamente conferidos pelo INPI, seu *exercício* pode também ser ilícito.

Empregar estas vias poderia ser uma boa solução em teoria, mas mostra-se politicamente complexa e absolutamente polêmica, de modo que, ao final de contas, é uma não-solução para os dilemas transnacionais.

5.5. Conclusão Parcial

A regulação jurídica dos CT no Brasil é ampla, mas ao mesmo tempo limitada. Enfoca a biodiversidade (Lei 13.123/2015, CGEN e CDB), mas está igualmente atrelada aos direitos dos povos indígenas e comunidades locais (CFRB, OIT 169, UNESCO). Direitos de imagem, propriedade industrial e direitos de autor, responsabilidade civil, patrimônio imaterial e direitos culturais coletivos fazem parte desse debate, embora sejam em geral esquecidos. A ausência de um regime *sui generis* para expressões culturais

tradicionais (ECT) contribui para a difícil aplicação. Mas nem tudo se explica pelas leis.

Existe acúmulo de conhecimento e prática entre institutos de pesquisa, empresas e comunidades tradicionais sobre bioprospecção, acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios. No entanto, foram vários os casos polêmicos registrados nos anos 1990 e 2000, e há tanto desânimo quanto ceticismo entre os atores. Os casos do Kampô e das erveiras do Ver-o-Peso dão uma dimensão da complexidade e dos tipos de imbrólios envolvidos.

Nesse contexto, a Lei 13.123/2015 prometeu desburocratizar e promover a pesquisa, mas limita os direitos dos povos tradicionais. As promessas de biotecnologia permanecem pouco efetivas; as violações a povos indígenas, quilombolas e demais populações continuam amplas e sistemáticas.

A maior parte dos casos no Brasil não aponta para estratégias de povos tradicionais centradas em reivindicar direitos de propriedade intelectual sobre seus CT. Envolve muito mais evitar e impedir o uso indevido, ilícito e sem autorização de suas práticas, conhecimentos e tecnologias. Expectativas quanto à esfera internacional são baixas.

Porém, experiências recentes são muitas, envolvendo organização em fóruns indígenas, ingresso em cadeias sustentáveis de produção, uso de redes sociais, livros e publicações indígenas, argumentos de propriedade intelectual e, em especial, protocolos comunitários. Nestes últimos pode estar a grande inovação da regulação jurídica dos últimos tempos.

6. PARA ALÉM DOS LIMITES:

A PROPRIEDADE INTELECTUAL INDÍGENA

“non-Native peoples must begin to recognize the contingency and peculiarity of their own concepts of property and the colonial foundations on which they are built. The abstraction, commodification, and separation of land from people's social lives and from the cultural forms in which we express meaning and value as human beings living in communities represent only a peculiar, partial, and limited way of dividing up the world. The range of Western beliefs that define intellectual and cultural property laws – that ideas can easily be separated from expressions, that expressions are the singular products of the individual minds of Romantic authors, that these expressive works can be abstracted from the meaningful worlds in which they figure or circulate as the signs of unique personality, that cultures have essences embodied in objects that represent unbroken traditions – are not universal values that express the full range of human possibility, but particular, interested fictions emergent from a history of colonialism that has disempowered many of the world's peoples. By listening seriously to claims of cultural appropriation in context and attending to the possibilities afforded by Aboriginal Title, we may better understand the properties of culture(s) and the politics of possessing identity in a contemporary world” (COOMBE, 1998, 436-7).

Como visto no capítulo anterior, o debate em torno dos CT diz respeito a questões profundas sobre as consequências e limites do direito. Rosemary Coombe aponta como princípios supostamente universais como autoria, arte, cultura e identidade operam em estruturas sistemáticas de dominação e exclusão⁵²⁹. Então, seguindo livremente a ideia de que é preciso transformar a política ocidental pela perspectiva indígena⁵³⁰⁵³¹, faço um exercício especulativo preliminar: colocar em xeque categorias tomadas até então como universais, tais como personalidade, sujeito de direito, política, autoria e autenticidade.

Grandes dicotomias como indivíduo/sociedade, corpo/alma, sujeito/objeto, público/privado precisam ser empregadas com cuidado, pois são limitadas ou inadequadas para contextos de povos tradicionais, sobretudo ameríndios. Robert Walker sustenta que a imaginação política ocidental é estruturada em torno da noção de soberania do estado-nação, responsável por uma separação entre o “dentro” [do estado-nação] e o “fora”⁵³². Por

529 “Only by situating these claims in this context can we understand how supposedly abstract, general, and (purportedly) universal principles (such as authorship, art, culture, and identity) may operate in systematic structures of domination and exclusion”. COOMBE, Rosemary, 1998, p. 231.

530 A intuição inspira-se em Lévi-Strauss. cf. SZTUTMAN, Renato. “**Sobre Lévi-Strauss e Filosofias Indígenas - Entrevista Com Renato Sztutman**”. Entrevista: Edson Tosta Matarezio Filho. Ponto Urbe, 16, 2015.

531 Com o cuidado de evitar generalizar a categoria “indígena”. As múltiplas experiências de povos tradicionais, como já se sustentou, têm em comum sua enorme multiplicidade e diversidade. Para os fins do exercício feito neste trabalho, o esforço comparativo consiste em ver o que há de comum. Este foi um debate importante para a antropologia americanista. Os primeiros estudos no Brasil Central, em especial entre povos Jê, foram orientados pelas etnografias africanistas anteriores (cf. Harvard Central Brazil Project), o que seria posteriormente criticado.

532 WALKER, Robert, **Inside/Outside: International Relations as Political Theory**. Cambridge:

isso, é limitada, pois não consegue ir além desta grande dicotomia insuperável. Com isso em mente, proponho uma compreensão de “propriedade intelectual indígena” - e não a propriedade intelectual *dos* indígenas – a partir dos Wajãpi. Ela possibilita uma subsequente mudança (radical) de perspectiva e lições para o debate mais geral sobre a propriedade intelectual.

6.1. Imagem, Personalidade, Sagrado

Fotografias foram utilizadas nas primeiras missões antropológicas e em diversos trabalhos de finalidade científica. Hoje, converteram-se em um instrumento etnográfico consolidado, empregado por diversos autores em todos os tipos de campo⁵³³. Seu uso, no jornalismo e nas artes, para dar visibilidade política e pública, tornando mais acessíveis certas questões, também é um debate em si, com inúmeros méritos⁵³⁴.

A imagem que abriu esta Parte II compõe parte da série Marcados, de autoria de Claudia Andujar. Ao longo da década de 1970 e 1980, a fotógrafa participou de uma série de viagens a tribos Yanomami acompanhando serviços de saúde⁵³⁵. As fotos eram originalmente um catálogo dos sobreviventes, mas se tornaram instrumento de denúncia contra o genocídio ao povo Yanomami e também seu trabalho mais famoso, exposto internacionalmente. Nem todas as experiências tiveram reverberação tão positiva. Por exemplo, Michael F. Brown descreve longamente as disputas em torno dos direitos de imagem das fotografias do Reverendo Henry R. Voth entre os índios Hopi no começo do século XX⁵³⁶.

Cambridge University Press, 1994.

533 Mesmo aqueles que negaram seu uso, como Lévi-Strauss, realizaram uma série de fotografias em suas experiências em campo. cf. VALENTINI, Luisa. **Um laboratório de antropologia: o encontro entre Mário de Andrade, Dina Dreyfus e Claude Lévi-Strauss (1935-1938)**. 2010. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

534 Em um argumento célebre, a reação às consequências da Primeira Guerra, primeiro, e ao genocídio nazista, depois, foi exponenciada pela divulgação inédita de fotografias, o que deu aos conflitos uma materialidade e exposição até então impossíveis. Estas questões estiveram no centro das preocupações com a indústria cultural, o papel da imagem e a estética nos autores da primeira geração da Escola de Frankfurt, em especial Theodor Adorno e Walter Benjamin.

535 Os Yanomami, moradores de territórios no atual estado de Roraima, norte do Amazonas e sul da Venezuela, foram historicamente um povo que preferiu evitar o contato com os colonizadores. Também se tornaram amplamente conhecidos no exterior pelo trabalho bastante problemático de CHAGNON, Napoleon. **Yanomamö: The Fierce People**. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1968. Chagnon foi criticado por seus métodos e atuação questionável, além da formulação do argumento de que os Yanomami seriam “naturalmente” violentos, o que justificaría seu isolamento.

536 BROWN, Michael F. **Who Owns Native Culture**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

Além dos aspectos éticos de fotografias, elas envolvem direitos de autor e direitos de imagem. Reconhece-se que há um direito de propriedade sobre sua própria imagem, atrelando-o aos direitos de personalidade, dentre os quais a intimidade e a privacidade⁵³⁷. Isto impõe limites jurídicos a fotografias. Aplicado a povos tradicionais, o problema tem consequências específicas. Os fins de interesse público – desenvolvimento da ciência, visibilidade política, etc. - justificam o uso sem autorização de imagens de indivíduos, cerimônias, espaços e práticas de comunidades tradicionais? Por outro lado, impedir fotografias com base na lógica proprietária e fixa dos direitos de imagem não traz também consequências?

Daniel Wüger traz o caso de fotografias de uma dança cerimonial no Pueblo de Santo Domingo, publicadas no jornal *The Santa Fe Ne Mexican*. A lei norte-americana de *copyrights* protege “coreografias”, mas a decisão judicial indevidamente a excluiu do âmbito de proteção, pois não seria uma “coreografia” fixa nem haveria autor identificável⁵³⁸. Na verdade, a autoria neste caso é coletiva e sua variabilidade não retira seu caráter de “coreografia”, pois não é espontânea – muito pelo contrário, segue uma série de regras sociais e culturais⁵³⁹.

No entanto, Wüger lembra que a demanda também usou argumentos de invasão de propriedade (*trespassing*), violação da proibição de fotografias no Pueblo e invasão de privacidade⁵⁴⁰. Estes sim foram eficazes, embora insuficientes para reparar o dano já causado. Como aponta Scafidi (2001, p. 830): os membros do Pueblo se consideraram “nothing more than commercial entertainment for the white man”.

Entre os Kinsêdjê do Brasil Central⁵⁴¹, Marcela Stockler Coelho de Souza descreve um complexo imbróglgio na filmagem de uma propaganda de sandálias da Grendene, envolvendo um contrato de cessão de direitos⁵⁴². A autora aponta duas formas distintas de criatividade, apropriativa (típica à propriedade intelectual) e distribuída (a dos Kinsêdjê). Esta última tem como enfoque as relações entre pessoas, e não a apropriação de

537 Cf. 5.

538 WÜGER, 2004, p. 186.

539 Cf. 6.5.2.

540 WÜGER, Daniel. **Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Law**, in: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 183-206.

541 Antes conhecidos como Suyá.

542 COELHO DE SOUZA, Marcela Stockler. **A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê**. Revista de Antropologia, n. 55. São Paulo: USP. 2012.

determinada criação intelectual. Por desentendimentos e compreensões equivocadas sobre o que estava sendo negociado, o resultado acabou por violar os interesses e o que concordaram os Kinsêdjê⁵⁴³.

Para diversos povos ameríndios, a morte representa um rompimento total⁵⁴⁴. Não se fala sequer o nome dos antepassados⁵⁴⁵. A memória da família pode estar com os inimigos⁵⁴⁶. Também o aprisionamento de uma pessoa viva em uma fotografia pode ser perigoso. Conclui-se que imagens não são neutras e trazem consequências que precisam ser antevistas e discutidas.

Para casos como estes, indenização e reparação não bastam. Não se trata apenas do resguardo de sua imagem perante a “sociedade”, tampouco de privacidade e intimidade no sentido ocidental – embora os povos tradicionais também tenham estas proteções jurídicas garantidas. Daí que a categoria mais relevante não é a contraposição indivíduo/sociedade, mas sagrado/profano, que é um debate forte nas discussões de CT⁵⁴⁷.

Há conhecimentos que podem circular – talvez livremente, mas no mais das vezes sob regras e procedimentos muito específicos – e aqueles que apresentam uma difusão controlada ou bastante restrita, que se pode sintetizar pela ideia de “conhecimento sagrado”⁵⁴⁸. Esta é, enfim, uma matéria de direitos costumeiros⁵⁴⁹, e não do direito da propriedade intelectual ocidental⁵⁵⁰.

543 Possivelmente, o caso tornar-se-ia ainda mais delicado após levar em conta as considerações da etnografia de Anthony Seeger, que relata o papel e o especial envolvimento dos Kinsêdjê em práticas de canto – que, no entanto, não se distanciam da fala, da política, de outros elementos da vida social como um todo. SEEGER, Anthony. **Por que Cantam os Kisêdjê? Uma Antropologia Musical de um Povo Amazônico**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2004].

544 Manuela Carneiro da Cunha, em *Os Mortos e os Outros*, vale-se justamente da oposição às etnografias africanistas para apontar que, ao contrário de uma continuidade entre vivos e mortos nos Krahô do Brasil Central (tal qual em sociedades africanas), opera-se uma distinção radical, e os mortos são justamente os que fazem consanguíneos a fins. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Mortos e os Outros: Uma Análise do Sistema Funerário e da Noção de Pessoa entre os Índios Krahó**. São Paulo: Hucitec, 1978.

545 Peter Gow lembra, por exemplo, que os Piro têm apenas uma palavra para os mais velhos, que pouco a pouco têm de ser esquecidos. GOW, 2014.

546 É o caso dos Achuar. TAYLOR, Anne Christine. **L’Oubli des morts et la memoire des meurtres. Experiences de l’Histoire chez les Jivaro**. Terrain, 28, 1997, p 83-96.

547 Cf., STRATHERN; HIRSCH, 2006.

548 O critério é e deve ser determinado pela própria comunidade detentora, em atenção ao que prevê a CDB e a OIT 169. Nesse sentido, se algum observador, cientista ou contato externo tem acesso a algum conhecimento sagrado por alguma razão específica, ele não poderá utilizá-lo como se conhecimento acessível fosse.

549 TOBIN, Brendan. **Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters**. London: Routledge, 2014.

550 Embora, como lembre Margaret Miles, a distinção essencial do direito romano para os crimes contra o patrimônio não fosse público (peculatum) e privado (furtum), mas sagrado (sacrilegium) e profano (em que peculatum e furtum estariam). MILES, Margaret. M. **Art as Plunder: The Ancient Origins of Debate about Cultural Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Se esta noção fosse transposta para o tema hoje, talvez não se trataria de uma retomada religiosa no direito moderno, mas sua atualização

Há uma diferença importante entre o saber que envolve o uso medicinal de uma planta e o mesmo uso dentro de uma celebração específica xamânica, por exemplo. No primeiro caso, a transformação do saber em parte integrante do que pode se tornar um produto industrializável é possível; no segundo, é desrespeito às práticas tradicionais de forma que vai muito além do mero descontentamento. O caso dos indígenas Kinsêdje, em relação à Grendene e sua propaganda, demonstra bem os possíveis efeitos de um uso injustificado e mal pensado em termos de respeito ao conhecimento sagrado.

Como lidar com questões complexas de autoria, autoridade, imagem e personalidade? Michael F. Brown sugere que respostas peremptórias não serão bem-sucedidas, e propõe que sejam formuladas alternativas negociadas, já que a tentativa de proteger no máximo pode significar não proteger nada⁵⁵¹. Estes agenciamentos necessários podem levar a resultados muito diferentes.

Um bom exemplo ocorreu na Austrália. Em 2009, a Screen Australia, agência governamental de fomento à indústria cinematográfica, encarregou Terri Janke, advogada e ativista de direitos intelectuais indígenas, de realizar um guia-protocolo para o envolvimento e consulta de povos indígenas sobre o uso de suas histórias e crenças culturais em filmes⁵⁵².

Diante de tanta complexidade, concluo com a menção à epígrafe de um livro. Pode parecer pouco, mas é também muito. Eventualmente, é o que pode fazer toda a diferença:

“We acknowledge and celebrate the First Australians on whose traditional lands we meet, and pay our respects to their elders past and present.

We recognise that to some Aboriginal, Torres Strait Islander and Indigenous communities, it is distressing to discuss the names and images of people who have died. We would like to advise this publication tells stories and histories of a number of deceased Indigenous persons” (RIMMER, Matthew (org.), 2015).

para contextos políticos plurais.

551 BROWN, Michael F. **Who Owns Native Culture**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

552 JANKE, Terri. **Avatar Dreaming: Indigenous Cultural Protocols and Making Films Using Indigenous Content**. In: RIMMER, Matthew (org.). *Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*. London: Edward Elgar, 2015, p. 178. A demanda foi resposta a reclamações envolvendo apropriação e representação inadequada de elementos aborígenes no cinema nacional.

6.2. Sujeito de Direito, Personalidade Jurídica

O antropólogo Marcel Mauss, em 1938, questionou de modo pioneiro o caráter supostamente universal e natural da noção de pessoa:

[L]'idée de « personne », l'idée du « moi ». Tout le monde la trouve naturelle, précise au fond de sa conscience, tout équipée au fond de la morale qui s'en déduit. Il s'agit de substituer à cette naïve vue de son histoire, et de son actuelle valeur une vue plus précise⁵⁵³.

Mauss mostra que a noção de pessoa desdobrou-se lentamente, por meio de seu enraizamento social, em uma categoria jurídica, moral e lógica⁵⁵⁴.

QUADRO 5 – CONCEITO DE PESSOA

“Ocidentais”	Ameríndios
Forma eternamente estável	Forma flutuante
Produto da matéria	Produto do espírito
Inato	Construído
Universal	Particular
Positivo	Relativo

Fonte: VIVEIROS DE CASTRO; TAYLOR, 2006

Nas sociedades ameríndias, a pessoa é inconstante⁵⁵⁵ e fractal⁵⁵⁶. É constantemente formada e reformada por substâncias⁵⁵⁷. É do âmbito do feito, e não do fato: a pessoa é fabricada. Nesse sentido, corpo/alma é uma distinção no mínimo problemática, pois não há uma pessoa em abstrato, separada de seu corpo⁵⁵⁸. Por isso, a

553 MAUSS, Marcel. **Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne celle de “moi”**. Londres: Journal of the Royal Anthropological Institute, vol. LXVIII, 1938 (Huxley Memorial Lecture, 1938).

554 GOLDMAN, Marcio. **Uma Categoria do Pensamento Antropológico: A Noção de Pessoa**. Revista de Antropologia, Universidade de São Paulo, v. 39, n. 1, 1996.

555 SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A Construção da Pessoa nas Sociedades Indígenas Brasileiras**. Boletim do Museu Nacional, Série Antropologia, n. 32, 1979, p. 2-19. Os autores defenderam a não importação das categorias aplicadas a sociedades africanas (típicas da antropologia social britânica ao longo do século XX), para as sociedades ameríndias.

556 GONGORA, Majoi F. **Aama ashichaato, replicações, transformações, pessoas e cantos entre os Ye'kwana do rio Auaris**. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade de São Paulo, 2016.

557 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo; TAYLOR, Anne-Christine. **Un Corps fait de Regards**. In: BRETON, Stéphane; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo; TAYLOR, Anne-Christine. *Qu'est-ce qu'un corps*. Paris: Musée du Quai Branly, 2006. p. 148-199.

558 cf. VIVEIROS DE CASTRO E. **Esboço de cosmologia yawalapiti**, in: *A inconstância da alma selvagem - e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2010; BARCELOS NETO, Aristóteles. **Apapaatai. Rituais de máscaras no Alto Xingu**. São Paulo: EDUSP, 2008.

condição humana é instável⁵⁵⁹. Pessoas têm duplos⁵⁶⁰, por vezes muitos deles⁵⁶¹.

De sua parte, as sociedades ameríndias são redes de relações sociais/socialidades concebidas em termos de grupos de diversas e infinitesimais substâncias, tanto humanas quanto não-humanas⁵⁶². Ou, na verdade, humanas, sobre-humanas, desumanas⁵⁶³. A coletividade não é permanente, mas mutável e dinâmica. Em resumo, não poderiam estar mais distantes do indivíduo abstrato ocidental. Nesse sentido, Dominique Gallois afirma:

“a produção de objetos culturais é indissociável da produção de sujeitos sociais. Temos práticas tradicionais configurando sujeitos novos, práticas novas fazendo re-emergir sujeitos tradicionais, enfim, uma intrincada rede de possibilidades, que não pode ser abordada, jamais, a partir de uma simples oposição entre o “tradicional” e o “novo”.” (GALLOIS, 2007, p. 99).

No direito ocidental, o movimento histórico foi inverso. Tornou o poder político um ente abstrato, a figura do Estado, algo inconcebível para as formas ameríndias de política⁵⁶⁴. Criou sujeitos de direito e a noção de personalidade jurídica – esta última, uma pessoa fictícia, *como se* pessoa “natural” fosse. Existem somente para o direito, mas são incorporadas nas práticas ocidentais de vida e nas mentes de seus membros, tornando-as efetivamente reais para o mundo ocidental.

Estas soluções permitiram criar novos centros de imputação patrimonial e de relações jurídicas, uma invenção essencial para o desenvolvimento do mundo moderno, tanto político quanto econômico. Possibilitaram a construção de mercados e até

559 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Floresta de Cristal: Notas sobre a Ontologia dos Espíritos Amazônicos**. Cadernos de Campo, vol. 14-15, 2006, p. 319-338.

560 “Duplo” é uma das expressões mais encontradas na literatura etnográfica contemporânea; em etnografias mais antigas, encontra-se justamente a palavra “alma”, considerada excessivamente atrelada a uma concepção ocidental e cristã de existência, daí que tenha sido abandonada.

561 Cf ainda: GALLOIS, Dominique. **O movimento na cosmologia waiãpi: criação, expansão e transformação do universo**. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade de São Paulo, 1988; CARNEIRO DA CUNHA, 1978; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Araweté: Os Deuses Canibais**. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Museu Nacional, UFRJ, 1986; CESARINO, Pedro de Niemeyer. **Oniska: Poética do Xamanismo na Amazônia**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

562 Eduardo Viveiros de Castro toma por base a descrição de Davi Kopenawa a Bruce Albert sobre os espíritos Yanomami da floresta, os xapiripë, para refletir sobre uma ontologia dos espíritos amazônicos, marcada não pelo [classe ou gênero de] Ser, mas pelo Devir. Partindo de outros trabalhos etnográficos ameríndios, o autor propõe que os “espíritos” são “síntese disjuntiva entre o humano e não-humano”. Isso quer dizer que para os povos ameríndios a própria condição humana é instável. VIVEIRO DE CASTRO, 2006.

563 APARICIO, Miguel. 2008. **La condicion heterotopica de los espíritus**. In: _____, *Cosmopolítica y transformaciones Suruwaha*. Univ Politécnica Salesiana, Abya Yala, 2015, p.122-143.

564 CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2010. [1973]; SZTUTMAN, Renato. **O Profeta e o Principal: A Ação Política Ameríndia e seus Personagens**, São Paulo: EDUSP, 2012.

mercadorias fictícias⁵⁶⁵. Deram base à revolução filosófico-jurídica dos direitos humanos no século XX e, de certa forma, compõem os fundamentos do pensamento jurídico atual.

O conflito é evidente. Entretanto, haveria pontos de diálogo?

Nem todo sujeito de direito tem personalidade jurídica⁵⁶⁶. É possível reconhecer direitos mesmo para entes que não sejam formalmente pessoas⁵⁶⁷. Também se ampliou nas últimas décadas, de modo considerável, quais são e podem ser os titulares de direitos e deveres⁵⁶⁸, que passam a incluir coletividades, grupos homogêneos e difusos. Direitos humanos de “terceira dimensão”, a saber, culturais e ambientais, trazem conceitos comunitários para além do indivíduo/sociedade. Povos indígenas entram nesta reflexão.

Isto é ao mesmo tempo motivo de descontentamento para a dogmática tradicional e abertura para a emergência de novos temas no direito, dentre os quais se pode destacar a ideia de “commons”. Por exemplo, em março de 2017, decisão inédita na Nova Zelândia/Aotearoa reconheceu um rio como sujeito de direito e, logo depois, uma corte indiana conferiu aos rios Ganges e Yamuna o status de “seres vivos”.

Estes casos podem ser lidos como submissão à lógica do direito ocidental, ou seja, tentativa de fazer um encaixe politicamente inadequado e tecnicamente impreciso de conceitos ocidentais a fenômenos indígenas. Tornaria, ademais, o caráter sagrado de um determinado lugar em uma questão técnico-jurídica, o que despolarizaria a questão e exigiria um alargamento excessivo das categorias “sujeito de direito” e “ser vivo”⁵⁶⁹.

565 POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000

566 TOMASETTI JR., Alcides. **A Parte Contratual**. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum*, São Paulo: Malheiros, 2011

567 No Brasil, para dar um exemplo, este é o caso de sociedades empresárias sem registro (não-personificadas) e mesmo sociedades que não podem adquirir personalidade jurídica (sociedades em conta de participação).

568 Nesse sentido, este é um processo que ecoa o debate mais geral sobre direitos humanos. Fábio Konder Comparato usa a expressão “a afirmação histórica dos direitos humanos” para analisar a criação e legitimação dos vários direitos humanos ao longo da história, mesmo antes de sua nomeação como tais. Se tal visão parece linear à princípio, é na verdade fundada em uma perspectiva materialista, pois o curso da afirmação de direitos é fruto não de uma evolução natural, mas de luta social e política de diversos atores: os “grandes” e os desconhecidos, os ricos e os depauperados. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10a ed, São Paulo: Saraiva, 2015. cf também: HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

569 Com efeito, esta dualidade entre declaração de direitos e efetividade comporta perigos. Por exemplo, sobre o constitucionalismo latinoamericano, que teria focado enunciar direitos, mas mantido as estruturas políticas que dão continuidade a seu histórico de exclusão, cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Alternativamente, as inovações jurídicas são entendidas como a subversão da noção puramente liberal de direitos e sujeitos de direito. Ao ampliar os sentidos do que pode constar de um texto constitucional, do que e quem pode ser titular de direitos, do que e quem pode ser considerado sujeito de direito e ser vivo, tais experiências reformulam as noções de direitos, que passam a conviver com concepções pluralistas, coletivas e nem sempre apenas humanas.

Esta segunda posição leva ao argumento seguinte. Uma vez que povos indígenas e tradicionais questionam a noção individualizada e individualista do sujeito transcendental⁵⁷⁰, eles são em geral caracterizados como se fossem todos marcados pela inexistência de propriedade privada, espécie de protoanarquia coletivista em que todos compartilhariam livre e igualmente todas as posses da comunidade⁵⁷¹. Algo próximo do que se costuma entender como o estado de natureza rousseauiano⁵⁷².

A consequência lógica é o reconhecimento de direitos à coletividade e não mais a indivíduos: terras comunais de todo o povo indígena, conhecimentos de todo o povo. Ou seja, “se não é individual, tem de ser coletivo”. A propriedade privada poderia ser simplesmente convertida em propriedade estatal. Nesta chave, os problemas de adaptação à teoria jurídica convencional seriam de fácil resolução, na medida em que apenas se teria de substituir o direito *subjetivo* pelo respectivo direito de uma *comunidade*⁵⁷³.

Mas isto é manter a dicotomia indivíduo/sociedade sem conseguir conceber outras alternativas mais próximas às formas assumidas por povos ameríndios e outros no mundo. Em “Gênero da Dádiva”, de 1988, Marilyn Strathern apontou que o debate colocado na dicotomia indivíduo/coletivo toma como pressuposto natural a tensão indivíduo/sociedade, embora seja esta apenas *uma* dentre várias formas possíveis de conceber o problema. Não seria adequado, segundo a autora, objetivar descrever os

570 KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1999.

571 Bronislaw Malinowski, ainda em 1922, já havia criticado a afirmação puramente especulativa – porque sem lastro empírico – do “comunismo primitivo”, tornado célebre especialmente por Morgan e seu leitor mais famoso: Friedrich Engels. Para estes, os povos indígenas representariam um modelo de harmonia com a natureza e de igualdade absoluta entre os membros de suas comunidades. MALINOWSKI, 2003 [1922].

572 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

573 A teoria da personalidade jurídica conseguiria, de certa forma, resolver a questão, pois possibilitou ao longo da história do direito ocidental – acompanhada do movimento do capitalismo e de formação do Estado-Nação – a criação de um centro de imputações de direitos e deveres autônomo, artificial, puramente jurídico: seja a sociedade empresária, seja o Estado Nação. Agora ampliada, se pensaria na personalidade jurídica do povo indígena ou, no mínimo, em conceito correlato.

melanésios nos termos da noção de “sociedade”; afinal, na Melanésia, indivíduos⁵⁷⁴ ora apresentam-se como representantes da totalidade, ora como sujeitos únicos, e são mais bem descritos sob a ideia de “divíduos”.

Esta a razão pela qual a autora usa a expressão “socialidade” para evitar “sociedade”⁵⁷⁵. Mais do que mera mudança terminológica, a escolha está relacionada com a crítica à própria noção de sociedade, que, para a autora, é desdobramento do domínio de sua noção correleta (e euramericana) de indivíduo⁵⁷⁶. As considerações são úteis para as Américas: por exemplo, Pedro Cesarino explora a ideia para trazer ao contexto dos Marubo da Amazônia brasileira, para quem a noção de pessoa implica o reconhecimento de sua multiplicidade, de seus “duplos”⁵⁷⁷.

No direito euramericano, não é preciso substituir os conceitos de “sujeito” e “sociedade” pelos de “divíduos” e “socialidade”, mas se pode destrinchar melhor em que sentido o conceito euramericano de sujeito de direito pode ser inadequado a povos tradicionais.

6.3. Política Ameríndia e Política dos Brancos: Associações e Protocolos

“Agyvo tã age'e jaiko japosiko karai roviã gwerã kô reve ky'y”⁵⁷⁸

Em “Festa e Guerra”, Beatriz Perrone-Moisés desenvolve a tese clássica de Pierre Clastres sobre as sociedades *contra* o Estado⁵⁷⁹. A autora propõe que as sociedades ameríndias organizam-se entre a guerra e a festa⁵⁸⁰. A vida social estaria situada então no

574 Roy Wagner, com “A Pessoa Fractal”, demonstrara antes como conceber a pessoa como sinônimo de indivíduo (isto é, aquilo que não pode ser mais dividido) é bastante problemático na Melanésia. WAGNER, Roy. **The Fractal Person**. In: STRATHERN, Marilyn Strathern; GODELIER, Maurice (org.). *Big Men and Great Men: Personifications of Power in Melanesia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

575 STRATHERN, Marilyn. **O Gênero da Dádiva – Problemas com as Mulheres e Problemas com a Sociedade na Melanésia**. Campinas: UNICAMP, 2006 [1988].

576 Strathern argumenta que uma frase célebre de Margaret Thatcher sintetiza os riscos do conceito de sociedade, cuja dissolução correspondeu à hegemonia do indivíduo e do individualismo como horizonte político e como pressuposto metodológico: “*There is no such thing as society, there are only individuals and families*”. STRATHERN, Marilyn. **O Conceito de Sociedade é Teoricamente Obsoleto**. In: _____, *O Efeito Etnográfico e Outros Ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

577 CESARINO, 2011.

578 “É desse jeito que nós, governo e Wajãpi, vamos trabalhar agora”. WAJÃPI, **Wajãpi kô omôsâtamy wayvu oposikoa romô ma'ê. (Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi)**, 2014.

579 Clastres apontou que as sociedades ameríndias não são sociedades *sem* Estado, incapazes de ter criado a forma Estado. Seriam na verdade sociedade *contra* o Estado, estruturadas de tal forma que impedem a centralização do poder político. Um desses desdobramentos é o chefe sem poder. CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

580 PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Festa e Guerra**. Tese de Livre Docência: Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2016.

entre: não exatamente no meio nem em nenhum dos polos exclusivamente⁵⁸¹.

Ora em estado de guerra, predisposição à divisão/cisão, ora em estado de festa, com criação e agrupamento, sociedades ameríndias são organizadas de tal forma que impedem a centralização política sob a forma estatal. Portanto, a forma de *política* ameríndia não se baseia nos ideais de *polis* e *agora* e não concebe a possibilidade de um princípio democrático-majoritário. Em seu lugar, tem-se ou o consenso, ou a cisão do grupo social⁵⁸².

Paradoxalmente, vários grupos ameríndios no Brasil passaram a contar com um chefe “político”⁵⁸³, aquele feito para dialogar com os brancos, negociar, proferir discursos e, quiçá até, pretender a representação do grupo em certos momentos. Este chefe “político” (para os brancos) não se confunde em muitos casos com o chefe xamânico, aquele do sentido da política ameríndia.

O chefe não é aquele que detém o poder coercitivo, mas o que consegue agregar um grupo. Como aponta Renato Sztutman, a política ameríndia justamente consiste nessa arte de compor associações e de criar coletivos⁵⁸⁴. Portanto, o sociopolítico é *resultado*, e não pressuposto, não é algo já dado. Há sempre diferentes coletivos que só são entendidos em relação.

Hoje, muitos dos povos indígenas têm sua representação política (ocidental) disputada por diversos grupos e indivíduos, tais como associações e cooperativas, com e sem personalidade jurídica formal⁵⁸⁵, pois todos postulam algum fundamento normativo de legitimidade. Nesse quadro, afinal, quem consultar? Como acessar CT?

À princípio, a vida política ameríndia estaria fadada a ser progressivamente substituída pela ocidental. No entanto, entre os Yanomami da Venezuela, José Kelly

581 A autora remetendo a mais um dualismo em perpétuo desequilíbrio de que tratara Lévi-Strauss. Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **A História de Lince**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. Não haveria síntese nem contradição. Contrariamente, portanto, à tríade indoamericana epitomizada pela dialética hegeliana (tese, antítese e síntese). A contrariedade no dualismo implica a complementaridade entre os polos, em um processo de permanente criação de novos dualismos.

582 Uma vez ocorrida a cisão, o grupo será subdividido em novos grupos, novas aldeias.

583 “Político” no “português dos índios”, fazendo referência à categoria política [dos brancos]. Não mais o sentido ameríndio de política, mas a “nossa política”, isto é, a política do pensamento ocidental. PERRONE-Moisés, 2016.

584 SZTUTMAN, 2012.

585 Somam-se e contrapõem-se associações indígenas, cooperativas de trabalho – muitas das quais assumindo posteriormente outras finalidades –, indivíduos nomeados em órgãos estatais (como FUNAI, CGEN, MMA), fóruns indígenas, entre outros.

chama atenção para um ponto central⁵⁸⁶. No argumento de muitos antropólogos, a fala wayamuu, uma espécie de “fala de chefe”, tem desaparecido⁵⁸⁷. Kelly suscita um contraponto essencial a partir de sua experiência etnográfica em assembleia indígena entre os Yanomami da Venezuela e os do Brasil.

Durante o dia, os debates travados entre as lideranças jovens seguiam o modelo da fala e da representação política “dos brancos”. O objetivo era o compartilhamento e aprendizado das formas de mobilização política, reivindicação de direitos e estratégias de ação. Durante a noite, os velhos Yanomami, uma vez recolhidos em suas redes, dialogam por meio do wayamuu, o mesmo que supostamente estava “em extinção”. Portanto, as falas wayamuu foram atualizadas e apropriadas para novos contextos, e tão importante quanto o debate à luz do dia, portanto, é a discussão wayamuu noturna. Como sintetiza Kelly, quando cessa a luz do dia, a política torna-se poética⁵⁸⁸.

Este é o mesmo tipo de importância encontrado nas etnografias contemporâneas sobre o papel das mulheres em deliberações e assembleias de povos Jê. À princípio, às mulheres seria legado um papel de exclusão da vida política, mas na verdade têm uma participação central, embora não explícita. É na vida doméstica, nas conversas informais noturnas, que se consolidam os argumentos e as opiniões das famílias. Em muitos casos, a participação do homem na assembleia não é mais do que a representação da decisão doméstica feminina⁵⁸⁹.

Velhos, mulheres, crianças e, de certa forma, até não-humanos. Todos pertencem ao processo deliberativo nas sociedades ameríndias. Todos deliberam, portanto. Não é fácil conseguir reconhecer esta alternativa tão distante do mundo político moderno. A filósofa Isabelle Stengers cunha o conceito de cosmopolítica para prever uma abertura

586 KELLY LUCIANI, José Antonio. **On Yanomami Ceremonial Dialogues: A Political Aesthetic of Metaphorical Agency**. *Journal de la Société des Américanistes*, vol. 103, n. 1, 2017, p. 179-214.

587 O tema das falas políticas ameríndias é um capítulo à parte. Desde Pierre Clastres, sabe-se que o chefe ameríndio tem poder, mas não manda – seu poder não é coercitivo. As “falas do chefe” têm uma importância central e aproximam-se mais da poética do que da política no sentido ocidental. Por exemplo, Laura Graham aponta que, no caso dos Xavante de Pimentel Barbosa, a fala do chefe Warudi *cria realidades* e, portanto, o próprio senso de coletividade Xavante. GRAHAM, Laura. **Performing Dreams – Discourses of Immortality among the Xavante of Central Brasil**. Austin: University of Texas Press, 1995. E mesmo aqueles que são chefes ameríndios e para os brancos, como Davi Kopenawa Yanomami, uma das maiores lideranças indígenas no mundo, têm falas distintas para os demais Yanomami e para o homem branco. cf. ALBERT, Bruce & KOPENAWA, Davi. **A Queda do Céu: Palavras de um Xamã Yanomami**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

588 KELLY LUCIANI, José Antonio. **Aprendendo sobre os Diálogos Cerimoniais Yanomami**. *Species, Revista de Antropologia Especulativa*, n. 1, nov. 2015, p. 45-64.

589 cf., por exemplo, SIMONIAN, Li gia T. L. **Mulheres enquanto Políticas: desafios, possibilidades e experiências entre as indígenas** *Papers do NAEA (Nu cleo de Altos Estudos Amazônicos)*, n° 254, 2009.

para o debate que implica estar pronto para debater até mesmo com o que é, aos olhos ocidentais, desconhecido: a “natureza”, os não-humanos, agentes de outros mundos⁵⁹⁰.

Este tipo de configuração sociopolítica, demonstrado pela etnografia, evidencia o quão importante é resguardar este tipo de organização no momento do consentimento prévio, livre e informado (CPLI), que não pode ser meramente substituído pela tecnicidade da representação política democrático-majoritária ocidental. Um dos principais problemas está nos casos de supostos “consentimentos” realizados por meio de indivíduos específicos em nome da coletividade. Esta foi a questão de outro caso muito conhecido, dos Krahô e seu contrato com a UNIFESP⁵⁹¹. A noção ganha em complexidade, é claro, porque a própria definição do que seja coletividade e dos limites dos grupos sociais não é evidente.

A sutileza etnológica permite demonstrar por que, então, um chefe *político* indígena, mesmo que assim reconhecido, não deva ser tratado por si só como o “representante” – nem legítimo nem legal – de seu povo. Empresas, governo e institutos de pesquisa precisam levar todos estes elementos em consideração ao abordarem comunidades tradicionais, e assim evitar as experiências mal-sucedidas reportadas.

Mais recentemente, no Brasil, várias experiências recentes enfocaram protocolos comunitários para as formas de interação e CPLI, que constituem saídas mais negociadas e bem adaptadas a cada caso⁵⁹². A grande maioria é destinada a consultas em questões territoriais e ambientais. Uma série de comunidades, vilas e associações também conta com protocolos voltados ao turismo, tanto para os turistas quanto para os próprios moradores e terceiros. Alguns dos mais famosos são: (i) Arquipélago do Bailique, no Amapá; (ii) Iratapuru, no Amapá; (iii) Wajãpi, no Amapá, (iv) Munduruku, no Pará e (v) Oriximiná, no Pará.

590 STENGERS, Isabelle. **La proposition cosmopolitique**. In: LOLIVE, Jacques & SOUBEYRAN, Olivier (eds.). *L'émergence des cosmopolitiques*. Paris: La Découverte, 2007, p. 45-68. STENGERS, Isabelle. **No Tempo das Catástrofes**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2009].

591 O caso mostra o quão complexo é o problema. Neste caso, pesquisadores da UNIFESP realizaram o consentimento de índios Krahô para o acesso de seus CTA [conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos]. Foi firmado um contrato e a pesquisa científica ligada à Faculdade de Medicina foi iniciada. No entanto, índios Krahô de outras aldeias não consultadas contestaram a validade do contrato celebrado. KISHI, Sandra. **Consentimento Prévio Informado no Brasil**. In: KLEBA; KISHI, 2009; BEAS, 2013.

592 A Lei de Biodiversidade brasileira, (Lei 13.123/2015), reconhece os protocolos comunitários como forma de obtenção do CPLI, ao lado de “usos” e “costumes”, outra abertura ao direito costumeiro. O art. 2º, inciso VI prevê: “VI - consentimento prévio informado - consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional **segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários;**”.

Como sintetizam Shrumm & Jonas, os protocolos comunitários “bioculturais” devem estar relacionados com os quadros normativos nacionais e internacionais ligados aos direitos dos povos indígenas⁵⁹³. Na prática, é exatamente disso que se trata. Para a organização não-governamental Grupo de Trabalho Amazônico (GTA), o assessoramento das comunidades no arquipélago do Bailique, no Amapá na construção de seus protocolos comunitários:

[v]isa empoderar as comunidades para dialogar com qualquer agente externo, trabalhando questões sobre conservação da biodiversidade, uso sustentável de recursos e repartição de benefícios. (GRUPO DE TRABALHO AMAZÔNICO, 2014)

Por enfocarem sobretudo aspectos procedimentais, e não substantivos, os protocolos criam pontos de convergência e aproximação entre direito costumeiro e direito estatal. O consentimento passa a depender do cumprimento dos requisitos do protocolo.

Os protocolos preveem uma série de procedimentos, incluindo o local das discussões, quem deve ser convocado, quem tem direito a participar dos debates – inclusive crianças –, se haverá ou não votação no caso de não haver consenso, entre outros. Este é o caso, por exemplo, do Protocolo de Consulta Wajãpi.

Alguns dos protocolos, no entanto, podem ter sua eficácia minorada pelo fato de que replicam outras experiências e por terem sido feitos por empresas⁵⁹⁴⁵⁹⁵. Em sua forma mais interessante, os protocolos comunitários convergem política ameríndia e política ocidental: são contra o Estado, mas também *no e pelo* Estado. O pluralismo jurídico torna-se menos a oposição ao direito estatal e mais sua reconfiguração pluralista.

Com este último exemplo em mente, e feitas as considerações acerca dos limites das categorias jurídicas, chega-se à “propriedade intelectual indígena”, com muitas aspas.

6.4. Propriedade Intelectual Indígena

“Propriedade Intelectual dos padrões kusiwarã
Nós Wajãpi do Amapá conhecemos e transmitimos nossos padrões gráficos. Essa

593 SHRUMM H. ; JONAS, J. **Biocultural Community Protocols: A Toolkit for Community Facilitators**. Cape Town: Natural Justice, 2012.

594 Entrevista realizada com Eliane Moreira em abril de 2017.

595 Problema similar ocorreu com os Planos Diretores urbanos ao redor do país.

herança não é de uma só pessoa, é de todos os Wajãpi que vivem nessa região, na TI⁵⁹⁶ Wajãpi.

Isso não quer dizer que somos donos dos padrões, mas que pegamos eles para usarmos na pintura corporal. Pelo nosso conhecimento, desde os tempos de origem e até hoje, os padrões kusiwarã são as marcas de jiboia, sucuri, borboleta, surubim, passarinhos e de muitos outros seres. E, por isso, esses desenhos são deles, nós só imitamos nos nossos corpos.

É a mesma coisa com as festas que fazemos e com os cantos que sabemos até hoje. Nós não somos donos, os cantos não são nossos; eles são de pacu, de surubim, de borboleta e de outros. Aprendemos e pegamos para nós para usar, sempre na época de caxiri.

Por isso, a pessoa que sabe bem desenhar um padrão kusiwa e sabe bem fazer festa e cantar, não usa um conhecimento que é dele, mas usa uma herança que é de todos os Wajãpi. Isso, os não-índios devem entender e conhecer bem antes de fazer alguma coisa com os nossos padrões kusiwarã e com os outros conhecimentos dos Wajãpi.

Uma pessoa sozinha não autoriza ninguém. Precisa divulgar para todos o que uma pessoa interessada quer fazer com nossas imagens, pinturas, remédios, e tudo que conhecemos.

Quando os não-índios querem fazer alguns trabalhos sobre esses conhecimentos, primeiro tem que solicitar autorização para os Wajãpi. Tem de explicar qual é o objetivo do trabalho. Depois de entender tudo isso, aí nós vamos avaliar se nos interessa dar a autorização para aquela pessoa. Os pesquisadores também têm de pedir autorização para órgãos do governo como Funai, CNPq e CGEN⁵⁹⁷. Mas a Funai não pode dar autorização antes dos Wajãpi do Conselho das Aldeias Wajãpi – Apina.

Nós Wajãpi não queremos que os não-índios peguem nossas imagens (fotos e desenhos) para divulgar ou vender nas cidades sem a nossa autorização” (p. 76-7, Pesquisadores e Professores Wajãpi, Kusiwarã, Apina & Iepé, 2009).

Autores dos textos: Pesquisadores Wajãpi: Ajareaty, Ana, Janaimã, Japu, Japukiriwa, Jatuta, Jawapuku, Jawaruwa, Kariki, Kupaã, Kuripi, Pasiku, Patire, Rosenã, Saky, Serete – com a colaboração dos seguintes Professores Wajãpi: Aipi, Japaita, Nameu.⁵⁹⁸

A expressão propriedade intelectual indígena remete a duas interpretações diferentes: a propriedade intelectual dos povos indígenas e a propriedade intelectual indígena. A propriedade intelectual dos povos indígenas é aquela discutida nas arenas internacionais e nos textos acadêmicos de juristas. É dela que se falou até aqui. Mas a **propriedade intelectual indígena** pode significar a transformação da própria categoria à qual se refere: uma propriedade intelectual marcada pela indigeneidade, um novo conceito de propriedade intelectual. Um sentido análogo ao que a filosofia dos povos ameríndios, a “metafísica canibal”⁵⁹⁹, faz em relação à filosofia ocidental.

Compreender no que consiste uma categoria indígena de propriedade intelectual, se é que ela existirá em cada caso, pressupõe uma rigorosa investigação

596 Terra Indígena.

597 Documento produzido antes da vigência da Lei 13.123/2015, que substituiu o modelo de aprovação em várias instituições pelo cadastro no SISGen.

598 “Este livro foi elaborado pela turma de pesquisadores wajãpi, por ocasião da 7ª oficina de formação em pesquisa, realizada com apoio do IPHAN na escola do posto Aramirã, na TI Wajãpi, em dezembro de 2008” (Dominique Gallois, p. 78, Pesquisadores e Professores Wajãpi, Kusiwarã, Apina & Iepé, 2009).

599 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Metafísicas Canibais**. São Paulo: N-1, 2014.

etnográfica⁶⁰⁰. Exige levar à sério o que afirmam seus titulares – em outras palavras, no que consiste o conceito “nativo” de propriedade intelectual, *se* ele existir. Ressalte-se, então, que este exercício deve ser lido como especulação e não propriamente descrição etnográfica.

Em CT, há vários modelos de domínio (*ownership*) que dependem do predomínio coletivo ou individual das contribuições⁶⁰¹. O coletivo também pode se referir a uma metade, um clã, uma fratria, uma linhagem, uma sociedade, uma entidade familiar, entre outros. Indivíduos também podem se diferenciar segundo seus papéis⁶⁰². Também há diferenças quanto ao caráter sagrado ou secreto de determinados conhecimentos⁶⁰³. Portanto, a propriedade intelectual indígena assume muitas formas. Mas talvez tenha alguns pontos em comum.

Volto aos Wajãpi. O kusiwa é patrimônio imaterial da humanidade registrado pela UNESCO e patrimônio cultural imaterial do Brasil registrado pelo IPHAN; é também uma expressão cultural tradicional dos Wajãpi, sobre a qual detêm, na perspectiva ocidental, direitos de imagem e direitos de autor, tanto morais quanto patrimoniais. Enfim, são titulares de propriedade intelectual e é sobre ela que se refere o trecho acima.

Os Wajãpi também têm outro documento sobre o uso dos padrões kusiwarã:

“Regras de uso dos padrões kusiwarã

Nós Wajãpi temos regras para o uso dos padrões kusiwarã. Nós não usamos os padrões de qualquer jeito na pintura corporal. Não se pode fazer qualquer pintura nas crianças recém-nascidas, como por exemplo: padrão de sucuriju, padrão de onça, padrão de surubim, padrão de jacaré. Senão, o dono desses padrões pegará o princípio vital da criança recém-nascida, depois a criança vai começar a chorar, vai ficar doente e pode até morrer. (...) Desde a origem, os nossos ancestrais conhecem essas regras e nos continuamos usando e respeitando até hoje” (p. 68, Pesquisadores e Professores Wajãpi, *Kusiwarã*, Apina & Iepé, 2009).

As considerações extraídas dos livros podem parecer à primeira vista contraditórias, mas devem ser levadas com rigor. Os Wajãpi não são donos da arte gráfica kusiwarã, são detentores dos cuidados dos padrões gráficos⁶⁰⁴. Ao fazerem esta afirmação,

600 Não se trata de acessar uma cosmologia, mas de, em termos estruturalistas, reconstruí-la. Isto é importante, pois uma cosmologia ameríndia, por definição, não estará contida em relatos, em livros, catálogos ou discursos dos povos indígenas. O “acesso” à cosmologia, pressuposto necessário para o objetivo mediato de definir conceitos “nativos”, pode ser realizado por múltiplas fontes no caso dos povos ameríndios: narrativas míticas, xamanismo, guerra, rituais (sobre este, há debate). Tais experiências são modos de ser, modos de fazer e práticas sempre em transformação, e é sobre elas que pode recair o esforço.

601 LEISTNER, 2004, p. 57.

602 LEISTNER, 2004, p. 57.

603 STRATHERN & HIRSCH, 2006.

604 “Os humanos não são donos da diversidade dos seres que existem no mundo. As diferentes espécies

não estão pretendendo minorar seus direitos de propriedade (intelectual) sobre o Kusiwa e torná-los detenção, que juridicamente é mera situação fática – e que confere muito menos proteção⁶⁰⁵.

Os Wajãpi tampouco querem dizer que, por ser o Kusiwa também patrimônio nacional e da humanidade, não lhes pertence também. Estão apenas apontando que sua relação com os padrões gráficos é mais complexa, maior e mais intensa do que a relação sujeito-objeto, autor-obra. Envolve vínculos relacionais e obrigações não-econômicas⁶⁰⁶.

Por que os brancos aceitariam se apropriar e converterem-se em dono de coisas que sabidamente já o tem? A noção Wajãpi de propriedade tem muito mais a ver com cuidado do que domínio (*dominium*). Ao invés de ser soberano absoluto do bem, o dono é hegelianamente seu servo⁶⁰⁷⁶⁰⁸. É poder-dever⁶⁰⁹, e não privilégio⁶¹⁰. Por sua vez, a noção de criatividade Wajãpi implica tomar de empréstimos, atualizar e fabricar. Afinal, inexistente a criação “do nada”, pois “tudo *já* está”, já existe. É uma criatividade distribuída, e não

animais, as árvores, as plantas da roça têm seus respectivos donos (-*jarã*). Elementos que os *karai kō* costumam considerar “inanimados”, como a crosta terrestre e as pedras, também têm seus próprios donos. Assim como o vento, a neblina, a escuridão... A principal atribuição dos donos de todos esses seres consiste em tomar conta de suas criaturas, cuidando de seu crescimento e de seu bem-estar. Eles controlam o movimento de suas crias, como se faz com xerimbabos (-*rima*). E porque tudo tem dono que os Wajãpi mantêm relações comedidas e adequadas com as criaturas controladas por cada *jarã*. Garantem, assim, a reprodução de todos, com seus modos de vida e espaços de finidos. A caracterização dos donos de todas essas categorias de seres, a localização de seus domínios, as formas de acesso e o relacionamento adequado que se deve estabelecer com cada um deles são descritos neste livro, que representa um primeiro esforço de organização desses conhecimentos, que orientam a concepção de mundo e a prática dos Wajãpi” (p. 62)

605 No direito civil brasileiro, inspirado nos modelos europeus, a detenção não se confunde com posse e muito menos com o direito real de propriedade. A detenção é a descrição de uma situação fática, ou seja, estar fisicamente sob poder de determinada coisa, o que não é o mesmo que afirmar ter a posse ou a propriedade sobre a mesma coisa

606 Jonathan Curci (2010) afirma que: “many traditional communities do not view their TK as property owned by an individual or group. Rather, the possession of a story or medicinal knowledge pertinent to the customs of the community carried with it the responsibility to implement that knowledge with utmost respect for the other community members, animals, plants, and places with which the story or medicine may be associated. Thus, **for many traditional communities, their TK entails a bundle of relationships and obligations rather than a bundle of economic rights as under the common law property regime.** The notion that such elements of TK can be ‘owned’, and with it the possibility that other responsibilities and relationships pertaining to that knowledge can be negated, is incomprehensible” (p. 92). Ao contrário de Curci, porém, não se trata de uma incompreensão sobre a ideia de propriedade, mas de desinteresse ou negação. CURCI, Jonathan, 2010. **The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property.** Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 92.

607 A menção é à famosa relação dialética entre servo e senhor. HEGEL, Georg W. **Fenomenologia do Espírito.** São Paulo: Vozes, 2011 [1807].

608 Isto também remete à questão dos territórios indígenas. Ao contrário de reivindicarem os direitos sobre as terras, é muito comum que povos indígenas no mundo afirmem que “nós pertencemos à terra”.

609 Similar, portanto, aos deveres do controlador de uma sociedade anônima ou aos deveres de genitores sobre seus filhos. COMPARATO, Fábio Konder & SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas.** São Paulo, 2015.

610 Nos debates sobre a natureza jurídica da propriedade intelectual, a ideia de “privilégio” era encontrada. A lei brasileira, entretanto, que prevê “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.” (Art. 2, LPI) já acena para esta concepção funcionalista e baseada no poder-dever.

apropriativa⁶¹¹. É por isso que a categoria “autor” é tão problemática para as realidades ameríndias⁶¹².

Para Dominique Gallois:

“[Os Wajãpi] [e]stão re-abrindo alternativas para se situar no mundo, que tendia a se fechar em torno de noções confusas como a de propriedade étnica de objetos culturais. Abrindo novamente espaço à diversidade, que não é nem poderá ser avaliada em termos de posse de conteúdos deles ou dos outros, mas na qualidade das formas de enunciação, na beleza das formas de cantar e de dizer, que os jovens wajãpi esperam agora poder recuperar” (GALLOIS, 2007, p. 114-5).

Portanto, detentor não é uma situação formal, hereditária nem eterna. Como toda posição e definição ameríndia, é marcada pela instabilidade. O detentor *efetivamente sabe*. E para saber, as formas de conhecer não são puramente intelectualistas e teóricas: o conhecer realiza-se na prática, no fazer⁶¹³. Também por isso, a continuidade da arte gráfica não está em seu registro e catalogamento e, ainda mais importante, é dependente da continuidade dos modos de conhecer ameríndios.

Se não houver mais narrativa e transmissão de mitos⁶¹⁴, se não houver mais práticas de conhecimento, não haverá mais detentor, não haverá mais kusiwarã. O argumento de Davi Kopenawa sobre a queda do céu após a morte do último xamã yanomami segue mais ou menos a mesma linha: a floresta vai acabar, o mundo vai

611 COELHO DE SOUZA, 2012.

612 Samir Angelo propõe a categoria “**narrador-autor**” como mais adequada às formas de transmissão do conhecimento nos povos ameríndios. Embasado em etnografia no Alto Rio Negro com os Desana, o autor descreve como narradores-autores indígenas “indigenizam” a forma ocidental “livro”, no que deu origem a uma grande coleção de narrativas míticas Desana. Estes livros são protegidos por direitos autorais reservados segundo a Lei de Direito Autoral, o que cria efetivamente a categoria autor, com efeitos nem sempre claros e certamente não necessariamente positivos. ANGELO, Samir Ricardo Figalli de. **Transmissão e circulação de conhecimentos e políticas de publicação dos Kumua do noroeste amazônico**. 2016. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

613 Ao que nos consta, o conhecimento racionalista ocidental, epitomizado pelo modelo moderno de escola, é a exceção, e não a regra, dos modos de conhecer no mundo. A anedota japonesa de Chikuunsai IV Tanabe é representativa: o artesão de bambu aprendeu toda a técnica convivendo com seu mestre ao longo de 20 anos. Jamais trocaram uma palavra sobre como realizar a arte em bambu. Jamais lhe foi explicado como, o que e por que fazer. No olhar e no fazer reiterado e progressivo que se constitui o conhecimento. cf. JAPAN HOUSE. **Bambu: Histórias de um Japão**. Exposição: 06 de maio de 2017 a 09 de julho de 2017, São Paulo.

614 Pierre Déléage, ao abordar as narrativas míticas entre os Sharanaua, considera que existe uma epistemologia própria dos CT e chama atenção para a importância de seus contextos de transmissão. Ecoando a transformação dos mitos no narrador, o autor propõe que o saber mitológico Sharanaua liga-se a duas epistemologias. Uma é explícita, na relação entre narrador e os seres dos tempos míticos. Outra é implícita, colocada pela relação entre narrador e seus ouvintes (p. 76), que representa uma hierarquia de idade (p. 75) em que o narrador é considerado mais legítimo. Déléage faz chamar atenção, em relação às narrativas míticas, aos contextos de transmissão dos saberes e, indo além da dimensão semântica, analisar suas representações epistemológicas. DÉLÉAGE, Pierre. **Epistemología del saber tradicional**. Dimensión Antropológica, Año 16, Vol. 46, 2009.

acabar⁶¹⁵. Como sintetiza Coelho de Souza:

“em regimes em que o conhecimento é demonstrado nas pessoas, na pessoa dos conhecedores, assim como nas pessoas que eles conhecem, **o desafio crítico não é a preservação de conhecimentos eventualmente 'passados adiante', mas a sua continuação nas pessoas, enquanto efeitos perceptíveis em corpos que conhecem e são conhecidos** (efeitos em/de suas 'relações’)” (COELHO DE SOUZA, Políticas Culturais e Povos Indígenas, p. 198).

Estes conhecimentos compõem parte da fabricação de pessoas e, como tais, assumem um papel ainda mais crucial do que regimes de “crenças”, “espiritualidade” e, sobretudo, “cultura”. Desta maneira, a justificativa jurídica para sua proteção deve envolver algo mais amplo e complexo do que o resguardo de práticas culturais: as chamadas “expressões culturais tradicionais” (ECT) são na verdade tão expressivas quanto são “tradições culturais *agentivas*”.

A arte gráfica kusiwa deixa de ser arte gráfica se passar a representar marcas famosas ocidentais em suas estampas? Não, pois – por definição – o saber tradicional ali implicado transforma-se e não é imutável⁶¹⁶. Uma cultura essencial, primitiva e originária simplesmente nunca existiu⁶¹⁷. Inclusive, originou-se tomando algo de outro(s)⁶¹⁸. Tradição não diz respeito à imutabilidade, mas a um determinado vínculo formal e social de determinada prática: do uso de uma planta medicinal a uma dança de cura, a questão não é que seja exatamente a mesma de sua “origem”⁶¹⁹, mas que seja reconhecida e transmitida no contexto de determinado grupo⁶²⁰.

615 ALBERT, Bruce & KOPENAWA, Davi. **A Queda do Céu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

616 Como afirma Dominique Gallois (2017, no prelo), se os Wajãpi hoje se valem de desenhos de outros povos indígenas em sua arte gráfica, se transformam suas práticas a partir de outros, se internalizam ideias e produtos externos, não é propriamente como resultado da “globalização”. É na verdade resultado do próprio modelo ameríndio: o que é valoroso é o externo.

617 Cf. Conclusão.

618 “Isso constituiu uma característica que discutiremos com mais vagar adiante: a tendência indígena de atribuir bens culturais e saberes fundamentais a outros grupos, como se a cultura de cada grupo resultasse de apropriação, de 'predação cultural’”. CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 350.

619 Com efeito, esta é uma missão impossível, tal qual os estudos de Lévi-Strauss sobre os mitos demonstraram. LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Cru e o Cozido: Mitológicas 1**. São Paulo: Cosac Naify, 2004 [1964].

620 Marshall Sahlins provocativamente compara o que sociedades ocidentais consideram um patrimônio histórico do que japoneses fazem quando, ao longo de séculos, reconstruem castelos e templos incessantemente. Para um britânico que visita um castelo japonês completamente renovado, “tinindo de novo”, o castelo “real” ou “original” não mais existe, pois foi substituído por uma versão atualizada, mas necessariamente “falsa”. Para um japonês, não há sentido em que as ruínas de uma catedral medieval sejam uma catedral: são, antes de tudo, meras ruínas de uma construção não mais existente. A anedota aponta para formas distintas de conceber o que é preservado, pois, para a sociedade japonesa, é justamente por sua atualização – usando técnicas e inclusive instrumentos idênticos aos pioneiros, embora não sejam as mesmas pessoas – que um templo pode ser considerado preservado. De modo diametralmente oposto, é pela busca de exercer a menor interferência possível, mantendo-se “como tudo estava”, que se encontra uma proximidade com o autêntico e o original. SAHLINS, Marshall. **Esperando Foucault, Ainda...** São Paulo: Cosac Naify, 2010.

Portanto, a propriedade intelectual indígena é holística, ao invés de fragmentada; é poder-dever, e não privilégio; baseia-se nas práticas e nos agentes, e não no conhecimento em si; faz e fabrica, ao invés de ser feita; circula, e não petrifica; transforma, ao invés de paralisar.

6.5. Lições Ameríndias à Propriedade Intelectual

Que lições os CT e a “propriedade intelectual indígena” trazem aos debates contemporâneos sobre propriedade intelectual?

6.5.1. Autenticidade e Falsidade

Na propriedade intelectual, o objeto de proteção é a criação original, autêntica – e somente esta. Quando esta lógica é replicada para os CT, busca-se o conhecimento que seja *realmente* autêntico e tradicional⁶²¹. As críticas apresentadas colocam este paradigma em xeque.

Na economia global contemporânea, a fronteira autêntico/falso é dada sobretudo pelos direitos de propriedade intelectual. É tomado como pressuposto que, se determinado bem é protegido por uma patente ou *copyrights*, ele é autêntico. No entanto, propriedade intelectual é mais o ponto de chegada do que o ponto de partida, pois a resposta não está na coisa *em si*.

Por exemplo, etnografias e estudos na China demonstram como muitos produtos considerados “autênticos” e “falsificados” são produzidos nas mesmas plantas industriais, com os mesmos funcionários e sob os mesmos padrões de qualidade⁶²². O que diferencia uns de outros não é apenas a chancela jurídica formal. Rosana Pinheiro-Machado afirma que:

In the capitalist global market, authentic brands are distinctive symbols attached to commodities that possess intellectual property rights (IPR). **The owners of the brand have social legitimacy that is sustained by market and political principles** (PINHEIRO-MACHADO, 2015).

621 Então, quando se afirma que certos CT “não são mais tradicionais”, está-se dizendo que são inautênticos ou falsos. Ideias de que índios “aculturados” porque “usam roupas” e porque “têm celulares” não são mais índios são operadas exatamente para afirmar a inautenticidade dos CT e, por consequência, o fim de sua proteção jurídica.

622 cf. PINHEIRO-MACHADO, 2009.

Nesse sentido, a definição do que seja autêntico e do que seja falso não é dada por critérios naturais nem pelo que dispõem as normas positivadas. Pelo contrário, é resultado de uma série de processos de reivindicação e legitimação de determinados atores para que certas coisas *tornem-se* mais ou menos “autênticas” ou “falsas”, os quais englobam simultaneamente aspectos econômicos e políticos⁶²³. Eventualmente, também elementos rituais (ocidentais)⁶²⁴.

Politicamente, o discurso de direitos de propriedade intelectual confunde-se com o discurso global “anti-pirataria”. Opera-se uma homologia entre autêntico/falso e lícito/ilícito, como se ter uma patente implicasse automaticamente a autenticidade e como se sua ausência também implicasse a falsidade imediata. Além disso, é indispensável à figura do autor-inventor autêntico sua oposição: o ilícito pirata, a cópia necessariamente mal-feita, o roubo moral e material. A obra ou produto autêntico ganha valor – moral e econômico – justamente na medida em que se dá atenção ao não-autêntico, falso⁶²⁵.

Na visão mais difundida sobre a história da origem da propriedade intelectual, as patentes e os direitos autorais têm sua origem na Baixa Idade Média europeia, são direitos naturais dos inventores e autores e decorrência necessária do dinâmico comércio que florescia⁶²⁶. Em suma, esta narrativa é de naturalização⁶²⁷ dos direitos de propriedade intelectual.

A propriedade intelectual indígena ajuda a lembrar que não há autenticidade absoluta *nem a priori*. Desmascara as dinâmicas políticas e culturais imbricadas na

623 Classificar uma obra ou produto como “pirata” não é exclusivamente considerá-la ilícita à luz do direito oficial; a expressão acompanha consigo uma série de conotações negativas: roubo, baixa qualidade, perigo e imoralidade. Não à toa, os longos debates em torno de medicamentos genéricos indianos e licenças compulsórias não são baseados na licitude: ambos são lícitos à luz do direito do comércio internacional, do sistema global de patentes, de legislações nacionais e, mais ainda, instrumento indispensável para o acesso a medicamentos no Sul Global. Então, são alvo de argumentos que os associam ao roubo de tecnologias criadas por países industrializados e à suposta e não comprovada baixa qualidade. Ou seja, à falta de autenticidade.

624 Simon Harrison, em “Ritual as Intellectual Property” (1992), retoma Malinowski para demonstrar que propriedade intelectual diz respeito não somente à técnica e à ciência, mas à magia. Ritual como propriedade intelectual e, portanto, propriedade intelectual como ritual. No prefácio desta dissertação, lembrei de um argumento de Max Weber representado pela metáfora da jaula de aço criada pela modernidade. A progressiva racionalização de todas as esferas da vida social terminaria por colocar os indivíduos em uma situação terrível de “jaula de aço” gerada pela burocracia e pela modernidade. Ao descrever o mundo dos Nacirema, Horace Miner tinha um objetivo duplo. Primeiro, demonstrar o funcionamento perverso do etnocentrismo contra si mesmo. Mas segundo, e aqui é mais interessante, lembrar que há muito de magia em nossas práticas. Isso inclui os usos da propriedade intelectual. HARRISON, Simon. **Ritual as Intellectual Property**. Man, New Series, Vol. 27, n. 2, 1992, p. 225-244; MINER, 1956.

625 Em certos mercados, como a moda de luxo, tal relação mostra-se explícita.

626 Cf. as críticas de POTTAGE, SHERMAN, 2010.

627 Não como justificação filosófica jusnaturalista, mas no sentido de tornar-se uma ideia não contestada.

propriedade intelectual como um todo⁶²⁸, cujos direitos são fruto de grandes disputas político-econômicas⁶²⁹. Assim, quando a propriedade intelectual é tomada como sinônimo de autenticidade e direito natural incontestável, trata-se de um argumento interessado em evitar discutir suas consequências sociais e econômicas.

Para Rajshree Chandra (2016), os direitos de propriedade intelectual são construídos a partir da biopolítica⁶³⁰, o que implica compreendê-los em um processo de legitimação histórica de múltiplas relações de poder no nível micro. A isto a autora chama de “astúcia dos direitos”. Autenticidade e falsidade, neste contexto mais amplo, não são dois polos deste processo, mas os dois lados de uma mesma moeda.

Na adoção de perspectivas menos absolutas dos direitos de propriedade intelectual, diversos autores permitem reconhecer modelos mistos de DPIs, critérios de ajustes [*leverage*] setoriais de acordo com o mercado, restrições ao exercício de direitos mediante função social da propriedade, entre outros⁶³¹. Lidam, portanto, melhor com a suposta dualidade autêntico/falso e são caminhos possíveis.

6.5.2. Autoria e Autoridade

O moderno direito autoral é baseado no conceito de autor romântico, europeu e do século XVIII. Remete a um ente unitário e individual que emana, por meio de sua criatividade intelectual, obras do âmbito do “belo”, do “literário” e do “artístico”. O autor também tem autoridade, uma legitimidade moral e jurídica sobre suas obras.

Tais noções denotam tanto a existência de uma essência “verdadeira” quanto um sujeito individual transhistórico *a priori*. As críticas ao conceito romântico de autor são inúmeras e bem conhecidas⁶³². Aqui, importa perceber que autoria e autoridade, que têm a mesma origem etimológica, caminham paralelas na legitimação jurídica de direitos de

628 WHITT, 2009.

629 SHADLEN, 2004; CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: A Estratégia do Desenvolvimento em Perspectiva Histórica**. São Paulo, Unesp, 2002.

630 FOUCAULT, 1999 [1976].

631 cf., por exemplo, BURK, Dan & LEMLEY, Mark. **Patent Crisis and How the Courts can Solve It**. University of Chicago Press, 2009; CHAUDHURI, Sudip. **Is Product Patent Protection Necessary to Spur Innovation in Developing Countries?**. in. NETANEL, Neil Weinstock. *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

632 BARTHES, Roland. **A Morte do Autor**. In: _____, *O Rumor da Língua*. Lisboa: Edições 70, 1984. FOUCAULT, Michel. **O que é um Autor?** In: _____. *Ditos e escritos III: Estética: literatura e pintura, música e cinema*. Rio de Janeiro: Forense, 2011; BOYLE, James, 1997.

propriedade intelectual⁶³³: são conferidos direitos ao autor e ao inventor porque são eles os criadores de objetos intelectuais⁶³⁴.

Todavia, a autoria coletiva e difusa tornou-se um problema central também para o âmago da “sociedade da informação”: arte contemporânea⁶³⁵, mídias digitais⁶³⁶ e inteligência artificial⁶³⁷ são apenas alguns exemplos⁶³⁸. Estas preocupações são centrais e exigem a reformulação dos pressupostos dos direitos de propriedade intelectual em suas diferentes facetas.

Para os povos ameríndios, aponte que a própria noção de “autor” não faz sentido: não há como criar “do nada”, pois *tudo* já está⁶³⁹. Aponte também que a origem de tudo parece estar no outro, em formas que são tomadas pela racionalidade ocidental como “roubo”. Isto quer dizer que as formas de produção e criação artística não são reduzíveis a um único autor romântico. Estão relacionadas com agências de actantes não-humanos, como animais (que, no caso kusiwa, são os verdadeiros donos⁶⁴⁰), outros membros do grupo social.

A perspectiva ameríndia mostra que a chave está na ideia de cuidado. Cuidar de algo que, justamente por não ser seu, deve ser tratado com a maior cautela possível. E que, além disso, pode haver autoridade sem autor⁶⁴¹. Sem ser definido como autor, pode-se

633 CALAVIA SAEZ, Oscar. **A ética da pesquisa na era da autoria: direito intelectual indígena, socialidade e invenção antropológica**. *Revist Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 28, n. 83, p. 73-84, Oct. 2013.

634 Nesse sentido, pouco importa a fundamentação filosófica desses direitos: seja porque são dimensão de sua própria personalidade, seja porque são fruto de seu trabalho (intelectual, mas ainda assim trabalho), seja porque protegê-los incentiva a criatividade de outros – respectivamente, teorias de personalidade (de inspiração hegeliana), de trabalho (baseada em Locke) e de incentivo/utilitarista (fundada em Bentham).

635 Muitas formas de arte contemporânea são baseadas em instalações que, por definição, se esvaem no tempo e que exigem conhecimento técnico e artístico de diversas pessoas. É o que dizer de Banksy, que não se sabe quem é nem sequer se é uma única pessoa? cf. JAMESON, Fredric. **Postmodernism, Or, The Cultural Logic of Late Capitalism**. Durham: Duke University Press, 1992.

636 A internet e as mídias digitais, de modo mais amplo, permitiram projetos colaborativos e o desenvolvimento de novas formas de expressão que incluem “remixar”, “samplear” e modificar músicas e vídeos no limite das regras atuais de direitos autorais.

637 Inteligência artificial, muitas vezes tomada como futuro distante, na verdade são amplamente utilizados em várias indústrias e têm capacidade de criar, elas mesmas, as “máquinas”, expressões artísticas e autorais.

638 Por óbvio, em uma sociedade como a brasileira, em que apenas 20% dos cidadãos têm acesso à internet, parte do debate é altamente limitado.

639 Cf. Propriedade intelectual indígena.

640 Os Wajãpi não são os donos de sua arte gráfica kusiwãra, mas seus direitos intelectuais existem. Existem porque se referem a uma vinculação com a estrutura social, com a cosmologia, com os modos de conhecer e fazer Wajãpi, com o cuidado dos verdadeiros donos – dentre eles, os pássaros, as árvores, etc. Esta concepção holística impossibilita pensar em categorias atomizadas de sujeitos de direito, propriedade e autoria “naturais” no sentido da filosofia ocidental, mas abre espaço justamente para outra forma de assentar a proteção jurídica.

641 Descrevendo uma série de exemplos de sociedades africanas, Carlo Severi provocativamente aproxima o direito romano e o Código Justinianeu de exemplos de autoridade sem um autor definido. A própria lei tem

ter a legitimidade para representar uma obra⁶⁴². A responsabilidade do cuidado e a autoridade desatrelada do autor podem ser úteis para novos regimes jurídicos de máquinas que aprendem (*machine learning*), produções coletivas *online* entre milhares de indivíduos e produções artísticas difusas.

6.5.3. Criatividade, Inovação e Acesso ao Conhecimento

Os euramericanos atribuem criatividade apenas a si mesmos⁶⁴³. Nela está a grande justificativa dos direitos de propriedade intelectual⁶⁴⁴: restringir o acesso para promover criatividade e inovação.

As críticas à associação entre propriedade intelectual e inovação são múltiplas⁶⁴⁵; diversas outras propõem o alargamento do domínio público em reação à privatização do conhecimento⁶⁴⁶. Como afirmou ironicamente Frank H. Easterbrook já em 2001, basta abrir uma revista de propriedade intelectual para encontrar pelo menos uma proposta de reforma⁶⁴⁷.

No entanto, a propriedade intelectual indígena permite requalificar a dicotomia e pensar se, efetivamente, criatividade/inovação e acesso são polos antagônicos. Afinal, para os povos ameríndios, só há criatividade mediante a circulação, a troca e a transformação. Portanto, além de mostrar que há casos em que a propriedade intelectual não é necessária para promover a criatividade e a inovação⁶⁴⁸, é possível pensar que só há como pensar nestas últimas com acesso.

em si autoridade. SEVERI, Carlo. **Autorités sans auteurs : formes de l'autorité dans les traditions orales**, in COMPAGNON, A. (org.), *De l'autorité. Colloque annuel du Collège de France*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 93-123.

642 Cf. Propriedade intelectual indígena.

643 STRATHERN, 2010, p. 16 [1988].

644 Embora, como apontam Alain Pottage & Brad Sherman, na verdade, para os ingleses, a propriedade intelectual sempre enfocou os *produtos* da atividade intelectual, e não a criatividade em si. Ou seja, sua justificação moral nunca foi a da criatividade. POTTAGE; SHERMAN, 2010.

645 HELLER, Michael & EISENBERG, Rebecca S. **Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research**. *Science*, Vol. 280, 1998, p. 698-701; BURK, Dan & LEMLEY, Mark. **Patent Crisis and How the Courts can Solve It**. University of Chicago Press, 2009, p. 3-21; *The Economist*. **Time to Fix Patents**, 8 de Agosto de 2015.

646 É o caso de movimentos como *Copyleft*, *Creative Commons*, *OpenAccess* e *Access to Knowledge* (A2K), responsáveis por propor um alargamento do domínio público e, portanto, do acesso ao conhecimento. KRİKORIAN, Gaëlle. KAPCZYNSKI, Amy (Orgs.). **Access to knowledge in the age of intellectual property. Access to Knowledge: A conceptual genealogy**. Nova York: Zone Books, 2010.

647 EASTERBROOK, Frank. **Who decides the extent of rights in IP?**, in DREYFUSS, Rochelle; ZIMMERMAN, Diane L; FIRST, Harry, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001.

648 Os exemplos têm sido cada vez mais registrados. Cf., por exemplo, DARLING, Kate & PERZANOWSKI, Aaron. **Creativity Without Law: Challenging the Assumptions of Intellectual Property**. New York: NYU Press, 2017.

Isto lembra uma carta incisiva de 1813 na qual Thomas Jefferson critica, ao mesmo tempo, o caráter natural dos direitos de propriedade⁶⁴⁹ e sua utilidade nos Estados Unidos⁶⁵⁰: “He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me”⁶⁵¹.

Eduardo Viveiros de Castro afirma que o pensamento ameríndio traz consigo o problema do infinito. O chamado do antropólogo é a explorar sua dimensão “infinitesimal, intensiva, disjuntiva e virtual”⁶⁵² que, por sua vez, contraria a visão do mesmo pensamento a partir de uma “filosofia finitista, combinatória e discretizante”. Se o pensamento ocidental objetivou fechar, limitar e separar dentro/fora, lícito/ilícito, etnólogos americanistas estão mais do que acostumados a saber que, no mundo ameríndio, trata-se do oposto.

Para o “mundo moderno”, a maior lição das noções ameríndias de direitos intelectuais, afinal, é de que não se deve pensar na limitação, fechamento e proteção, que são justamente os elementos que levaram à tragédia dos *anticommons*⁶⁵³. A questão central está em fazer circular, com quem compartilhar. Enfim, em transformar. O acesso ao conhecimento não é o avesso da criatividade, mas seu pressuposto.

6.6. Conclusão Parcial

“Qui sait même si cette « catégorie » [personne] que tous ici nous croyons fondée sera toujours reconnue comme telle ? Elle n'est formée que pour nous, chez nous” (MAUSS, Marcel, 1938).

Os conceitos existentes no direito estatal são limitados e encontram contrapontos nas concepções ameríndias. Questões envolvendo direitos de imagem,

649 “Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody”. JEFFERSON, Thomas, 1813.

650 “Accordingly, it is a fact, as far as I am informed, that England was, until we copied her, the only country on earth which ever, by a general law, gave a legal right to the exclusive use of an idea. In some other countries it is sometimes done, in a great case, and by a special and personal act, but, generally speaking, other nations have thought that these monopolies produce more embarrassment than advantage to society; and it may be observed that the nations which refuse monopolies of invention, are as fruitful as England in new and useful devices.” JEFFERSON, Thomas, 1813.

651 JEFFERSON, Thomas. **Carta a Isaac MacPherson**, 1813; in: *The Writings of Thomas Jefferson*. Andrew A. Lipscomb and Albert Ellery Bergh (orgs.). 20 vols. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905.

652 VIVEIROS DE CASTRO, 2006, p. 336.

653 HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets**. Harvard Law Review, Vol. 111, 1998; HELLER, Michael, **The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Live**. New York: Basic Books, 2008.

privacidade e autonomia são muito mais complexas do que a mera dimensão individual, e remetem à questão do sagrado e sua proteção.

As noções de sujeito de direito e personalidade jurídica são abstrações limitadas pela grande dicotomia indivíduo/sociedade, a qual é apenas parcialmente compatível com os mundos ameríndios, marcados pelos devires da condição humana e pela pessoa fabricada e refabricada por substâncias a todo tempo.

A política ameríndia, situada no *entre* festa e guerra, baseada no consenso e da qual fazem parte velhos, crianças, mulheres e não-humanos, tem pouco a ver com a política inspirada na Grécia Antiga. No entanto, associações e protocolos comunitários criam formas de compatibilização e práticas jurídicas que são simultaneamente contra, dentro e pelo direito estatal.

Se for possível subverter tais concepções em prol das práticas de resistência e reivindicação de autonomia indígenas, chega-se ao debate da “propriedade intelectual indígena”, uma propriedade marcada pela indigeneidade, e não apenas a propriedade *dos* povos indígenas. Ela é holística, é um poder-dever e se baseia nas práticas e seus agentes. Faz, fabrica, circula e transforma.

A “propriedade intelectual indígena” traz lições aos debates ocidentais: reformula as noções de autenticidade e falsidade, dissolve o autor e o desvincula da autoridade e, em especial, demonstra que criatividade/inação e acesso ao conhecimento não são uma dicotomia. Pelo contrário, aponta que acesso é pressuposto da criatividade.

Disso tudo, o mais importante é que os CT dizem respeito tanto ao objeto a que se referem quanto aos sujeitos implicados⁶⁵⁴. Garantir os contextos dos usos e o resguardo das formas de transmissão – que são igualmente formas de criar, fabricar pessoas e sentidos de identidade comum – são parte integrante do que se propõe a tutelar quando se fala em direitos intelectuais de povos tradicionais.

Em geral, a imaginação político-jurídica euramericana concebe apenas a afirmação da propriedade privada absoluta ou sua abolição completa pela propriedade estatal. Como insisti, os ameríndios fornecem um exemplo antiutópico – porque profundamente materialista, real e perceptível – de alternativas jurídicas, políticas,

654 Não há proteção de um sem o outro, até porque a distinção entre sujeito e objeto não é evidente.

institucionais, morais e econômicas de outras configurações. Este conjunto de iniciativas e ideias aproxima-se da ideia de indigenização do direito ocidental e aponta para formas renovadas de resistência.

Esta pode ser uma lembrança de que o diálogo entre propriedade intelectual e CT poderia assumir outra forma. A propriedade intelectual não como âmbito das aspirações proprietárias e privatizantes, mas como esfera da criatividade, da inovação e da disruptura social. Uma categoria indígena de propriedade intelectual, esta propriedade intelectual indígena, e não *dos* indígenas, assumiria estas noções dentro de si⁶⁵⁵. Afinal, este pensamento em constante transformação não fornece uma alternativa viável para as tentativas regulatórias que insistem no caráter centralizado e estático do pensamento jurídico?

Nesse sentido, eventualmente aproximam-se do debate contemporâneo sobre os *commons*. Em uma primeira acepção, podem ser tomados como o avesso das aspirações proprietárias⁶⁵⁶, uma espécie de terceira via em relação à dicotomia propriedade individual privada e propriedade estatal, já que nem mesmo de propriedade se trata. Em outra perspectiva, os *commons* são formas locais e inovadoras de gestão compartilhada mediante determinadas regras⁶⁵⁷.

655 Levando em conta as críticas à teoria do perspectivismo ameríndio, em especial as formuladas por Terence Turner (2006) e Alcida Ramos (2012), sigo a proposta de Calavia (2014) segundo a qual o perspectivismo pode efetivamente “renovar e diversificar a análise etnológica”, mas desde que “consiga escapar de ser inteiramente absorvido pelo debate filosófico” CALAVIA SAEZ, Oscar. **Do Perspectivismo Ameríndio ao Índio Real**. Campos, Revista de Antropologia Social, v. 13, n. 2, 2012. Em outras palavras, a proposta de levar em conta um conceito ameríndio de propriedade intelectual – se existente – é um problema antes de tudo inspirado em etnografia, e não em um pensamento especulativo filosófico.

656 *Commons* como alternativas à organização política, econômica e social contemporânea. Sem incorrer em lógica de apropriação de recursos nem de estatização do conhecimento, são formas de gestão baseadas em autorregulação, formas mais ou menos institucionalizadas. Cf. BOYLE, 2003; BENKLER, 2007. Atrélado a debates de reorganização política, podem assumir uma filiação explícita com os marxismos. Cf. HARVEY, 2013; HARDT; NEGRI, 2015.

657 Neste caso, o ponto de partida é “Tragedy of the Commons”, artigo de 1968 de Garrett Hardin. O autor, um ambientalista “*avant la lettre*”, argumenta que os campos sem donos, os *commons*, em que pastores privados levariam suas ovelhas livremente para pastar, seriam eventualmente levados ao colapso ambiental. Afinal, seguindo cada um seus próprios interesses individuais, extraindo ao máximo os recursos naturais, não haveria possibilidade de gestão adequada e sustentável. A chamada “tragédia dos comuns” traz atenção inédita para os impactos da ausência de regulamentação, que, neste caso, poderia ter duas alternativas: a gestão estatal ou a privatizada dessas terras. O trabalho de décadas de Elinor Ostrom, entretanto, permitiu um contraponto ao pressuposto da tragédia dos comuns. Ostrom coleciona uma quantidade impressionante de casos empíricos nos quais a gestão local e descentralizada, institucionalmente organizada de formas muito diversas entre si (com e sem participação do estado, com maior ou menor complexidade), tem resultados sustentáveis e eficientes. No plano mais abstrato, revela a capacidade humana de agir em cooperação e sob gestão coletiva – uma lógica impensável para o paradigma do homem racional maximizador de lucros da economia ortodoxa. A este conjunto de experiências Ostrom denominou *common pool resources* (CPR), e a metodologia foi eventualmente conhecida como Institutional Analysis and Development (IAD). Desde então, pesquisadores da ciência política, da economia, da gestão ambiental e do direito, entre outros, têm se

Entretanto, ao menos a princípio, está é uma especulação em torno do mundo euramericano, e não necessariamente dos povos tradicionais. Manuela Carneiro da Cunha suscitou a questão e seu contraponto é necessário, de modo a não romantizar o que pode ser vislumbrado:

“talvez não seja suficiente refinar as formulações e os instrumentos. Talvez [...] o problema seja a inadequação da própria visão contratualista. Uma perspectiva de *commons* não seria mais adequada? O problema que vejo nessa solução, com a qual pessoalmente simpatizo, é que não acho justo – nem viável, aliás – transformar as populações em paladinos dessa abordagem” (CARNEIRO DA CUNHA, in: KLEBA; KISHI (orgs.), 2009).

É preciso que digam por si mesmos, então. Retorno ao artigo 31 da Declaração Internacional dos Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, que agora pode ser lido como uma abertura às noções ameríndias:

Article 31.1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have **the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property** over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions. (DNUPI)

debruçado sobre os *commons* ou “bens comuns”. Seu chamado Institutional Analysis and Development (IAD) tem importantes reverberações jurídicas, que podem consistir em propostas inovadoras para gestão de recursos. A aplicação mais conhecida e usual para os chamados *common pool resources* (CPR) está em matéria ambiental. Dada a abertura e a utilidade do empreendimento intelectual de Ostrom, entretanto, a discussão passou a ser empregada para outros temas, dentre os quais o conhecimento: trata-se da ideia de “*knowledge commons*”, ou “bens comuns de conhecimento”. Trata-se de uma reformulação da proposta original de Elinor Ostrom, sintetizado em um livro de 2007 coescrito com Charlotte Hess: “**Understanding Knowledge as a Commons**”. Assim, diversas iniciativas já existentes – dentre as quais algumas já apontadas e descritas neste trabalho – podem ser consideradas formas de gestão por meio de *commons* de conhecimento, embora a maioria não se reivindique como tal. cf. OSTROM, 1990; OSTROM & HESS, 2007. Também SALOMÃO FILHO, Calixto. **Estruturas de Dominação de Bens Comuns e as Possibilidades de Transformação**. In: _____. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 105-122.

7. CONCLUSÃO

ENTRE INDIGENIZAÇÃO DO DIREITO E MERCANTILIZAÇÃO DE CULTURAS



Tarsila do Amaral. Abaporu. 1928.

7. CONCLUSÃO

ENTRE INDIGENIZAÇÃO DO DIREITO E MERCANTILIZAÇÃO DE CULTURAS

O mapeamento de que se dispõe agora é mais amplo e bem mais complexo do que o ponto de partida. Produziu-se um deslocamento em várias dimensões: da perspectiva nacional à transnacional, do enfoque nos direitos de propriedade intelectual aos direitos dos povos indígenas, de arranjos institucionais de cima para baixo àqueles de baixo para cima, de regulação estática para dinâmica, da justiça substancial à procedimental e, por fim e talvez mais importante, de conceitos jurídicos ocidentais para os conceitos indígenas.

As consequências para a regulação jurídica são as maiores possíveis e agora, em uma tentativa de responder satisfatoriamente no que consiste uma regulação global de CT adequada a sua complexidade, percorrerei alguns desses *gaps*.

As “contribuições ameríndias”, por óbvio, não podem ser submetidas a uma importação direta para o mundo do direito euramericano. Não é isto o que chamei, seguindo Sahlins⁶⁵⁸, de indigenização do direito. Seria outra exotificação dos povos tradicionais e também levar a etnologia para além de sua própria pretensão, a qual nunca foi a de criar regras universais. Insistir em usar referências antropológicas pode efetivamente trazer novas consequências inesperadas. No entanto, Philippe Descola realiza uma espécie de depoimento tão preciso o qual, embora longo, diz muito sobre o que pretendi nesta dissertação, e por isso o reproduzo:

“A superação de uma dominação frenética da natureza, o desaparecimento dos nacionalismos cegos, um modo de vivenciar a autonomia dos povos que combine consciência de si mesmo com respeito pela diversidade cultural, novos arranjos com essa proliferação de objetos híbridos que se tornaram como que prolongamentos do nosso corpo, são questões concretas da nossa modernidade que ganhariam se fossem consideradas em analogia com as concepções de mundo que povos como os Achuar criaram para si. **Claro, nenhuma experiência história é transponível e a etnologia não tem por vocação oferecer uma coletânea de modos de vida alternativos. Ela oferece, contudo, um meio de se distanciar em relação a um presente não raro encarado como eterno, sugerindo, por exemplo, os múltiplos caminhos que o nosso futuro traz em si.** Alguns milhares de índios espalhados numa selva longínqua merecem muitos volumes de futurologia, e embora as suas atuais atribuições só granjeiem indiferença por parte de uma humanidade demasiado impaciente para amar a si mesma sob um outro rosto, saibamos pelo menos reconhecer que no seu destino, por muito tempo tão divergente do nosso, talvez se delinieie algum dos que está reservado para nós” (DESCOLA, As Lanças do Crepúsculo, 2012).

658 SAHLINS, 2003.

Com isso em mente, nestas páginas finais, tomo as discussões feitas até aqui para sistematizar dois eixos centrais. Primeiramente, os paradoxos dos usos da gramática de direitos de propriedade intelectual e dos direitos humanos por povos indígenas. Depois, o papel desses sujeitos históricos, os povos tradicionais, diante dos ímpetus de um mundo estruturado por questões progressivamente transnacionais. Ao final, um último balanço das propostas regulatórias em debate.

7.1. Os Paradoxos dos Direitos dos Povos Tradicionais

O grande paradoxo das iniciativas de proteger CT é que precisam pressupor, ao menos em algum grau, algo há muito criticado na antropologia e nos estudos culturais: uma essência cultural imutável de fronteiras bem definidas⁶⁵⁹. Entretanto, culturas e identidades definem-se pelo hibridismo⁶⁶⁰, pela influência recíproca⁶⁶¹, e, particularmente no caso das sociedades ameríndias, pela transformação e circulação⁶⁶². Então, qual é o objeto de proteção dos direitos culturais e das reivindicações identitárias de povos tradicionais, dentre as quais seus direitos intelectuais? Como proteger algo que, de certa forma, não existe, nunca existiu e jamais existirá⁶⁶³?

659 Já em 1994, Manuela Carneiro da Cunha, em “O Futuro da Questão Indígena”, interroga-se sobre a possibilidade de conceber culturas em termos estruturais (i.e., estruturalistas no sentido lévi-straussiano). Enuncia como uma visão “hieraclitiana” esta noção de cultura em transformação, e “platônica” sua versão estática e solidificante. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **O Futuro da Questão Indígena**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 8, n. 20, 1994, p. 121-136.

660 cf. GLISSANT, Édouard. **Introduction à une Poétique du Divers**. Paris: Gallimard, 1995; CANCLINI, Nestor García. **Culturas híbridas, poderes oblíquos**. In: *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Edusp, 2003, pp. 263-327; BHABHA, Homi. **Locais da Cultura**. In: O local da cultura. Belo Horizonte: EdUFMG, 1999, pp. 19-46; HALL, Stuart. **A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo**. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 22, no2, p. 15-46, jul./dez. 1997; ORTIZ, Fernando. **Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar**. Madrid: Cátedra, 2002 [1940].

661 cf. BARTH, Frederik. **A Análise da Cultura nas Sociedades Complexas**. In LASK, Tomke (org.) O Guru, o iniciador e outras variações antropológicas. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000. SAHLINS, 2011 [1987]; CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Negros, Estrangeiros: Os Escravos Libertos e sua Volta à África**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1985].

662 LÉVI-STRAUSS, 1962; GALLOIS, 2007; VIVEIROS DE CASTRO, 2006; DESCOLA, 2009.

663 O maior de todos os riscos parece ser o equívoco de tratar as “culturas” de povos indígenas e comunidades tradicionais como conjuntos articulados, monolíticos e relativamente constantes no decurso da história, que servem bem às ideias de “preservação” ou “proteção” presentes nas estratégias jurídicas e políticas de proteção a CT, mas que terminam por ser de pouca valia. “Preservação” prevê, direta ou indiretamente, a manutenção de algo existente, e que não deve ser mudado. “Proteção” implica, por sua vez, uma espécie de tutela paternalista contra um perigo externo. A visão *mainstream* do ambientalismo adota ambas as definições, assim como a grande parte das atuais políticas de patrimonialização história e cultural. A antropologia – tanto por meio de etnografias específicas de determinados grupos e de certos casos (etnologia indígena, sobretudo), quanto pelas reflexões mais gerais em torno da própria noção de “cultura” (teoria antropológica) – fornece uma contribuição exemplar para pensar justamente o oposto: que culturas transformam-se, de finem-se estrategicamente e em oposição ao outro, e que definem-se muito mais por sua complexidade e multiplicidade do que por sua unidade.

Os povos indígenas, sobretudo em suas gerações mais jovens, empregam a todo tempo categorias como cultura e propriedade. Muitas vezes, no próprio sentido euramericano, e não por meio de adaptações⁶⁶⁴. Ou seja, empregam cultura nos sentidos exatos em que contextos ocidentais a utilizam.⁶⁶⁵

Em um evento entre povos indígenas no final de 2016, conforme me relatou Dominique T. Gallois⁶⁶⁶, um senhor aviltou-se ao descobrir que outros índios haviam publicado nas redes sociais, sem autorização, uma foto com a arte gráfica de seu povo, ao que manifestou seu descontentamento em alto e bom som: “*vou processar vocês por violar nossos direitos autorais!*”. Como interpretar este tipo de uso? Indigenizou a propriedade intelectual ou submeteu-se à mercantilização de sua cultura? Em diálogo com o tema, a mesma autora propõe que se faça:

uma reflexão mais positiva a respeito das transformações vivenciadas por comunidades indígenas na Amazônia, quando se apropriam de instrumentos das políticas públicas de proteção de territórios, ou de registro de seus patrimônios. **Nesses processos, elas não só criam novos objetos como constroem a si mesmas, enquanto sujeitos políticos e ativos agentes da mudança** (GALLOIS, 2007).

Trata-se de um conflito ontológico⁶⁶⁷ entre regimes de conhecimento distintos para o qual soluções são encontradas. John & Jean Comaroff, em “Ethnicity Inc.” (2009), já haviam sinalizado para a importância dos vínculos entre etnicidade construída e identidade em sociedades africanas pós-coloniais⁶⁶⁸. Por ventura, povos tradicionais fazem reivindicações baseadas em essencialismos estratégicos⁶⁶⁹ e redes de articulação⁶⁷⁰, de modo que casos de patrimonialização podem tanto petrificar o conhecimento quanto criar

664 Menos *kastom*, o neologismo melanésio criado a partir do costume (*custom*) (cf. STRATHERN & HIRSCH, 2006), e mais a definição mais precisa, essencialista, convencional e “senso comum” de cultura.

665 Embora, é claro, definir e operar este conceito seja talvez uma das grandes questões colocadas pela antropologia para si mesma até hoje. Para Manuela Carneiro da Cunha, esta é a “cultura” com aspas, dos contextos interétnicos, distinta da cultura sem aspas, aquele conjunto de elementos “em si”. CARNEIRO DA CUNHA, 2009. Marilyn Strathern lembra que a vantagem do conceito de cultura é que “todo mundo tem”. STRATHERN, Marilyn. **The Nice Thing About Culture is That Everyone has it**. In: *Shifting Contexts: Transformations in Anthropological Knowledge*. Londres: Routledge, 1995, pp. 153-176.

666 Conversa informal realizada em novembro de 2016.

667 ALMEIDA, Mauro de. **Caipora e Outros Conflitos Ontológicos**. R@u, Revista de Antropologia da UFSCar, v.5, n.1, 2013, p. 7-28.

668 COMAROFF, John & COMAROFF, Jean. **Ethnicity Inc.** Chicago: University of Chicago Press, 2009.

669 “Essencialismo estratégico” é a expressão de Gayatri Spivak sobre a dinâmica de essencialização temporária de determinadas características identitárias para fins políticos, e que ocorre apenas em determinados espaços e de modo estratégico. SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **The Post-Colonial Critic: Interviews, Strategies, Dialogues**. Editado por Sarah Harasym. New York: Routledge, 1990. Outra pergunta, é claro, deve ser feita: o essencialismo estratégico não deixa de ser a criação de um núcleo identitário relativamente imutável. É possível falar sem acreditar nele?

670 Os povos indígenas do Brasil, que são mais de 250, bem como todas as comunidades tradicionais, não poderiam ser mais diferentes entre si, mas estrategicamente mobilizam-se conjuntamente para reivindicar seus direitos. Para lembrar Eduardo Viveiros de Castro, “no Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é”.

novas conexões e valorização dos saberes⁶⁷¹.

Outro caso, relatado por Manuela Carneiro da Cunha, é distinto: "O velho levantou-se. Olhou para o auditório e disse com indignação: *Alguém aqui acha que honi é cultura? Eu digo que não é!*". O que é, então? Lilia Schwarcz comenta que talvez pretendia:

[s]ublinhar a patente local da "cultura do honi", e negar a ideia de que ela corresponderia a uma espécie de tesouro universal. E por isso a defesa da perereca, ou melhor, do honi, era tão fundamental para os índios katukina.⁶⁷²

Com efeito, trata-se de questionar os contextos dos usos. Passa-se a refletir sobre a valorização simbólica e, sobretudo, o reconhecimento dos próprios povos indígenas e comunidades tradicionais⁶⁷³.

Ora ressaltar a diferença, ora a universalidade. Em suma, a não centralidade da propriedade intelectual não implica, da parte de tais povos, a negação de sua gramática: quando pertinentes, são usados amplamente como recursos para discursos políticos e para fundamentação de argumentos jurídicos, a despeito da relativa incompatibilidade⁶⁷⁴. Este talvez seja o ponto central do percurso até aqui.

Estes casos renovam os inúmeros debates contemporâneos sobre os sentidos da propriedade⁶⁷⁵. Entretanto, não resolvem o problema das *consequências*. Por exemplo, no Xingu, muitos jovens Kinsêdjê sabem falar *sobre*, mas não sabem *e/ou* não se interessam no *fazer* xamânico⁶⁷⁶. Nos mundos ameríndios, “falar sobre” não é conhecer, pois os modos

671 Como casos bem-sucedidos além do já mencionado kusiwa dos Wajãpi, cf. debates sobre as políticas de patrimonialização na Bolívia. BIGENHO, Michelle; STOBART, Henry. **The Devil in Nationalism: Indigenous Heritage and the Challenges of Decolonization**. International Journal of Cultural Property, vol. 23, n. 2, 2016, p. 141-166.

672 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **De Volta à Realidade das Tribalizações**, 2013, Estadão, disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral/de-volta-a-realidade-das-tribalizacoes,470170>

673 Como afirma Dominique Gallois (2007): “[O] “bem” cultural e, muitas vezes, menos importante que a produção de “produtores” desses bens. [...] **E no campo do reconhecimento político, da agregação de valores simbólicos, que eles contribuem para a construção da cidadania das populações indígenas**” GALLOIS, 2007. Matthias Leistner considera tratar-se de “individual, collective and cultural achievements (heritage)” combinados, que produzem um “subject matter more complex than the established categories of IP law”. LEISTNER, 2004, p. 57.

674 Povos indígenas valem-se de todos os instrumentos que lhes são disponíveis, formais e informais, jurídicos e políticos. Portanto, uma negação ou defesa de direitos de propriedade em termos político-ideológicos não faz sentido. Este tipo de discussão interessa mais aos anseios dos teóricos do que aos ativistas e sujeitos envolvidos. É insistir em uma visão romântica do “bom selvagem”, desta vez atualizado para lutar contra as forças do capitalismo global. Infelizmente para os anseios ocidentais, não é exatamente disso que se trata. Enquanto se discute o que é ou não é história, alguns a tomam pelas mãos. TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the Past: Power and the Production of History**. Boston: Beacon Press, 1995.

675 cf. **Why Private Property? Politics of Property and its Alternatives**. Conferência: Bruxelas, 20 e 21 de junho de 2017: <http://whyproperty.org>.

676 COELHO DE SOUZA, 2012.

de conhecer exigem o fazer, o que faz a questão dos impactos dos direitos ser importante.

Então, o interesse deixa de ser meramente antropológico: se os direitos servem para destruir e não para efetivar o que buscam tutelar, se servem para acabar com a diferença e não para promover a tolerância, a longa crítica ao etnocentrismo intrínseco e inequívoco da linguagem de direitos⁶⁷⁷ estará correta. Por outro lado, Rajshree Chandra aponta que tão perigoso quanto defender direitos sem refletir criticamente será abandoná-los, ignorando a possibilidade de seus usos subversivos⁶⁷⁸. A astúcia dos direitos implica suas dualidades intrínsecas e incorporadas⁶⁷⁹; e, afinal, direitos são inevitavelmente paradoxais⁶⁸⁰.

Este é o caso inequívoco do exercício e da gramática de direitos de propriedade intelectual, que historicamente favoreceram uns em detrimento de outros. Vale mesmo a pena insistir nessa categoria? Contra um ceticismo irrefreável ou uma paralisia sem solução, Wendy Brown conclui que:

Ao contrário das contradições, que podem ser exploradas, ou da mistificação, que pode ser exposta, ou da negação, que pode ser forçada a se confrontar consigo mesma, ou até mesmo o desespero, que pode ser negado, a política do paradoxo é muito difícil de negociar. O paradoxo parece se autocancelar infinitamente, como uma condição política de realizações perpetuamente minadas, uma categoria de discurso em que toda verdade é atravessada por uma contraverdade e, portanto, um estado em que a elaboração de estratégias políticas está paralisada. (...) Será que o potencial político do paradoxo pode parecer maior quando se está situado numa historiografia não progressiva, numa em que, em vez da transformação linear ou mesmo dialética, as estratégias de deslocamento, perplexidade e ruptura são operativas? (BROWN, 2001, p. 16-7)

Ou, simplesmente, como afirma Marshall Berman:

[S]er moderno é viver uma vida de paradoxo e contradição. É sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detêm o poder de controlar e frequentemente destruir comunidades, valores, vidas; e ainda sentir-se compelido a enfrentar essas forças, a lutar para mudar o seu mundo transformando-o em nosso mundo. É ser ao mesmo tempo revolucionário e conservador: aberto a novas possibilidades de

677 cf. WALDRON, Jeremy. **A Right-Based Critique of Constitutional Rights**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, n. 1, 1993, p. 18-51; KENNEDY, David. **The International Human Rights Movement: Part of the Problem?**. European Human Rights Law Review, n. 3, 2001; Michel Foucault em seus primeiros trabalhos. Não custa lembrar que, em suas últimas obras, Foucault passa a empregar a linguagem de direitos, tema abordado por GOLDER, Ben. **Foucault and the Politics of Rights**. Stanford: Stanford University Press, 2016.

678 CHANDRA, Rajshree. **Forest Rights: Notes on an Alternative Political Agenda for Property**. Law and Society Annual Meeting, Cidade do México, junho de 2017.

679 CHANDRA, Rajshree, **The Cunning of Rights**. Delhi: Oxford University Press, 2016.

680 Segundo Brown, direitos constituem paradoxos em pelo menos dois sentidos: o de reforçar o que se espera ser uma identidade a ser protegida (o que é ser indígena, por exemplo, passa a ser delimitado pelas leis protetivas a “índios”, que passam a excluir o que “deixa de ser” indígena) e o de intensificar, durante seu exercício, desigualdades entre grupos já antes materialmente desiguais. BROWN, Wendy. **Suffering Rights as Paradoxes**. Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory, Vol. 7, 2, junho de 2000, p. 208-229.

experiência e aventura, aterrorizado pelo abismo niilista ao qual tantas das aventuras modernas conduzem, na expectativa de criar e conservar algo real, ainda quando tudo em volta se desfaz (BERMAN, 1986 [1981], p. 13-4).

Concluo com o que parece ser o cerne da questão: não é possível menosprezar os sentidos das disputas em torno dos direitos de povos tradicionais, no Brasil e no mundo. No momento em que se assiste à insurgência de um ancião indígena reivindicar que os direitos de seu povo estão sendo desrespeitados, é preciso fazer uma escolha.

Pode-se encarar como a prova irrefutável do fim de sua particularidade, de sua “cultura”, de sua existência. Neste caso, CT são o último resquício de um tempo que não volta mais, aceno melancólico de uma tragédia anunciada há muito.

Em outra perspectiva, tem-se a transformação – universal e particular ao mesmo tempo – de ideias euramericanas, convertidas em afirmações existenciais de todos. Nesta perspectiva, os direitos de povos tradicionais sobre seus CT, tão paradoxais quanto quaisquer outros, são o futuro possível que se pode pretender ter.

7.2. Povos Tradicionais na Construção do Direito Transnacional

O acúmulo de normas, políticas e debates sobre CT não está concentrado exclusivamente nas mãos das organizações internacionais e legisladores nacionais. Isto decorre do fato de que a oposição entre direito nacional e internacional tem potencial explicativo e normativo limitado diante de temas crescentemente globais como CT, em que ocorrências locais têm efeitos transnacionais e transfronteiriços.

Nesse contexto, debates contemporâneos enfocam a emergência e construção de um direito global⁶⁸¹ e/ou direito transnacional⁶⁸². Ao mesmo tempo, pluralismo jurídico global⁶⁸³ e governança global⁶⁸⁴ apresentam-se como um contraponto ao enfoque nas normas dos direitos estatais nacionais. O direito internacional é também alvo de muitas

681 TEUBNER, Günther. **Global Law Without a State**. London: Dartmouth Pub. Co, 1996.

682 cf. COTTERELL, Roger. **What is Transnational Law**. *Law and Social Inquiry*, 37, 2012, p. 500-524; ZUMBANSEN, Peer C. **Transnational Law, Evolving**. In: SMITS, Jan (org.). *Encyclopedia of Comparative Law*, London: Edward Elgar, 2ª ed, 2012, p. 899-925; HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. **Transnational Legal Orders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

683 cf. BERMAN, Paul. **Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

684 cf. KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. **Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order**. *European Journal of International Law*, Vol 17, 1, 2006, p. 1–13.

críticas na perspectiva descolonial⁶⁸⁵ e há propostas alternativas para conceber o intercrucamento entre escalas e ordens normativas, como transconstitucionalismo⁶⁸⁶ e pluralismo ordenado⁶⁸⁷. Na perspectiva de povos indígenas e outras minorias, o tema do pluralismo jurídico também foi amplamente abordado⁶⁸⁸.

A conclusão comum é de que a regulação jurídica de CT envolve o papel ativo dos povos tradicionais: embora de modos diversos e com consequências díspares, esses sujeitos históricos estão construindo o direito⁶⁸⁹ e dando sentido a esta força poderosa, o *tû-tû*⁶⁹⁰. A questão é saber em que termos e sob quais limites.

Instrumentos e normas privadas são progressivamente importantes para a regulação internacional⁶⁹¹; no entanto, permanecem distantes dos debates sobre a regulação global, que enfoca os estados⁶⁹². Com isso, a dicotomia público-privado é instrumentalizada em favor das empresas – ora para ignorá-la, ora para promovê-la – de acordo com seus interesses específicos⁶⁹³. Evidentemente, nesse quadro, qualquer agência de povos tradicionais é altamente limitada.

685 O movimento TWAIL – *Third World Approaches to International Law* confere uma crítica interna ao direito internacional, marcando-o como ilegítimo, eurocêntrico e etnocêntrico. Não se trata de um conjunto específico ou monolítico de autores, mas que guarda em comum adotar a perspectiva do Terceiro Mundo na análise do direito internacional. Inspiram-se diretamente em teóricos pós/anti/descoloniais, em especial dos movimentos de libertação nacional do século XX na África e Índia. cf. MUTUA, Makau; ANGHIE, Anthony. **What is TWAIL?** Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 94, 2000, pp. 31-40; PAHUJA, Sundhya. **Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and the Politics of Universality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

686 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

687 DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné: Les Forces Imaginantes du Droit, 2**. Paris: Seuil, 2006.

688 cf. SOUSA SANTOS, Boaventura. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. In: SOUTO, C.; FALCA O, J. (Org.). *Sociologia e direito: textos básicos de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 109-117; WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014; MERRY, Sally Engle. **Legal Pluralism**. *Law and Society Review*, Vol. 22, 5, 1988; FALK MORRE, Sally. **Law As Process: An Anthropological Approach**. London: Routledge, 1978; von BENDA BECKMANN, Keebet; von BENDA BECKMANN, Franz. **Political and legal transformations of an Indonesian polity. The nagari from colonisation to decentralisation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; COMAROFF, John; ROBERTS, Simon. **Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context**. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

689 Analiticamente, a disputa pode ser descrita em termos do “campo” no sentido de Pierre Bourdieu: atores competindo mutuamente por meio de capitais diversos (simbólico, econômico, político, cultural) em um jogo finalmente de soma zero. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. Para uma aplicação no direito, cf. DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1996. Mas aqui, é preferível um construtivismo radical das categorias jurídicas, conforme aponta Bruno Latour, que permite uma vez mais lembrar que não há direitos imutáveis e naturais, mas construídos e híbridos. LATOUR, Bruno. **La Fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État**. Paris, La Découverte, 2002.

690 ROSS, 2004 [1951]; cf. Prefácio.

691 SASSEN, Saskia. **Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

692 MUIR-WATT, Horatia. **Private International Law Beyond the Schism**. *Transnational Legal Theory*, Vol 2, 3, 2011, p. 347–427

693 Ibid.

No entanto, Balakrishnan Rajagopal chama atenção para o “direito internacional de baixo para cima” (*international law from below*)⁶⁹⁴. Ao contrário de ser formado exclusivamente pelas grandes discussões em salas de conferências em Nova York e Genebra, o direito internacional moderno foi construído pelo papel de movimentos sociais no Sul Global. Com isso, permite-se atentar ao conjunto de práticas locais, descentralizadas e a princípio irrelevantes.

As comunidades tradicionais no Brasil, aquelas que Antonio Candido apontou como “ao rés do chão”⁶⁹⁵, têm um papel na construção do direito transnacional contemporâneo, seja em sua mobilização política⁶⁹⁶, seja nas formas de gestão dos recursos comuns, incluindo CT⁶⁹⁷. Um ótimo exemplo é a articulação recente em torno do Stevia, o adoçante “natural” baseado no CT dos índios Guarani, que envolveu diversos atores (universidades, organizações não-governamentais) no Paraguai e na Europa⁶⁹⁸.

A demanda é que seja realizada a repartição de benefícios *a posteriori* com os Guarani do Paraguai e, de modo inédito, propõe que ela seja feita por meio de demarcação de terras⁶⁹⁹. A articulação teve o condão de promover suficiente pressão sobre as empresas transnacionais para adequarem suas estratégias de marketing e, sobretudo, de abrirem espaço para negociar.

Esta litigância não é nem nacional nem internacional, mas transnacional: não se vale de Judiciários nacionais nem de instâncias juridiformes internacionais. Ademais, o caso chama atenção para a vinculação entre direitos intelectuais indígenas e seu território: articulação necessária, intrínseca e indispensável entre ideia e matéria, entre intangível e

694 RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

695 CANDIDO, Antonio. **A vida ao rés-do-chão**. In: *Para gostar de ler: crônicas*. São Paulo: Ática, 2003. p. 89-99.

696 cf. Parte II – Política Ameríndia e Política dos Brancos: Associações e Protocolos; GRAHAM, Laura. **Performing Indigeneity: Emergent Identity, Self-Determination, and Sovereignty**. In: _____; PENNY, Glenn. *Performing Indigeneity: Global Histories and Contemporary Experiences*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2014.

697 OSTROM, HESS, 2007.

698 Berne Declaration, CEIRAD, Misereor, Pro Stevia Switzerland, SUNU & University of Hohenheim. **“The Bitter Sweet of Stevia: Commercialisation of Stevia-derived sweeteners by violating the rights of indigenous peoples, misleading marketing and controversial SynBio production”**. Novembro de 2015. Disponível em:

https://www.publiceye.ch/fileadmin/files/documents/Biodiversitaet/BD_STEVIA_REPORT_EN.pdf

699 A contenda parece levar em conta a maior prioridade dos Guarani: como um todo, a situação contemporânea dos povos indígenas no mundo todo em relação a suas terras, como se sabe, é extremamente grave. Mas no caso específico dos povos Guarani, tanto no Paraguai quanto no Brasil, a expulsão de terras pela expansão agrícola e a ausência de demarcação são ainda mais notáveis: os Guarani-Kayowá do Mato Grosso têm nos últimos anos denunciado o genocídio a que têm sido submetidos rotineiramente em conflitos fundiários, simbólicos e violentos da maior gravidade.

tangível, entre intelectual e material. Assim, neste contexto específico, reconhecer terras indígenas Guarani constituiria uma maneira efetiva e muito real de valorizar CT e suas populações detentoras.

Enquanto isso, na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), as negociações e a redação de um possível tratado internacional de CT continuam inconclusivas e com pouca participação das comunidades tradicionais⁷⁰⁰. Esta não é uma alternativa possível. Portanto, em relação às arenas globais, os povos tradicionais, em suas práticas locais, beneficiam-se de maior grau de autonomia, flexibilidade e criatividade, vantagens da autorregulação⁷⁰¹.

Por outro lado, um contraponto é mais do que necessário. As ideias de regulação de baixo para cima, do local ao global, podem ser tomadas como prova de que um direito flexível – baseado nas formulações e práticas dos próprios agentes econômicos globais, administrado de modo descentralizado – é superior, mais eficiente e mais adequado em relação ao “velho e obsoleto” direito estatal⁷⁰². Este tem sido um argumento particularmente recorrente nas últimas décadas. Entretanto, não se trata de puramente substituir o público pelo privado.

Como apontou Saskia Sassen, a economia global é marcada pela brutalidade. Ela não é gerada apenas pela violência direta de estados autoritários, mas sobretudo como decorrência da complexidade, de modo que “complexidade gera brutalidade”⁷⁰³. Isto serve muito mais aos interesses dos atores econômicos transnacionais, os maiores beneficiados por esta (auto/des)regulação, do que a povos tradicionais, seus maiores afetados.

Portanto, o que se descreveu neste trabalho não foi a aplicação da proposta regulatória de “instrumentos contratuais”, defendida por Estados Unidos, Japão, Coreia do Sul e Canadá no IGC-WIPO⁷⁰⁴. Para estes, a autorregulação assume praticamente um fim em si mesmo e tem por objetivos primordiais a desburocratização e o estímulo aos usos dos CT por atores econômicos privados. Nestes âmbitos, povos tradicionais perdem os

700 ROBINSON; ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

701 Em termos de análise econômica do direito, a participação de comunidades tradicionais traz mais benefícios do que custos às relações jurídicas e econômicas a elas ligadas: promovem regras mais claras, diminuem custos de transação e produzem ao final maior segurança jurídica.

702 Em temas importantes, este é exatamente o tipo de argumento em favor de privatizações, expansão da arbitragem comercial e a *lex mercatoria* global.

703 SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

704 WENDLAND, 2017.

poucos critérios de proteção que lhe são conferidos pelas normas internacionais e nacionais⁷⁰⁵. Seria a chancela do poder econômico transnacional⁷⁰⁶.

Pelo contrário, a regulação transnacional de baixo para cima é justamente uma reação a estes processos, inclusive a submissão de práticas comunitárias a interesses nacionais. O intuito é oferecer uma complexificação deste debate entre regulação e autorregulação. Pretendi estabelecer os contornos pelos quais esta aparece em termos subversivos⁷⁰⁷ no caso dos CT, sem omitir que os povos tradicionais estão submetidos a um arranjo global de proteção no máximo precário.

Em termos mais amplos, as políticas públicas estatais e a atuação empresarial também têm o condão de inviabilizar qualquer tentativa de boa autorregulação. Nestes casos, o romantismo da autogestão em pequena escala deve dar lugar ao pragmatismo dos grandes conflitos. Trata-se de um misto necessário, e sempre frágil, entre regulação e autorregulação: normas transnacionais de conduta, normas de direitos humanos, códigos de boas práticas corporativas, leis nacionais, instrumentos contratuais, protocolos. Todos juntos, nenhum isolado.

Por isso que, ao fazer uma análise de regimes regulatórios como as da Comunidade Andina e das Filipinas, dois exemplos bem-conhecidos, Graham Dutfield afirma que “experience strongly suggests that after twenty years of trying, these have done far less to encourage fair exchange – or any exchange for that matter – than we expected”⁷⁰⁸. Por isso, ainda é preciso que governos ingressem para corrigir disparidades.

Diante desta advertência, ao elicitar as práticas jurídicas dos povos tradicionais para proteger seus CT, a maior lição é reconhecer que o processo de (re)construção da dogmática jurídica não está centralizado exclusivamente nas mãos de organizações

705 Ademais, internalizar o discurso e a “rotinizar” o direito internacional nas práticas locais têm por consequência criar um sentido de “autodisciplina” jurídica na comunidade local e um apagamento das linhas de responsabilidade entre o internacional e o local. ESLAVA, Luis. **Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 256-7.

706 A substituição de instrumentos legislados por meios flexíveis e negociados prova-se um fator de grande fortalecimento do poder econômico em casos de disparidade estrutural de poder econômico e político entre as partes negociantes. cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Monopolies and Underdevelopment: From Colonial Past to Global Reality**. London: Edward Elgar, 2015.

707 MUIR-WATT, 2011; FRANKENBERG, Günther, **Comparative Law as Critique**. London: Edward Elgar, 2016. Em especial, lembro de Dom Paulo Evaristo Arns, que, em pronunciamento antes da reunião anual da Sociedade para o Desenvolvimento Internacional (1983), afirmou: “Subversivo significa virar a situação ao avesso e olhar para ela do outro lado”; isto é, o lado “das pessoas que têm que morrer para que o sistema siga em frente”.

708 DUTFIELD, 2017, p. 335.

internacionais como a OMPI nem de alguns poucos Estados nacionais - muito embora, é claro, eles e os atores que os compõem tenham também um papel central.

Nesse sentido, ativismo político e direito não são duas alternativas díspares, mas faces distintas de um mesmo processo. É com base neste direito vivo⁷⁰⁹, expresso em ideias que circulam e se consolidam, de estratégias e lutas de atores pequenos e grandes, que emerge a regulação transnacional.

7.3. Um Último Balanço das Propostas Regulatórias

Ao se analisar as soluções institucionais, as legislações dos Estados, os debates nos organismos internacionais, as propostas de acadêmicos e os dilemas práticos e teóricos apontados ao longo deste trabalho, percebe-se que o problema é muito menos o de definir o que sejam “conhecimentos tradicionais”⁷¹⁰ e muito mais de *como* protegê-los de forma eficaz. O tom geral das propostas é de um forte pragmatismo⁷¹¹ consciente da complexidade do debate. Não há ingenuidade entre seus participantes.

Nesse sentido, a profunda dificuldade de diferenciar “biopirataria” de “bioprospecção” não é um problema dogmático-conceitual, mas prático⁷¹². O problema é que, diante de uma situação dúbia, a conclusão tem sido invariavelmente pela ausência de responsabilidade das empresas, institutos de pesquisa e estados. Silke von Lewinski conclui que “long-lasting solutions can be reached only if both sides show mutual interest

709 EHRlich, Eugen. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1936 [1913].

710 Não há definições prévias quanto ao que consiste os CT de cada povo; ou seja, não há conceituação substantiva. Nesse sentido, sua definição não pode ser essencialista, já que CT são uma relação, uma forma, e não um conteúdo.

711 Trata-se de pragmatismo decorrente de um tema cujas discussões, mesmo na academia, são orientadas por dificuldades práticas muito evidentes. Pois que as propostas estão efetivamente mais próximas dos pragmatistas norte-americanos, como William James, John Dewey e Charles Pierce, do que de uma lógica utilitarista. Novamente, Mauro Almeida sintetizou bem: buscam-se “entendimentos pragmáticos” entre distinções ontológicas aparentemente irreconciliáveis. Nesse sentido, a análise jurídica se debruça sobre a “existência real” (*Sein*) e não sobre a “essência” (*Wesen*) dos conhecimentos tradicionais. Esta é a perspectiva adotada por Calixto Salomão Filho (1993): “[P]arece retornar o problema, recorrente nesse trabalho, de verificação da essência dos institutos jurídicos. Mais uma vez a resposta será a mesma: negativa da procura da “essência”, busca “ao contrário”, dos elementos que caracterizam a “existência” real do instituto (portanto *Sein und nicht Wesen*)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

712 A ilustrativa pesquisa empírica de Enio Antunes Rezende mostra o quanto mesmo para bem-intencionados as fronteiras são complexas. REZENDE, Enio Antunes. **Biopirataria ou Bioprospecção? Uma Análise Crítica da Gestão do Seber Tradicional no Brasil**. Tese (Doutorado em Administração), Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2008.

and understanding and, on this basis, agree on common solution”⁷¹³.

Efetivamente, a linha tênue entre pesquisadores bem-intencionados e biopirataria pura e simples tem sido rompida no imaginário comum com boas razões. Até mesmo em minha curta experiência com as erveiras do Mercado Ver-O-Peso, em Belém do Pará⁷¹⁴, vi-me na especulação possível de que todo o imbróglio político-jurídico-cultural teve início com alguém exatamente como eu: *“um jovem como você”, que “chegou, assim que nem você está chegando, fazendo algumas perguntas”*⁷¹⁵.

Quando Edilene Coffaci de Lima menciona que os Katukina optaram por não admitir nenhum pesquisador após o escândalo de biopirataria de SelvaViva, as razões da relutância são mais do que justificadas⁷¹⁶. Aliás, como não seriam? Em uma sociedade em que a questão indígena tem sido “resolvida” a balas, é difícil vislumbrar uma articulação que não seja antes de tudo marcada pela desconfiança legítima⁷¹⁷.

Por isso, quanto mais próximo dos casos reais, das experiências vividas e dos sonhos despedaçados (de todos os lados), mais instrumentos como os protocolos comunitários podem ser importantes para seguir adiante no projeto do uso sustentável, ético, justo, consensual e eficiente dos CT nas pesquisas científicas. Os atores envolvidos nas múltiplas iniciativas de organização e engajamento comunitário, nos Núcleos de Inovação Tecnológica das universidades, nos processos do CGEN e nas mesas de discussão da OMPI fazem um esforço para estabelecer, por precários que sejam, laços de boa-fé e confiança. Sem isso, nada é possível.

É nesse sentido a defesa de Michael F. Brown de formas negociadas de usos de CT em oposição à “proteção total do patrimônio”, expressão que considera impraticável⁷¹⁸. O autor se considera impressionado com as soluções a problemas complexos encontradas

713 LEWINSKI, Silke von. 2004, p. 396

714 Abril de 2017.

715 Entrevista realizada com erva em abril de 2017.

716 LIMA, 2009.

717 Em “A Democracia na América”, Alexis de Tocqueville relata que na Filadélfia os cidadãos negros não iam votar, embora a legislação estadual assim permitisse à época, pois sentiam-se compelidos a não fazê-lo. Para Tocqueville, esta forma de tirania é tão ou mais eficaz para a dominação, pois *“deixa o corpo e vai diretamente à alma”*. Com esta lição em mente, não se deve subestimar a tirania social de uma maioria moral, seja nos Estados Unidos do século XVIII, seja no Brasil do século XXI. Nisso há um aspecto de difícil mensuração, mas muito relevante: nas mãos de pessoas que acreditam que índios devem ser “aculturados”, meramente “inseridos” na “civilização” ou até mesmo dizimados, não há qualquer possibilidade de uma decisão jurídica que respeite as várias normas internacionais e nacionais dos direitos dos povos indígenas. TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. New York: Harper Perennial Modern Classics, 2006 [1835].

718 BROWN, 2003.

por diversos atores: membros de comunidades indígenas, bibliotecários, ativistas, artistas, funcionários estatais e de empresas. Eis que não se trata de um ou outro, mas todos. O próprio uso da ideia de “propriedade intelectual indígena”⁷¹⁹ para subverter os usos mais comuns de “propriedade intelectual”, assim como a “propriedade [material] subversiva” de Chandra⁷²⁰ no caso indiano, também.

O contraponto é também pragmático: Eric Hirsch, a partir do caso da Melanésia, sustenta que usar a noção de “propriedade” pode ser mais interessante do que “propriedade intelectual”, evitando complexidade conceitual excessiva aos tribunais e aumentando o escopo da proteção⁷²¹. Nessa linha é a proposta de Juliana Santilli, que, como muitos outros, propõe sistemas *sui generis* de proteção a conhecimentos tradicionais em contraposição às categorias rígidas existentes na propriedade intelectual⁷²².

Menos céticos e mais esperançosos, outros propugnaram a reformulação de noções de “direitos autorais coletivos”⁷²³ e a aplicação de indicações geográficas para conhecimentos tradicionais. Ruth Okedji propõe uma nova concepção de “domínio público”⁷²⁴; Brendan Tobin, a aplicação de direitos costumeiros⁷²⁵. Silke von Lewinski descartara a opção do direito costumeiro em 2004 não por não o considerar relevante, mas por considerar muito difícil sua aplicação⁷²⁶. E assim por diante.

O reconhecimento das disfunções do sistema global de propriedade intelectual atual deve fazer refletir sobre os porquês e o como de um modelo previsto para enaltecer a criatividade e a inovação se converteu em sua própria derrocada⁷²⁷. O sistema que objetivou impedir a apropriação antiética – muito antes de ser ilegal – de obras e criações alheias tornou-se seu maior promotor. É neste aspecto que se reaproximam CT e a

719 RIMMER, 2015.

720 CHANDRA, 2016.

721 HIRSCH, 2006.

722 SANTILLI, 2005.

723 Como caso de insucesso, os casos registrados nos Estados Unidos como o do Pueblo de Santo Domingo (Wüger, 2004, p. 186). Como casos bem-sucedidos, a jurisprudência australiana sobre arte aborígine, especialmente *Milpurrurru v. Indofurn* (1994) e *Bulun Bulun v. R & T Textiles* (1998). WÜGER, 2004, p. 186; RIMMER, 2015.

724 OKEDJI, 2017.

725 TOBIN, 2017.

726 LEWINSKI, 2004.

727 Algumas das considerações desta dissertação podem levar a crer tratar-se de uma defesa ávida e inequívoca de direitos de propriedade intelectual – sua gramática, sua utilidade e sua relevância sócio-histórica. De fato, não é preciso negar os breves e poucos momentos em que propriedade intelectual serviu à correção de disparidades socioeconômicas, ao controle do poder econômico e, de modo amplo, à valorização da criatividade (humana e não-humana). Outras considerações podem parecer o oposto, e sinalizar à leitora desconfiada um ativismo contra exatamente esses mesmos direitos. Mas também disso não se trata.

circulação de todas as ideias e conhecimentos no mundo hoje. Por que não, como alternativa, uma “propriedade intelectual indígena”?

Por isso, o que parece certo é o quanto quaisquer propostas regulatórias, sejam elas de propriedade, quase-propriedade ou responsabilidade⁷²⁸, sejam de direitos *sui generis* ou arranjos de *commons*, exigem pensar no papel ativo dos detentores de conhecimentos tradicionais. Sem este pressuposto compartilhado, a máscara da imparcialidade jurídica serve apenas ao cinismo. Não surpreende que boa parte dos autores, conscientes dos dilemas imbricados nos CT, concluem com chamados éticos e atrelados a debates de democracia. Rosemary Coombe prefere uma “ética da contingência”⁷²⁹; Laurelyn Whitt, a justiça global de Iris Young⁷³⁰; Eliane Moreira⁷³¹, Inês Prado Soares⁷³² e Caroline Picart⁷³³, a gramática universalista de direitos humanos.

Também é preciso expandir a discussão para o âmbito da atuação dos agentes econômicos. Isto implica colocar a questão nas reflexões sobre a responsabilidade transnacional de empresas, sua obrigação de respeitar direitos humanos e de regular o poder econômico em um mundo de atividades econômicas transnacionais. Em suma, a exigência premente de critérios sérios de responsabilidade e ética sobre o capitalismo contemporâneo.

No outro sentido, empresas ganhariam ao perceber as vantagens das regras de consentimento, prévio, livre e informado e acesso e repartição de benefícios. Elas conferem maior segurança jurídica, diminuem de modo muito expressivo custos de

728 BEAS, 2013.

729 “Whereas it may be impossible to delineate formal rules defining, sanctioning, and prohibiting specific acts of ‘cultural appropriation’, it is possible to enact and practice an ethics of appropriation that attends to the specificity of the historical circumstances in which certain claims are made. Only in such contexts can they be adequately addressed” (p. 230). Coombe faz menção à proposta de Martha Minow e Elizabeth Spelman de considerar demandas “*contextualmente*”, que une filósofos pragmatistas, feministas e teóricos críticos da raça. Trata-se de um “*call to consider the structures of power in society and the systemic legacies of exclusion involving the group-based characteristic of individuals*” (p. 230). De modo muito importante, Coombe sustenta que, nesta proposta, “*context’ is not a reified social totality, like traditional anthropological ‘cultures’, but contingent social fields of agency emergent from specific political trajectories*” (p. 230). COOMBE, Rosemary. **The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law**. Durham: Duke University Press, 1998

730 Whitt retoma os trabalhos sobre justiça global para sustentar o papel necessário dos direitos dos povos indígenas diante da dinâmica (neocolonial) político-cultural do direito contemporâneo. Para a autora, “a robust legal pluralism will be far better positioned to secure justice and ensure survival for all peoples” (WHITT, 2009, p. 213).

731 MOREIRA, Eliane. **Os Conhecimentos Tradicionais como Direitos Humanos Culturais**, Palestra na I Congresso de Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais, 25 de março de 2014, UNISINOS.

732 PRADO SOARES, 2015.

733 PICART, 2016.

transação⁷³⁴ e permitem, enfim, que sejam realizados investimentos em áreas como biotecnologia⁷³⁵.

Com tudo isso em mente, pode-se afirmar: todos os casos mencionados poderiam ter tido outros desdobramentos. Os problemas estão menos nas definições e mais nas práticas, mas há algumas conclusões: o amplo acesso a registros na literatura científica exige repensar o domínio público; demandam-se novos regimes de responsabilidade jurídica; o direito costumeiro precisa ser levado à sério; arranjos interestatais continuam importantes, mas códigos de conduta e contratos bem-feitos são igualmente centrais; bancos de dados são úteis, mas podem criar versões “canônicas” perigosas; políticas de capacitação e informação serão importantes sempre⁷³⁶. E, por fim: é preciso atentar para o que os povos tradicionais estão dizendo e fazendo.

Não haverá uma regulação transnacional possível que acredite na possibilidade de harmonização pela homogeneização e que aposte na capacidade intelectual superior dos juristas e gestores sobre os fluxos múltiplos da realidade. Tais atores, por não se darem conta de que reproduzem estruturas de dominação⁷³⁷, negam a seus interlocutores os sentidos emancipatórios de seu próprio reconhecimento. No entanto, o peso desta responsabilidade é de todos.

Não há dúvidas de que, nesta utopia concreta, os CT e seus detentores terão de ser parte integrante. Os acúmulos normativos, de experiências e políticas públicas das

734 Portanto, perceber que, em uma lógica econômica, há diminuição de custos. Contratos mais bem feitos, com previsão clara de solução de eventuais controvérsias, cláusulas bem definidas e boa alocação de riscos e oportunidades têm sido o objetivo da disciplina contemporânea dos contratos empresariais. Neste aspecto, aplicam-se também às interações complexas com comunidades tradicionais.

735 É claro que uma visão mais próxima da realidade mostra os diversos entraves ao avanço de setores como a biotecnologia. Como apontam ten Kate & Laird já em 2004, “[i]n healthcare, research dollars are flowing into synthetic chemistry for rational drug design, combinatorial approaches, and genetics that focuses largely on human material, with natural products currently left behind” (ten KATE & LAIRD, 2004, p. 134). No caso brasileiro, e no Sul Global em geral, as patentes farmacêuticas propiciadas pelo TRIPS tornaram ainda mais restritas as condições e os incentivos para a inovação tecnológica disruptiva dentro das indústrias farmacêuticas nacionais. Elas enfocam, então, engenharia reversa para produção de medicamentos genéricos, mais do que para criação efetiva de novas técnicas, produtos e processos. Daí que, de fato, recursos genéticos são usados como “atalho” (*bypass*).

736 Por exemplo, o video-game dos Huni Kuim, narrando seus mitos, não tem como objetivo central a geração de renda, mas a valorização e difusão das narrativas míticas do povo. O video-game não tem atrelado nenhum direito de propriedade intelectual nem mesmo uma licença formal *creative commons*. Para este último, o procedimento é rápido e pouco oneroso, mas dependente de conhecimento formal no tema, o que leva a crer que uma política de capacitação em instrumentos jurídicos de *commons* poderia ser interessante.

737 Um mundo estruturado por categorias euramericanas de pensamento não apenas importou modelos prontos e legislações, mas uma forma específica de pensar e conceber a realidade. As estruturas de dominação do poder colonial-econômico, portanto, vão além da letra fria da lei. Constituem um mundo e determinam qual seu próprio lugar nesta história. Cabe bem a advertência de Saïd sobre a “*formidável estrutura de dominação cultural*” e os “*perigos de aplicar essa estrutura sobre eles mesmos*” [povos colonizados], com a lembrança de que certamente permanecem atuais. SAÏD, 2007 [1973].

últimas décadas têm efeitos em geral positivos. Mas ainda assim, seria irreal imaginar que os problemas estão resolvidos: a regulação de CT continua fragmentada, complexa, cheia de lacunas. Encontrar o ponto de equilíbrio é esforço contingente e histórico, sempre em mutação e inserido em critérios e espaços democráticos de decisão⁷³⁸. Contra maniqueísmos, o diabo mora nos detalhes.

738 Aproveito as palavras de Arturo Escobar: “One of the most common questions raised about a study of this kind is what it has to say about alternatives. By now it should be clear that there are no grand alternatives that can be applied to all places or all situations. To think about alternatives in the manner of sustainable development, for instance, is to remain within the same model of thought that produced development and kept it in place. One must then resist the desire to formulate alternatives at an abstract, macro level; one must also resist the idea that the articulation of alternatives will take place in intellectual and academic circles, without meaning by this that academic knowledge has no role in the politics of alternative thinking. It certainly does, as we will see shortly.” ESCOBAR, Arturo. **Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World**. Princeton: Princeton University Press, 1993.

BREVES REFLEXÕES FINAIS: DIREITO E TRANSFORMAÇÃO

O direito euramericano contempla tão somente uma pequena parcela da enorme multiplicidade das experiências humanas, dos mundos existentes e seus regimes de conhecimento. Acaso do destino ou neocolonialismo, há nisso um grande paradoxo: é justamente por meio desse mesmo direito que a continuidade de existência de modos de vida alternativos ao paradigma ocidental depende. E já que ele é das principais arenas de disputas contemporâneas, não faz sentido descartá-lo nem o ignorar.

Em certos momentos, pode-se expandir os limites dessa linguagem, a fim de criar novos conceitos e afirmar a existência de outros direitos – sejam os direitos subjetivos, os humanos e os fundamentais, seja o pluralismo de direitos: pluralismo jurídico, ordens normativas concorrentes e direitos costumeiros. Em outras ocasiões, trata-se de adentrar os meandros da dogmática jurídica e valer-se de instrumentos existentes buscando a garantia de direitos e a própria sobrevivência dessas sociedades. Isso inclui investigar soluções criativas e seguir com rumos imprevistos, até mesmo contratos e sociedades anônimas.

“Conhecimentos tradicionais,” esta noção tanto complexa quanto necessária, encontram-se justamente na fronteira entre o questionamento dos limites das formas jurídicas ocidentais e sua subversão por meio de disputas, entre indigenização do direito e mercantilização de culturas.

Embora prever caminhos futuros esteja muito além das possibilidades deste autor, gostaria de concluir com um pequeno exercício especulativo. Os desafios políticos e epistemológicos dos conhecimentos tradicionais, como insisti ao longo desta dissertação, são talvez os mais complexos possíveis. Mas não é justamente nas fronteiras e nos *gaps*⁷³⁹ que podem surgir as grandes disjunções e a mudança social? Por ora, apostarei nisso.

De sua parte, os contornos mais precisos dos trânsitos, contaminações e rupturas⁷⁴⁰ entre direito e antropologia ainda podem ser objeto de muitos estudos. Em todo

739 TSING, Anna Lowenhaupt. **Friction: An Ethnography of Global Connection**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

740 “Trânsitos e contaminações” é uma expressão da prof. Fernanda Arêas Peixoto para a relação entre antropologia e literatura. A ela acrescentei as “rupturas”, traço inequívoco dos tempos atuais.

caso, servem ambos como horizontes possíveis de um projeto, sonho, ilusão, utopia ou ideal⁷⁴¹ em torno do papel não apenas econômico, mas político e transformador, dos povos e comunidades tradicionais no mundo contemporâneo.

CT envolvem grande indefinição conceitual, bastante desconhecimento social e antropológico, e pouca consolidação de ideias, práticas e cânones. Ainda há muitas incertezas no debate público. Este é um problema para torná-los um conceito operacional e juridicamente protegido, mas por outro lado coloca suas possibilidades de (re)imaginação em um âmbito menos utópico, como se uma transformação estivesse realmente à nossa disposição.

Os exemplos traçados neste trabalho mostram bem como a vida material é explicitamente impactada por discussões jurídicas: até poucas décadas CT eram “domínio público” e não de seus detentores, e isto está longe de poder ser ignorado. No caminho, há ganhos pequenos, outros muitos microscópicos e alguns poucos maiores. Nestes cantos de ida e volta, há igualmente inúmeras perdas. Mas é justamente por isso que se exige dos acadêmicos e atores práticos uma ética de responsabilidade ainda maior.

Ao redor do mundo, debates teóricos, propostas pragmáticas e soluções encontradas para a regulação de CT, por mais pontuais e específicos que sejam, inevitavelmente remetem a dilemas mais gerais. A todo tempo. Neste sentido específico de universalismo, em que tudo e todos se relacionam, escondem-se os fundamentos desse novo e incerto direito global. Em “Cultura com Aspas”⁷⁴², Manuela Carneiro da Cunha descreve o dilema da reflexividade na linguagem, e conclui preferindo a completude à coerência:

“Pode-se escolher entre resignar-se a não poder dizer tudo – e a linguagem será incompleta – ou poder dizer tudo, mas nesse caso ser-se-ia levado a afirmações contraditórias. É preciso optar – e esse é o cerne do teorema de Gödel – entre completude e coerência. [Bertrand] Russell, é claro, optou pela coerência. **Mas só lógicos e advogados exigem coerência.** A escolha do senso comum privilegia a completude, e é por isso que nós, antropólogos, que lidamos com o senso comum, estamos mais interessados em linguagens completas. Assim como quase todo mundo, incluindo-se aí os índios no Brasil” (p. 358).

Sigo-a para esta reflexão jurídica, ousando discordar parcialmente. No direito, coerência e sistematização são ideais que persistem através do paradigma positivista; pode-

741 Esta sequência de conceitos foi tomada de empréstimo de ZUMBANSEN, 2011.

742 CARNEIRO DA CUNHA, 2009.

se até refutá-lo, mas é inegável que se trata de um eco ainda presente. Orienta nossos pensamentos e nossa capacidade de imaginação política enquanto sociedade. A lição parece ser, por fim, de que simplificar não é um caminho possível e de que é preciso internalizar a complexidade.

Por mais tristes que sejam os trópicos⁷⁴³, duas grandes alternativas para os juristas permanecem em aberto: a crítica e a resignação⁷⁴⁴; ser parte da transformação social ou da manutenção das coisas tal como estão; promover mudanças estruturais ou contentar-se com compensações. Se cabe mesmo ao direito propor soluções concretas aos problemas práticos, o papel primordial deste trabalho, para além do diagnóstico de um arranjo jurídico-institucional hoje inadequado às demandas dos detentores de conhecimentos tradicionais no mundo, foi propor uma alternativa para um novo direito. Este direito também prefere a completude à coerência. Sua efetividade permanece em aberto, mas, como mostram os povos ameríndios, parece estar em construção.

743 “Pas plus que l'individu n'est seul dans le groupe et que chaque société n'est seule parmi les autres, l'homme n'est seul dans l'univers. Lorsque l'arc-en-ciel des cultures humaines aura fini de s'abîmer dans le vide creusé par notre fureur; tant que nous serons là et qu'il existera un monde — cette arche ténue qui nous relie à l'inaccessible demeurera, montrant la voie inverse de celle de notre esclavage et dont, à défaut de la parcourir, la contemplation procure à l'homme l'unique faveur qu'il sache mériter: suspendre la marche, retenir l'impulsion qui l'astreint à obturer l'une après l'autre les fissures ouvertes au mur de la nécessité et à parachever son œuvre en même temps qu'il clôt sa prison; cette faveur que toute société convoite, quels que soient ses croyances, son régime politique et son niveau de civilisation; où elle place son loisir, son plaisir, son repos et sa liberté; chance, vitale pour la vie, de se dépendre et qui consiste — adieu sauvages! adieu voyages! — pendant les brefs intervalles où notre espèce supporte d'interrompre son labeur de ruche, à saisir l'essence de ce qu'elle fut et continue d'être, en deçà de la pensée et au delà de la société : dans la contemplation d'un minéral plus beau que toutes nos œuvres; dans le parfum, plus savant que nos livres, respiré au creux d'un lis; ou dans le clin d'œil alourdi de patience, de sérénité et de pardon réciproque, qu'une entente involontaire permet parfois d'échanger avec un chat.” LÉVI-STRAUSS, *Tristes Trópicos*, 1955.

744 COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação – Max Weber e a Teoria Social*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003 [1979].

ANEXO 1 – USO DE CT POR SETOR INDUSTRIAL

Setor	Modo de Uso	Fonte
Indústria farmacêutica	CT não é considerada uma ferramenta útil nos primeiros estágios de triagem de alta produtividade, mas uma vez que o composto ativo é identificado, a maioria das empresas usa CT (quando disponível) para guiar pesquisas subsequentes. Algumas (poucas) empresas dirigem programas de pesquisa baseados em CT; algumas usam CT como base para montar testes de seleção para compostos divergentes (ou melhores) com bioatividade similar, isto é, como compostos de referência para selecionar compostos análogos <u>sintéticos</u> mais ativos.	Literatura, bancos de dados, despachantes intermediários (<i>intermediary brokers</i>). Uma minoria de empresas investe na coleta etnobotânica em campo. Informações etnobotânicas são em geral associadas a amostras como “adicionais”, mesmo se coleções são primeiramente quimiotaxonômicas ou voltadas à ecologia.
Medicina botânica	CT é usado como base para identificar o potencial de desenvolvimento de produto; em estudos de segurança e eficácia; e em formulação. É amplamente usado em marketing de produtos comerciais, algumas vezes desenvolvendo estratégias de colheita selvagem ou cultivo de matérias-primas.	Literatura, bases de dados, feiras comerciais, internet e assim por diante. Intermediários (<i>brokers</i>) seguem pistas da literatura com comunidades locais e institutos de pesquisa. Raramente, a literatura leva empresas no mercado a conduzir pesquisas de campo em espécies com potencial; isto é pesquisa direcionada, e não coleta em larga escala (<i>bulk collecting</i>).
Cosméticos e Higiene Pessoal	CT é usado como base para identificar o potencial de novos caminhos e a direcionar pesquisas para espécies com potencial comercial. É usado em estudos de segurança e eficácia; usado amplamente no marketing de produtos comerciais; e é às vezes usado para desenvolver estratégias de fontes para matérias-primas.	Literatura, bancos de dados, feiras comerciais, internet e assim por diante. Ocasionalmente, intermediários (<i>brokers</i>) seguem pistas da literatura com comunidades locais. Empresas que realizam triagem de alta produtividade investem na coleta de amostras

		etnobotânicas com usos identificados. Outras empresas entram em contato direto, com parcerias “no campo” (<i>field-based</i>) com comunidades para usar CT no desenvolvimento de produtos.
Proteção de Colheitas	Uma pequena porcentagem de empresas usa CT para guiar a coleta e triagem de amostras. Assim como indústrias farmacêuticas, uma vez que a atividade é demonstrada, CT é às vezes usado para decidir na direção subsequente da pesquisa.	Literatura, bancos de dados.
Biotecnologia	Muitas aplicações de biotecnologia, como produção de cervejas e pães, são baseadas em CT milenar, mas a biotecnologia contemporânea usa pouco CT.	
Sementes	Empresas usam pouco CT, mas de fato usam germoplasma que foi pré-gerado por outras organizações para as quais genes de variedades tradicionais podem ter tido contribuição importante	
Horticultura	Muitas variedades ornamentais populares e cultivares vegetais hortícolas devem sua existência à domesticação tradicional e seleção por longos períodos de tempo. Porém, CT é raramente utilizado na seleção e criação de novas variedades hortícolas hoje.	

Fonte: ten Kate & Laird (2002)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDEL-LATIF, Ahmed, 2017. **Revisiting the Creation of the IGC: The Limits of Constructive Ambiguity?** In: ROBINSON, Daniel F., ABDEL-LATIF, Ahmed & ROFFE, Pedro (orgs.). *Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 10-29.
- ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. **A Indústria Cultural: o Esclarecimento como Mistificação das Massas**. In: _____. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Rio: Zahar, 1985, p. 113-156; BENJAMIN, Walter.
- AGRAWAL, Arun. **Dismantling the Divide Between Indigenous and Western Knowledge**. *Development and Change*, vol 26, 3, 1995, p. 413-439.
- ALBERT, Bruce & KOPENAWA, Davi. **A Queda do Céu: Palavras de um Xamã Yanomami**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ALMEIDA, Mauro de. **Caipora e Outros Conflitos Ontológicos**. *R@u, Revista de Antropologia da UFSCar*, v.5, n.1, 2013, p. 7-28.
- ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. Nova York e Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 10.
- ANDERSON, Benedict. **Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism**. Londres: Verso, 1983, 2006.
- ANDERSON, Jane E. **Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- ANGELO, Samir Ricardo Figalli de. **Transmissão e circulação de conhecimentos e políticas de publicação dos Kumua do noroeste amazônico**. 2016. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- APARICIO, Miguel. 2008. **La condicion heterotópica de los espíritus**. In: _____. *Cosmopolítica y transformaciones Suruwaha*. Univ Politecnica Salesiana, Abya Yala, 2015, p.122-143.
- APPADURAI, Arjun, **The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- ARIAS, Marcial. **Pronunciamento no Coloquio de Incomindios sobre la propiedad intelectual de los Pueblos Indígenas en la OMPI**, Genebra, 8 de julho de 2014.
- ARRIGHI, Giovanni. **O Longo Século XX: Dinheiro, Poder e as Origens do Nosso Tempo**. São Paulo: Contraponto.
- ARVELO-JIMÉNEZ. Nelly. **Kuyujani Originario: The Yekuana Road to the Overall Protection of their Rights as a People**. In: FINGER, Michael; SCHULER, Philip. “Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries”. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ÁVILA, Thiago. **Biopirataria e os Wapichana: Etnografia sobre a Bioprospecção e o Acesso aos Recursos Genéticos na Amazônia Brasileira**. *Revista de Estudos e Pesquisas, Funai, Brasília*, v. 3, n. 1/2, p. 225-260, jul/dez 2006.
- BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **Problemas da poética de Dostoiévski**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008
- BALKIN, Jack M. **Deconstructive Practice and Legal Theory**. Faculty Scholarship Series. Paper 291. 1987. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291> Acesso em 14 de junho de 2017.
- BAPTISTA, Fernando Mathias. **Os Impasses da Abordagem Contratualista da Política de Repartição de Benefícios no Brasil: Algumas Lições aprendidas no CGEN e Caminhos para sua Superação**. In: KLEBA; KISHI, 2009.
- BARBOSA, Frederico. **Direitos Humanos, Patrimônio Cultural e Políticas Públicas**. In: PRADO SOARES; CUREAU (orgs.), 2015.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Palestra no evento Direito dos Povos Indígenas**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 10 de novembro de 2015.
- BARBOSA, Samuel. **Palestra no Ato-Debate Direitos dos Povos Indígenas e Quilombolas sob Ataque**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 8 de agosto de 2017.
- BARCELOS NETO, Aristóteles. **Apapaatai. Rituais de máscaras no Alto Xingu**. São Paulo: EDUSP, 2008.
- BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo D. **Acesso aos recursos genéticos, transferência de tecnologia e bioprospecção**. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 42, n. 2, p. 81-98, 1999. Disponível em <[198](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-</p></div><div data-bbox=)

73291999000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 de fevereiro de 2017.

BARTH, Frederik. **A Análise da Cultura nas Sociedades Complexas**. In LASK, Tomke (org.) *O Guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000.

BARTHES, Roland. **A Morte do Autor**. In: _____, *O Rumor da Língua*. Lisboa: Edições 70, 1984.

BEAS, Edson. **Tutela Jurídica dos Recursos da Biodiversidade, dos Conhecimentos Tradicionais e do Folclore: Uma Abordagem de Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. New York: Basic Books, 1974.

BENJAMIN, Walter. **A Obra de Arte na Era de sua Reprodutibilidade Técnica**. In: ADORNO, Theodor et al. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 221-254.

BENJAMIN, Walter. **Über den Begriff der Geschichte**. In: *Werke und Nachlass – Kritische Gesamtausgabe*, Vol. 19. Berlin: Suhrkamp, 2010.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2007.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar: A Aventura da Modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986 [1981].

BERMAN, Paul. **Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

BERNE DECLARATION, CEIRAD, MISEREOR, PRO STEVIA SWITZERLAND, SUNU & UNIVERSITY OF HOHENHEIM. **“The Bitter Sweet of Stevia: Commercialisation of Stevia-derived sweeteners by violating the rights of indigenous peoples, misleading marketing and controversial Syn Bio production”**. Novembro de 2015. Disponível em: https://www.publiceye.ch/fileadmin/files/documents/Biodiversitaet/BD_STEVIA_REPORT_EN.pdf

BHABHA, Homi. **Locais da Cultura**. In: *O local da cultura*. Belo Horizonte: EdUFMG, 1999, pp. 19-46.

BIGENHO, Michelle; STOBART, Henry. **The Devil in Nationalism: Indigenous Heritage and the Challenges of Decolonization**. *International Journal of Cultural Property*, vol. 23, n. 2, 2016, p. 141-166.

BROWN, Michael F. **Who Owns Native Culture**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

BROWN, Wendy. **Suffering Rights as Paradoxes**. *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory*, Vol. 7, 2, junho de 2000, p. 208-229.

BRUSH, Stephen. **Indigenous Knowledge of Biological Resources and Intellectual Property Rights: The Role of Anthropology**. *American Anthropologist, New Series*, Vol. 95, No. 3, 1993, pp. 653-671

BOATENG, Boatema. **The Copyright Thing Doesn't Work Here: Adinkra and Kente Cloth and Intellectual Property in Ghana**. University of Minnesota Press, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BOYLE, James. **Shamans, Softwares, and Spleens: Law and the Construction of Information Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

BOYLE, James. **The Second Enclosures Movement and the Construction of the Public Domain**. *Law and Contemporary Problems*, 2003, Vol 66, p. 33-74, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol66/iss1/2>.

BURK, Dan & LEMLEY, Mark. **Patent Crisis and How the Courts can Solve It**. University of Chicago Press, 2009, p. 3-21

BUSCH, Anna Friederike. **Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America: A Legal and Anthropological Study**. Berlin: Springer, 2015.

CALAVIA SAEZ, Oscar. **A ética da pesquisa na era da autoria: direito intelectual indígena, socialidade e invenção antropológica**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 28, n. 83, p. 73-84, Oct. 2013.

CALAVIA SAEZ, Oscar. **Do Perspectivismo Ameríndio ao Índio Real**. Campos, *Revista de Antropologia Social*, v. 13, n. 2, 2012.

CAMPOS, Thana Cristina de. **Empresas Transnacionais e Direitos Humanos: As Empresas Farmacêuticas como Objeto de Estudo**. São Paulo: Fórum, 2012.

CANDIDO, Antonio. **A vida ao rés-do-chão**. In: *Para gostar de ler: crônicas*. São Paulo: Ática, 2003. p. 89-99.

CANCLINI, Nestor García. **Culturas híbridas, poderes oblíquos**. In: *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Edusp, 2003, pp. 263-327

CANO, Ignacio. **Nas trincheiras do método: o ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil**. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 14, n. 31, set/dez. 2012, pp. 94-119, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222012000300005. Acesso em: 15 de

maio de 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Cultura com Aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; ALMEIDA, Mauro de. (orgs.). **Enciclopédia da Floresta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; ALMEIDA, Mauro de. **Populações Tradicionais e Conservação Ambiental**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Cultura com Aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 267-292.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos Índios no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1998.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Negros, Estrangeiros: Os Escravos Libertos e sua Volta à África**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1985].

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **O Futuro da Questão Indígena**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 8, n. 20, 1994, p. 121-136.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Mortos e os Outros: Uma Análise do Sistema Funerário e da Noção de Pessoa entre os Índios Krahó**. São Paulo: Hucitec, 1978.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; CESARINO, Pedro de Niemeyer. **Políticas Culturais e Povos Indígenas**. São Paulo: UNESP, 2014

CARTA DE SÃO LUIS DO MARANHÃO. 2001, disponível em: <<https://site-antigo.socioambiental.org/noticias/nsa/detalhe?id=127>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

CESARINO, Pedro de Niemeyer. **Oniska: Poética do Xamanismo na Amazônia**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

CHAGNON, Napoleon. **Yanomamö: The Fierce People**. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1968.

CHANDRA, Rajshree. **The Cunning of Rights**. Delhi: Oxford University Press, 2016.

CHANDRA, Rajshree. **Forest Rights: Notes on an Alternative Political Agenda for Property**. Law and Society Annual Meeting, Cidade do México, junho de 2017.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: A Estratégia do Desenvolvimento em Perspectiva Histórica**. São Paulo, Unesp, 2002.

CHAUDHURI, Sudip. **Is Product Patent Protection Necessary to Spur Innovation in Developing Countries?**. in. NETANEL, Neil Weinstock. *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

CLAY, James. **Editorial: Genes, Genius, and Genocide**. Cultural Survival Quarterly 14:4, 1990, p. 1.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2010 [1973].

COELHO DE SOUZA, Marcela Stockler. **A pintura esquecida e o desenho roubado: contrato, troca e criatividade entre os Kisêdjê**. Revista de Antropologia, n. 55. São Paulo: USP. 2012.

COHN, Gabriel. **Crítica e Resignação – Max Weber e a Teoria Social**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003 [1979].

COMAROFF, John L.; ROBERTS, Simon. **Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context**. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

COMAROFF, John & COMAROFF, Jean. **Ethnicity Inc**. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Our Common Future**, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins**. Revista da Faculdade de Direito da USP, 1982. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66956>>. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Direito e o Averso**. Revista dos Tribunais, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. 10ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder & SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas**. São Paulo, 2015.

COOMBE, Rosemary. **The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law**. Durham: Duke University Press, 1998.

COORDINADORA DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS DE LA CUENCA AMAZÓNICA -

- COICA. **Biodiversidad, Derechos Colectivos y Regimen Sui Generis de Propiedad Intelectual**. 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Povo Saramaka v. Suriname**. 28 de novembro de 2007.
- COTTERELL, Roger. **What is Transnational Law**. *Law and Social Inquiry*, 37, 2012, p. 500-524
- COTTIER, Thomas; PANIZZON, Marion. **Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection**. *Journal of International Economic Law*, V. 7, n. 2, 2004, p. 371–399
- CURCI, Jonathan. **The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 94.
- DA COL, Giovanni (org.), **Debate Collection: Two or three things I love or hate about ethnography**. *Journal of Ethnographic Theory*, Vol., 7, 1, 2017.
- DALLARI, Dalmo. **Palestra Palestra no evento Direito dos Povos Indígenas**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 10 de novembro de 2015.
- DARLING, Kate & PERZANOWSKI, Aaron. **Creativity Without Law: Challenging the Assumptions of Intellectual Property**. New York: NYU Press, 2017.
- DÉLÉAGE, Pierre. **Epistemología del saber tradicional**. *Dimensión Antropológica*, Ano 16, Vol. 46, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné: Les Forces Imaginantes du Droit, 2**. Paris: Seuil, 2006.
- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva. 2013 [1967].
- DESCOLA, Philippe. **Par-delà Nature et Culture**. Paris: Gallimard, 2005.
- DESCOLA, Philippe. **As Lanças do Crepúsculo**. São Paulo: Cosac Naify, 2006 [1993].
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DIEGUES, Antonio Carlos & ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira (Orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001
- DIEGUES, Antonio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: Hucitec, 2008
- DOWNES, David R, **How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge**, (2000) 25 *Columbia Journal of Environmental Law*, p. 258-259
- DRAHOS, Peter. **Thinking strategically about intellectual property rights**. *Telecommunications Polio*, Vol. 21, No. 3, pp. 201 211, 1997.
- DRAHOS, Peter & FRANKEL, Susy. **Indigenous people’s innovation: intellectual property pathways to development**. Canberra: ANU Press, 2012, p. 25.
- DREYFUSS, Rochelle C. & RODRÍGUEZ-GAVARITO, César. **Balancing Wealth and Health: The Battle over Intellectual Property and Access to Medicines in Latin America**, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- DURKHEIM, Émile. **De la Division du Travail Social**, Félix Alcan, 1893; reimpressão Paris, PUF.
- DUSSEL, Enrique. **Ética na Libertação: Na Idade da Globalização e da Exclusão**. 4ª ed. São Paulo: Vozes, 2007.
- DUTFIELD, Graham. **Should we Protect Turmeric Lattes?** In: ROBINSON, Daniel F., ABDEL-LATIF, Ahmed & ROFFE, Pedro (orgs.). *Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Londres e Nova York: Routledge, 2017.
- EASTERBROOK, Frank. **Who decides the extent of rights in IP?**, in. DREYFUSS, Rochelle; ZIMMERMAN, Diane L; FIRST, Harry, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001.
- EBERHARD, Christophe. **Towards an Intercultural Legal Theory - The Dialogical Challenge**. Draft Paper, 1999.
- EHRlich, Eugen. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1936 [1913].
- ESCOBAR, Arturo. **Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World**. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- ESLAVA, Luis. **Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 256-7.
- EVANS-PRITCHARD, Edward E. **Bruxaria, Oráculos e Magia entre os Azande**. São Paulo: Zahar, 2004 [1937].

- FALK, Armin & SZECH, Nora. **Morals and Markets**. Science, vol. 340, 6113, p. 707-711, 2013.
- FALK MOORE, Sally. **Law as Process: An Anthropological Approach**. London: Routledge, 1978.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed, 2015.
- FINGER & SCHULER. **Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- FISH, Allison. **Authorizing Yoga: The Pragmatics of Cultural Stewardship in the Digital Era**. East Asian Science, Technology and Society, v. 8, n. 4, 2014, p. 439-360.
- FISS, Owen. **The Death of the Law**. Faculty Scholarship Series 1209, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209>.
- FRANKENBERG, Günther, **Comparative Law as Critique**. London: Edward Elgar, 2016.
- FREIRE-MEDEIROS, Bianca. **Touring Poverty**. London: Routledge, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. Volume 1: A Vontade do Saber**. 13ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1999 [1976].
- FOUCAULT, Michel. **O que é um Autor?** In: _____. Ditos e escritos III: Estética: literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense, 2011
- FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed, 2016.
- FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. Free Press, 1992.
- FURTADO, C. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.
- GALLAGHER, Kevin. **The Clash of Globalizations: Essays on the Political Economy of Trade and Development Policy**. New York: Anthem Press, 2013.
- GALLOIS, Dominique. **O movimento na cosmologia waiãpi: criação, expansão e transformação do universo**. 1988. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade de São Paulo, 1988.
- GALLOIS, Dominique. **Saberes Indígenas e a Escola**. In: Carneiro da Cunha & Cesarino, 2014.
- GALLOIS, Dominique T. **Materializando saberes imateriais: experiências indígenas na Amazônia Oriental**. Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.4, n.2, p.95-116, dez. 2007.
- GARCIA, Laymert. **Direitos Intelectuais: Propriedade ou Patrimônio? Uma Visão Crítica das Tendências de Utilização do Sistema de Patentes para as Populações Tradicionais**. In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (Org.). *Documentos do ISA n. 02: Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996.
- GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GEISMAR, Haidy. **Treasured Possessions – Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property**. Durham: Duke University Press, 2013.
- GERVAIS, Daniel. **Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS Compatible Approach**. Michigan State Law Review, vol. 137, 2005.
- GIDDENS, Anthony, **A constituição da sociedade**, São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2003.
- GLISSANT, Édouard. **Introduction à une Poétique du Divers**. Paris: Gallimard, 1995.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social dos Contratos: Os Novos Princípios Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOLDER, Ben. **Foucault and the Politics of Rights**. Stanford: Stanford University Press, 2016.
- GOLDMAN, Marcio. **Uma Categoria do Pensamento Antropológico: A Noção de Pessoa**. Revista de Antropologia, Universidade de São Paulo, v. 39, n. 1, 1996.
- GOLLIN, M. **Elements of Commercial Biodiversity Prospecting Agreements**. In: LAIRD, Sarah (org.). *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*, London: Earthscan, 2002.
- GONGORA, Majoi F. **Aama ashichaato, replicações, transformações, pessoas e cantos entre os Ye'kwana do rio Auaris**. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Universidade de São Paulo, 2016.
- GORDLEY, James. **Myths of the French Civil Code, in The American Journal of Comparative Law**, v. XLII, n. 3, 1994.
- GOW, Peter. **Mitos e Mitopoiesis**. Cadernos de Campo vol 23, 2014, pp. 187-210.
- GRAHAM, Laura. **Performing Dreams: Discourses of Immortality among the Xavante of Central Brasil**. Austin: University of Texas Press, 1995.
- GRAHAM, Laura. **Performing Indigeneity: Emergent Identity, Self-Determination, and**

- Sovereignty.** In: _____; PENNY, Glenn. *Performing Indigeneity: Global Histories and Contemporary Experiences*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2014.
- GRENAND, Pierre; MORETTI, Christian; JACQUEMIN, Henri; PRÉVOST, Marie-Françoise. **Pharmacopées traditionnelles en Guyane: Créole, Palikur, Wayãpi**, 1987.
- GRÜN, Roberto. **A Dominação Financeira no Brasil Contemporâneo**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 25, n.1, 2013.
- GRUPO DE TRABALHO AMAZÔNICO, 2014. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/protocolo-comunitario/>>
- HALL, Stuart. **A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo**. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 22, no2, p. 15-46, jul./dez. 1997.
- HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. **Transnational Legal Orders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- HARAWAY, Donna. **A Cyborg Manifesto: Science, Technology and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century**. In: _____, **Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature**. London: Routledge, 1991 [1984].
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio, **Isto não é um Manifesto**. São Paulo: n-1, 2015.
- HARRISON, Simon. **Ritual as Intellectual Property**. Man, New Series, Vol. 27, n. 2, 1992, p. 225-244
- HARVEY, David. **The Future of the Commons**. Radical History Review, 109, 2011.
- HEGEL, Georg W. **Fenomenologia do Espírito**. São Paulo: Vozes, 2011 [1807].
- HELLER, Michael, **The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Live**. New York: Basic Books, 2008.
- HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets**. Harvard Law Review, Vol. 111, 1998;
- HELLER, Michael & EISENBERG, Rebecca S. **Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research**. Science, Vol. 280, 1998, p. 698-701.
- HERBAL ANTHROPOLOGY PROJECT. Disponível em: <<http://herbalanthropology.org/>>. Acesso em 4 de junho de 2017.
- HOBSBAWN, Eric & RANGER, Terence, **A Invenção das Tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- HORKHEIMER, Max. **Teoria Crítica e Teoria Tradicional**. São Paulo: Os Pensadores, Abril Cultural, 1980 [1937].
- HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- IDO, Vitor H. P. **Amazonian Traditional Knowledge: A Commons Approach versus Intellectual Property Rights?** Paris: 3rd Thematic Conference on the Knowledge Commons, 2016.
- ÍNDIA. **Traditional Knowledge Digital Library**. Disponível em: <<http://www.tkdil.res.in/>>. Acesso em 28 de março de 2016.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Pimenta Jiquitaia Baniwa**. São Paulo: ISA, 2016.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Povos Indígenas do Brasil 2011/2016**. São Paulo: ISA, 2017.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Quem Cala Consente?** São Paulo: ISA, 2003.
- JAMESON, Fredric. **Postmodernism, Or, The Cultural Logic of Late Capitalism**. Durham: Duke University Press, 1992.
- JANKE, Terri. **Avatar Dreaming: Indigenous Cultural Protocols and Making Films Using Indigenous Content**. In: RIMMER, Matthew (org.). *Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*. London: Edward Elgar, 2015, p. 178.
- JEFFERSON, Thomas. **Carta a Isaac MacPherson**, 1813; in: *The Writings of Thomas Jefferson*. Andrew A. Lipscomb and Albert Ellery Bergh (orgs.). 20 vols. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1999.
- KIENE, Tobias. **Traditional Knowledge in the European Context**. Iddri – Idées pour le Débat, n. 1, 2006.
- KOSZUOSKI, Adriana. **Conhecimentos Tradicionais: Uma Análise da Proteção Jurídica no Mercosul**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial, 2006.
- KRIPPENDORF, Jost. **O modelo existencial na sociedade industrial: trabalho-moradia-lazer-viagem**. In: _____, *Sociologia do Turismo*. São Paulo: Aleph, 2000.
- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. **Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order**. European Journal of International Law, Vol 17, 1, 2006, p. 1-13.
- LACERDA, Rosane Freire. **Volveré y Seré Millones: Contribuições Descoloniais dos Movimentos**

Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. Tese (Doutorado em Direito), UnB, Brasília, 2015.

LACEY, Hugh. **Pluralismo metodológico, incomensurabilidade e o status científico do conhecimento tradicional.** *Sci. stud.*, São Paulo, v. 10, n. 3, 2012, p. 425-454. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662012000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos.** São Paulo: Ed. 34, 2010 [1994].

LATOUR, Bruno. **La Fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État.** Paris, La Découverte, 2002.

LAU, Kimberley J. **New Age Capitalism: Making Money East of Eden.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000.

LE ROY, Étienne. **O Lugar da Juridicidade na Mediação.** *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012

LEISTNER, Matthias. **Analysis of Different Areas of Indigenous Resources.** In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore.* Haia: Kluwer, 2004.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. **O Constitucionalismo Democrático e Cultural (Ou Constitucionalismo da Fraternidade).** In: PRADO SOARES, Inês Virgínia & CUREAU, Sandra. *Bens Culturais e Direitos Humanos.* São Paulo: SESC, 2015, pp. 53-54.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas.** 2001. Disponível em: <<http://www.the-future-of-ideas.com/download/>>.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **A Criação dos Parques Nacionais e a Proteção do Patrimônio Cultural.** In: PRADO SOARES, Inês Virgínia & CUREAU, Sandra (org.). *Bens Culturais e Direitos Humanos.* São Paulo: SESC, 2015, pp. 142.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Populações Tradicionais e Conhecimentos Associados aos Recursos Genéticos: Conceitos, Características e Peculiaridades.** In: KLEBA, John Bernhard; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Dilemas do Acesso à Biodiversidade e aos Conhecimentos Tradicionais: Direito, Política e Sociedade.* São Paulo: Fórum, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **História de Lince.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Cru e o Cozido: Mitológicas 1.** São Paulo: Cosac Naify, 2004 [1964].

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Pensamento Selvagem.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976 [1962].

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos.** Paris: Plon, 1955.

LEWINSKI, Silke von. **Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore.** Haia: Kluwer, 2004.

LIMA, Edilene Coffaci de. **Entre o Mercado Específico e os Direitos de Propriedade Intelectuais: O Caso do Kampô (*Phyllomedusa bicolor*).** In: KLEBA, John Bernhard; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Dilemas do Acesso à Biodiversidade e aos Conhecimentos Tradicionais: Direito, Política e Sociedade.* São Paulo: Fórum, 2009.

LINS RIBEIRO, Gustavo. **Outras Globalizações – Cosmopolíticas Pós-Imperiais.** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014

LITTLE, Paul E. **Etnodesenvolvimento Local: Autonomia Cultural na Era do Neoliberalismo Global.** *Tellus*, Campo Grande, ano 2, n. 3, out. 2002. Nacional, 1976 [1962].

LISPECTOR, Clarice. **Um Sopro de Vida.** São Paulo: Nova Fronteira, 1978.

LUCAS-SCHLÖTTER, Agnès, **Folklore.** In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore.* Haia: Kluwer, 2004.

KAPCZYNSKI, Amy. **Access to Knowledge: A conceptual genealogy.** In: KRIKORIAN, Gaëlle. KAPCZYNSKI, Amy (Orgs.). *Access to knowledge in the age of intellectual property.* Nova York: Zone Books, 2010, pp. 17-56.

KAYNGANG, Lúcia Fernanda Inacio Belfort. **A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Indígenas, em face da Convenção sobre Diversidade Biológica.** Dissertação de Mestrado, UnB, 2006, p. 30.

KELLY LUCIANI, José Antonio. **Aprendendo sobre os Diálogos Cerimoniais Yanomami.** *Species*, Revista de Antropologia Especulativa, n. 1, nov. 2015, p. 45-64.

KELLY LUCIANI, José Antonio. **On Yanomami Ceremonial Dialogues: A Political Aesthetic of Metaphorical Agency.** *Journal de la Société des Américanistes*, vol. 103, n. 1, 2017, p. 179-214.

KEMP, Deborah J. FORSYTHE, Lynn M. **Trademarks and Geographical Indications: a Case of California Champagne.** *Chapman Law Review*, v. 10. 2007, pp. 257-298.

- KENNEDY, David. **The International Human Rights Movement: Part of the Problem?**. European Human Rights Law Review, n. 3, 2001.
- KLEBA, John Bernhard; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). **Dilemas do Acesso à Biodiversidade e aos Conhecimentos Tradicionais: Direito, Política e Sociedade**. São Paulo: Fórum, 2009.
- KOSELLECK, Reinhard. **The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts**. Series: Cultural Memory in the Present. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas**. London: John Murray, 1861
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília: UnB, 2003 [1922]
- MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. São Paulo: Boitempo, 2013 [1857], Cap. 24.
- MAURO, Francesco & HARDISON, Preston D. **Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities: International Debate and Policy Initiatives**. Ecological Applications, v. 10, n. 5, 2000, p. 1263-1269.
- MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a Dádiva**. São Paulo: Cosac Naify, 2013 [1927].
- MAUSS, Marcel. **Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne celle de "moi"**. Londres: Journal of the Royal Anthropological Institute, vol. LXVIII, 1938 (Huxley Memorial Lecture, 1938).
- MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.
- MERRY, Sally Engle. **Legal Pluralism**. Law and Society Review, Vol. 22, 5, 1988
- MIGNOLO, Walter. **Historias Locales / Diseños Globales: Colonialidad, Conocimientos Subalternos Y Pensamiento Fronterizo (Cuestiones de Antagonismo)**. Madrid: Akal Ediciones Sa, 2003.
- MILES, Margaret. **Art as Plunder: The Ancient Origins of Debate about Cultural Property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- MINER, Horace. **Body Ritual Among the Nacirema**. American Anthropologist, vol 58, 1956, p. 503-507.
- MOLL, Annemarie. **The Body Multiple: Ontology in Medical Practice**. Durham: Duke University Press, 2003.
- MOREIRA, Eliane. **A Proteção Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade: Entre a Garantia do Direito e a Efetividade das Políticas Públicas**. 246F, Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido. Belém, 2006.
- MOREIRA, Eliane. **O Reconhecimento dos Direitos Intelectuais Coletivos e a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais**. In: KLEBA; KISHI, 2009.
- MOREIRA, Eliane. **Os Conhecimentos Tradicionais como Direitos Humanos Culturais**, Palestra no I Congresso de Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais, 25 de março de 2014, UNISINOS.
- MORGAN, Lewis. **Ancient Society**. London: MacMillan & Company, 1877.
- MUIR-WATT, Horatia. **Private International Law Beyond the Schism**. Transnational Legal Theory, Vol 2, 3, 2011, p. 347–427.
- MUNZER, Stephen & RASTIALA, Kal. **The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge**. 27 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 37-97, 2009.
- MUTUA, Makau; ANGHIE, Anthony. **What is TWAIL?** Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 94, 2000, pp. 31-40
- NADER, Laura & MATTEI, Ugo. **Plunder: When the Rule of Law is Illegal**. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2008.
- NAHOUM, André Vereta. **Selling "cultures": The Traffic of Cultural Representations from the Yawanawa**. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- NAYAAR, Deepak. **Catch-Up: Developing Countries in the World Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- OATLEY, Thomas. **International Political Economy: Interest and Institutions in the Global Economy**. 5a ed. London: Pearson Longman, 2012.
- OBERTHÜR, Sebastian; ROSENDAL, G. Kristin. **Global Governance of Genetic Resources**. London: Routledge, 2013.
- OCTAVIANI, Alessandro. **Recursos Genéticos e Subdesenvolvimento: Os Desafios Futuro e Gramsciano**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OKEDJI, Ruth. **Negotiating the Public Domain in an International Framework for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions**. In: ROBINSON; ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017.

OLIVEIRA, Joana Cabral de. **Entre plantas e palavras. Modos de constituição de saberes entre os Wajãpi (AP)**. 2012. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OMPI. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/tk/>> Acesso em 27 de agosto de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Disponível em: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28/06/2016.

ORTIZ, Fernando. **Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar**. Madrid: Cátedra, 2002 [1940].

OSSEO-ASARE, A. D., **Bitter Roots: The Search for Healing Plants in Africa**. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 2014.

OST, François. **Jupiter, Hercule, Hermès: Trois Modèles du Juge**. In: BOURETZ, Pierre. *La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains*. Paris: Editions Esprit, 1991, p. 241-272.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. **Understanding knowledge as a commons: from theory to practice**. Cambridge: MIT Press, 2007.

PAHUJA, Sundhya. **Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and the Politics of Universality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PARK, Christine. **Processos jurídicos transnacionais estatais: o fair trade e a construção do sistema de comércio justo e solidário no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento), Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2015.

PASTORE SCHRITZMEYER, Ana Lúcia. **Jogo, Ritual e Teatro – Um Estudo Antropológico do Tribunal do Júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2013.

PELA, Juliana Krueger. **Rembrandt e o Direito Privado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110, p. 319-327, 2015.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Festa e Guerra**. Tese de Livre Docência: Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2016.

PICART, Caroline Joan S. **Law in and as Culture**. Madison: Fairleigh Dickinson University Press, 2016.

PINHEIRO-MACHADO, Rosana. **Made in China: Produção e Circulação de Mercadorias no Circuito China-Paraguai-Brasil**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Antropologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POTTAGE, Alain & SHERMAN, Ben. **Figures of Invention: A História of Modern Patent Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010

POSEY, Darrel; DUTFIELD, Graham. **Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities**. Ottawa: IDRC Books, 1996.

POWELL, Walter. **Networks of Learning in Biotechnology: Opportunities and Constraints Associated with Relational Contracting in a Knowledge-Intensive Field**. In: DREYFUSS, Rochelle; ZIMMERMAN, Diane L; FIRST, Harry, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford University Press, 2001.

PRADO SOARES, Inês Virgínia; CUREAU, Sandra. **Bens Culturais e Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. SESC, 2015.

PRICE, Richard. **First-Time: The Historical Vision of an African American People**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidad del Poder, Imperialismo y América Latina**. In: LANDER, Edgar. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RAVENHILL, John (org.). **Global Political Economy**. 3a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REZENDE, Enio Antunes. **Biopirataria ou Bioprospecção? Uma Análise Crítica da Gestão do Seber Tradicional no Brasil**. Tese (Doutorado em Administração), Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2008.

- RILES, Annelise. **The Network Inside Out**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.
- RIMMER, Matthew. **Intellectual Property and Climate Change: Inventing Clean Technologies**. London: Edward Elgar, 2011.
- RIMMER, Matthew (org.). **Indigenous Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research**. London: Edward Elgar, 2015.
- RITZER, George. **The Globalization of Nothing**. Thousand Oaks: SAGE, 2003.
- RITZER, George. **The McDonaldization of Society**. 7ª ed. Thousand Oaks: SAGE, 2012.
- ROBINSON, Daniel F., ABDEL-LATIF, Ahmed & ROFFE, Pedro (orgs.). **Protecting Traditional Knowledge – The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore**. Londres e Nova York: Routledge, 2017.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo, PORTELLA PÜSCHEL, Flavia & ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de. **Dogmática é Conflito: Uma visão Crítica da Racionalidade Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROSS, Alf. **Tû-tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004 [1951].
- ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito: A Antropologia Jurídica da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROUTH, Supriya. **Les bases juridiques de la responsabilité sociale des entreprises en Inde**. In: SUPIOT, Alain & DELMAS-MARTY, Mireille. *Prendre la Responsabilité au Sérieux*, PUF: Paris, 2015, p. 257.
- RUGGIE, John Gerard. **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights**. New York: W. W. Norton & Co, 2013.
- SAFRIN, Sabrina. **Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict To Control the Building Blocks of Life**, American Journal of International Law, 2004, 641, 98, p. 645-46.
- SAHLINS, Marshall. **Culture in Practice: Selected Essays**. New York: Zone Books, 2000.
- SAHLINS, Marshall. **Esperando Foucault, Aínda**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.
- SAHLINS, Marshall. **Ihas de História**. São Paulo: Zahar, 2011 [1987].
- SAHLINS, Marshall. **The Original Affluent Society**, in: *Stone Age Economics*, Londres: Routledge, 2005.
- SAÏD, Edward. **Orientalismo: O Oriente como Invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007 [1973].
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, **A Legal Theory of Economic Power**. Edward Elgar, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Monopolies and Underdevelopment: From Colonial Past to Global Reality**. London: Edward Elgar, 2015.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**, São Paulo, Marcial Pons, 2015.
- SANTANA, Aline Oliveira de. **O Direito ao Próprio Direito : modelos latino-americanos de autonomia política indígena**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.
- SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversity and the Law: Regulating Genetic Resources, Food Security, and Cultural Diversity**. London: Routledge, 2011.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à Biodiversidade Biológica e Cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- SASSEN, Saskia. **Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- SCHULER, Philip. **Biopiracy and Commercialiation of Ethnobotanical Knowledge**. In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 159
- SCHWARCZ, Lília Katri Moritz. **O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e pensamento racial no Brasil**. 3a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SCHWARCZ, Lília Moritz. **De Volta à Realidade das Tribalizações**, 2013, Estadão, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,de-volta-a-realidade-das-tribalizacoes,470170>>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Convention on Biological Diversity**. Disponível em: <<https://www.cbd.int/traditional/default.shtml>> Acesso em 20 de agosto de 2017.

SEEGER, Anthony. **Por que cantam os Kisédjê? Uma Antropologia Musical de um Povo Amazônico**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2004].

SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A Construção da Pessoa nas Sociedades Indígenas Brasileiras**. Boletim do Museu Nacional, Série Antropologia, n. 32, 1979, p. 2-19.

SEVERI, Carlo. **Autorités sans auteurs : formes de l'autorité dans les traditions orales**, in COMPAGNON, A. (org.), *De l'autorité. Colloque annuel du Collège de France*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 93-123.

SHADLEN, Kenneth. **Patents and Pills, Power and Procedure: The North-South Politics of Public Health in the WTO**. *Studies in Comparative International Development*, Vol. 39, No. 3, 2004, p. 76-108.

SHIVA, Vandana. **Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge**. Berkeley: North Atlantic Books, 2016 [1997].

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**. São Paulo: Gaia, 2003 [1993].

SILVA, José Afonso da. **Parecer no tocante a Direitos Indígenas**. 2015.

SIMONIAN, Lígia T. L. **Mulheres enquanto Políticas: desafios, possibilidades e experiências entre as indígenas**. Papers do NAEA (Núcleo de Altos Estudos Amazônicos), nº 254, 2009.

SJÅFJELL, Beate. **Regulating companies as if the world matters: reflections from the ongoing sustainable companies project**. *Wake Forest L. Rev.* 47, 2012, p. 113-134.

SLEE, Tom. **What's Yours is Mine: Against the Sharing Economy**. New York: OR Books, 2015.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Critical Intimacy: An Interview with Gayatri Chakravorty Spivak**. *Los Angeles Review of Books*, 19 de julho de 2016. Entrevista concedida a Steve Paulson. Disponível em: <<https://lareviewofbooks.org/article/critical-intimacy-interview-gayatri-chakravorty-spivak/>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2017.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **The Post-Colonial Critic: Interviews, Strategies, Dialogues**. Editado por Sarah Harasym. New York: Routledge, 1990.

SOUSA SANTOS, Boaventura de & MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 1997.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e direito: textos básicos de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 109-117.

STALLMAN, Richard. **Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman**. Boston: GNU Press, 2002

STENGERS, Isabelle. **La proposition cosmopolitique**. In: LOLIVE, Jacques & SOUBEYRAN, Olivier (eds.). *L'émergence des cosmopolitiques*. Paris: La Découverte, 2007, p. 45-68.

STENGERS, Isabelle. **No Tempo das Catástrofes**. São Paulo: Cosac Naify, 2015 [2009].

STOCKING JR., George. W. **Objects and Others: Essays on Museums and Material Culture**. Madison: University of Wisconsin Press, 1988

STOLL, Peter-Tobias & von Hahn, Anja. **Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law**. In: LEWINSKI, Silke von. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Haia: Kluwer, 2004, pp. 29-43.

STRATHERN, Marilyn. **Property, Substance, Effect: Anthropological Essays on Persons and Things**. London: Athlone, 1999.

STRATHERN, Marilyn. **O Conceito de Sociedade é Teoricamente Obsoleto**. In: _____, *O Efeito Etnográfico e Outros Ensaio*s. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

STRATHERN, Marilyn. **No Limite de uma Certa Linguagem**. Entrevista a Eduardo Viveiros de Castro. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 157-175, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131999000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

STRATHERN, Marilyn. **O Gênero da Dádiva: Problemas com Mulheres e Problemas com Sociedade na Melanésia**. Campinas: UNICAMP, 2008.

STRATHERN, Marilyn; HIRSCH, Eric. **Transactions and Creations: Property Debates and the Stimulus of Melanesia**. Oxford: Berghahn Books, 2006.

- STRATHERN, Marilyn. **The Nice Thing About Culture is That Everyone has it.** In: *Shifting Contexts: Transformations in Anthropological Knowledge*. Londres: Routledge, 1995, pp. 153-176.
- SUPIOT, Alain & DELMAS-MARTY, Mireille. **Prendre la Responsabilité au Sérieux.** Paris: Puf, 2015.
- SUNDER, Madhavi. **The Invention of Traditional Knowledge.** Symposium, Cultural Environmentalism, 10, 70 *Law and Contemporary Problems*, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=lcp>.
- STOUT, Lynn A. **The Toxic Side Effects of Shareholder Primacy**, U. Pa. Lae Review, 161, 2012-2013, pp. 2003- 2023.
- SZTUTMAN, Renato. **Sobre Lévi-Strauss e Filosofias Indígenas - Entrevista Com Renato Sztutman.** Entrevista: Edson Tosta Matarezio Filho. Ponto Urbe, 16, 2015.
- SZTUTMAN, Renato. **O Profeta e o Principal: A Ação Política Ameríndia e seus Personagens**, São Paulo: EDUSP, 2012.
- TAYLOR, Anne Christine. **L' Oubli des morts et la memoire des meurtres. Experiences de l' Histoire chez les Jivaro.** Terrain, 28, 1997, p 83-96.
- ten KATE, Kerry & LAIRD, Sarah A. **Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities**, in: *Poor People's Knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip (org.), Oxford University Press e Banco Mundial, 2004, p. 133-158.
- TERAN, Maria Yolanda. **The Nagoya Protocol and Indigenous Peoples.** The International Indigenous Policy Journal, v. 7, n. 2, 2016.
- TEUBNER, Günther. **Global Law Without a State.** London: Dartmouth Pub. Co, 1996.
- THOM. Brian. **Aboriginal Rights and Title in Canada After Delgamuukw: Part One, Oral Traditions and Anthropological Evidence in the Courtroom.** Native Studies Review, Vol. 14, No. 1, 2001, p. 1-26.
- TOBIN, Brendan. **Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters.** London: Routledge, 2014.
- TOBIN, Brendan. **Now You See It Now You Don't: The Rise and Fall of Customary Law in the IGC.** In: ROBINSON, ABDEL-LATIF; ROFFE, 2017. **raditions and Anthropological Evidence in the Courtroom.** Native Studies Review, Vol. 14, No. 1, 2001, pp. 1-26.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America.** New York: Harper Perennial Modern Classics, 2006 [1835].
- TOMASETTI JR., Alcides. **A Parte Contratual.** In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: liber amicorum*, São Paulo: Malheiros, 2011.
- TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the Past: Power and the Production of History.** Boston: Beacon Press, 1995.
- TSING, Anna Lowenhaupt. **Friction: An Ethnography of Global Connection.** Princeton: Princeton University Press, 2005.
- TURNER, Catherine. **Jacques Derrida: Deconstruction.** Critical Legal Thinking, 27 de maio de 2016. Disponível em: <http://criticallegalthinking.com/2016/05/27/jacques-derrida-deconstruction/>> Acesso em: 5 de novembro de 2016.
- URRY, John. **The Tourist Gaze: Leisure and Travel in Contemporary Societies.** Thousand Oaks: SAGE, 2012.
- VALENTINI, Luisa. **Um laboratório de antropologia: o encontro entre Mário de Andrade, Dina Dreyfus e Claude Lévi-Strauss (1935-1938).** 2010. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- VARADARAJAN, Deepa. **A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge.** Yale Journal of International Law, Vol. 36, N. 2, 2011.
- VASELLA, Daniel. **Novartis' role in 21st Century Drug Development**, Nature Biotechnology, 485, 15, 1997.
- VILLIERS, Charlotte. **Achieving gender balance in the boardroom.** Legal Studies 30, 2010, pp. 533–557.
- VISSER, Coenraad. **Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge.** In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 197
- VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale.** 5. ed. riv. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1922, v. I, p. IX-X.

- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Araweté: Os Deuses Canibais**. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Museu Nacional, UFRJ, 1986
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Metafísicas Canibais**. São Paulo: Cosac Naify, 2015.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo; TAYLOR, Anne-Christine. **Un Corps fait de Regards**. In: BRETON, Stéphane; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo; TAYLOR, Anne-Christine. *Qu'est-ce qu'un corps*. Paris: Musée du Quai Branly, 2006. p. 148-199.
- VIVEIROS DE CASTRO E. **Esboço de cosmologia yawalapiti**, in: *A inconstância da alma selvagem - e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Floresta de Cristal: Notas sobre a Ontologia dos Espíritos Amazônicos**. Cadernos de Campo, vol. 14-15, 2006, p. 319-338.
- VOGEL, Joseph Henry. **El cártel de la biodiversidade: transformación de conocimientos tradicionales em secretos comerciales**. Quito: CARE/Proyecto SUBIR, 2000.
- von BENDA BECKMANN, Keebet; von BENDA BECKMANN, Franz. **Political and legal transformations of an Indonesian polity. The nagari from colonisation to decentralisation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013
- WAGNER, Roy. **A Invenção da Cultura**. São Paulo: Cosac Naify, 2010 [1976].
- WAGNER, Roy. **The Fractal Person**. In: STRATHERN, Marilyn Strathern; GODELIER, Maurice (org.). *Big Men and Great Men: Personifications of Power in Melanesia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- WALDRON, Jeremy. **A Right-Based Critique of Constitutional Rights**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, n. 1, 1993, p. 18-51
- WALKER, Robert. **Inside/Outside: International Relations as Political Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- WALLERSTEIN; Immanuel. **The Modern World-system I. Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century**. Berkeley: University of California Press, 2011 [1974].
- WAJĀPI, **Wajāpi kō omōsātamy wayvu oposikoa romō ma'ẽ**. (Protocolo de Consulta e Consentimento Wajāpi), 2014.
- WHITT, Laurelyn. **Science, Colonialism and Indigenous Peoples**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e Escravidão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1944].
- WIRTÉN, Eva Hemmungs. **Terms of Use: Negotiating the Jungle of the Intellectual Commons**. Toronto: University of Toronto Press, 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014
- WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latinoamericano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- WÜGER, Daniel. **Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws**. In: FINGER, J. Michael & SCHULER, Philip. *Poor people's knowledge – Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford University Press, 2004, p. 197.
- ZUMBANSEN, Peer. **Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance**. Comparative Reseach in Law & Political Economy, Osgoode Hall Law School of York University, Research Report N. 1/2012.
- ZUMBANSEN, Peer. **The new embeddedness of the corporation: corporate social responsibility in the knowledge society**. In: WILLIAMS, Cynthia A; ZUMBANSEN, Peer (orgs.). *The Embedded Firm*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 119-148.
- ZUMBANSEN, Peer C. **Transnational Law, Evolving**. In: SMITS, Jan (org.). *Encyclopedia of Comparative Law*, London: Edward Elgar, 2ª ed, 2012, p. 899-925

Outros Materiais

- BBC Brasil, **Por que o Marco Legal da Biodiversidade divide farmacêuticas e ambientalistas?**, 21 de maio de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_marco_biodiversidade_pesquisa_ms_rb
- BENSUSAN, Nurit. **Galinhas como metáforas essenciais e o novo marco legal do patrimônio genético**. 2016. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/galinhas-como-metaforas-essenciais-e-o-novo-marco-legal-do-patrimonio-genetico>> Acesso em: 20 de julho de 2016.
- Cannibal Tours**. Direção: O'ROURKE, Dennis. Produção: O'Rourke and Associates, Austrália: 1988

(70 minutos).

JAPAN HOUSE. **Bambu: Histórias de um Japão**. Exposição: 06 de maio de 2017 a 09 de julho de 2017, São Paulo.

LOCAL CONTEXTS. Disponível em: <<http://www.localcontexts.org/tk-labels/>>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

SISTEMA B. **Quienes Somos**. Disponível em: <<http://sistemab.org/quienes-somos-4/>>.

THE ECONOMIST. **Time do Fix Patents**, 08 de agosto de 2015.

UFRN, **PF desenvolve técnica para coibir biopirataria da “Vacina do Sapo”**, 08 de janeiro de 2013, disponível em: <<http://www.meioambiente.ufrn.br/?p=14690>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

Why Private Property? Politics of Property and its Alternatives. Conferência: Bruxelas, 20 e 21 de junho de 2017: <http://whyproperty.org>.