Editora Fundação Fênix
Conhecimentos tradicionais:
direito à proteção
& proteção aos direitos
Sebastião P. Mendes da Costa

A presente obra resulta da pesquisa de doutoramento – cursado com excelência no Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da PUCRS – que tivemos a satisfação de orientar – enfatizando de maneira especial a qualidade intelectual do pesquisador – e que ora se publica em formato de livro buscou interrogar, no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas, incluída ai a Ciência Jurídica, a Política, a Economia e a Antropologia, ademais dos Direitos Humanos e Culturais importante objeto: a proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais.

Para tanto dedicou ampla pesquisa in loco – em diferentes comunidades visitadas – e documental consultando amplas fontes disponíveis no Brasil, em alguns países da América Latina e em alguns da Europa, o que resultou afinal em uma narrativa cuja articulação se revela primorosa para a literatura especializada pátria.

Como última palavra, perceptível que o livro de Sebastião Patrício Mendes da Costa acerca as livrarias em boa hora, e servirá para aguçar a pesquisa em direitos humanos, direitos culturais, direito da propriedade intelectual, direito ambiental, administração de recursos econômicos, bem como nos correlatos direitos fundamentais pertinentes, campo de aplicação e eficácia, especialmente no âmbito que se insere a questão interação entre o direito local à proteção dos conhecimentos tradicionais e a respectiva proteção internacional desses direitos.

(Carlos Alberto Molinaro)

Editora Fundação Fênix

ISBN: 978-65-87424-67-5

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: DIREITO À PROTEÇÃO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB
Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ
Angélica Luciá Carlini – UNIP
Augusto Jaeger Júnior - UFRGS
Carlos Bolonha – UFRJ
Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru
Cláudia Lima Marques – UFRGS
Danielle Pamplona – PUCRS
Daniel Antônio de Moraes Sarmento – UERJ
Daniel Mitidiero – UFRGS
Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR
Fabiano Menke – UFRGS
Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP
Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS
Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER
Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB
Gisele Cittadino - PUC-Rio
Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR
Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
Guilherme Camargo Massaú – UFPel
Hermes Zaneti Jr – UFES
Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães – UFRJ
Laura Schertel Mendes – UnB
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: DIREITO À PROTEÇÃO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS

Sebastião P. Mendes da Costa

Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2021

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Direito – 19

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sebastião P. Mendes da Costa

COSTA, Sebastião P. Mendes da. *Conhecimentos Tradicionais:* Direito à proteção e proteção aos direitos. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

316p.
ISBN – 978-65-87424-67-5

https://doi.org/10.36592/9786587424675

Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. Biodiversidade. 2. Conhecimentos Tradicionais. 3. Direitos Culturais. 4. Lei n.13.123/15. 5. Proteção.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

Para Isabella, Vitor e João, sempre!

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de uma pesquisa de doutorado e só foi possível com a colaboração de diversas pessoas e o apoio de algumas instituições, que me permitiram ter as condições acadêmicas e pessoais para produzir esta pesquisa. Meus mais sinceros agradecimentos.

À CAPES pelo apoio e pela bolsa de estudos durante o doutorado.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS. A todos os seus professores, na pessoa do coordenador Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, figura humana ímpar que nos proporciona a possibilidade de pesquisar temas relevantes nos melhores centros de ensino jurídico do mundo e com os juristas mais destacados. Aos funcionários sempre eficientes e atenciosos do PPGD/PUCRS Caren Andrea Klinger, Patrícia Souza de Oliveira, Márcia Cristina de Brum Lopes, Uilian Vargas, Carla Helena C. Pereira e ao antigo funcionário Andrews Bianchi. Aos estudantes do Programa de Pós-Graduação, principalmente aos membros do grupo Vegas.

Ao orientador Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, o ser humano espetacular, o professor exigente, o pesquisador sagaz, o orientador cuidadoso. Não tenho palavras para expressar minha gratidão com todo o zelo que o professor Molinaro teve comigo, com a minha família e com a pesquisa. As suas orientações semanais, e diárias em certos momentos do doutorado, envolviam a beleza do conhecimento e a riqueza da amizade. Um pesquisador conectado com os temas atuais. Domina de forma excelente os temas jurídicos mais complexos e compreende ainda mais os seus orientandos.

Aos demais membros da banca de doutorado pelas observações precisas: Profa. Dra. May Waddington Telles Ribeiro (UFSB), Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas (UFG), Profa. Dra. Clarice Beatriz da Costa Sohngen (PUCRS), Prof. Dr. Thadeu Weber (PUCRS) e Profa. Dra. Regina Linden Ruaro (PUCRS).

Aos bibliotecários das bibliotecas da PUCRS, UnB, UFPI, Universidade Católica Portuguesa (campus Foz), Almeida Garret (Porto), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri e Biblioteca Maria Zambrano. O auxílio dado foi decisivo.

À Universidade Federal do Piauí e ao Departamento de Ciências Jurídicas da UFPI, pelo estímulo sempre presente através dos seus professores, funcionários e estudantes.

Inúmeros amigos e professores, através do apoio e de interlocuções, contribuíram com a realização deste trabalho. Sou grato a cada um deles: Vilma Chiara (*in memoriam*), Catherine de Sweemer, Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa (UESPI), Wilson Franck Jr.(PUCRS), Ruth Levi Zindeluk, Jaqueline Sousa (UFPA), Catarina Santos Botelho (Univ. Católica Portuguesa, Portugal), Flavianna Rampazzo Soares (PUCRS), Manuela Ithamar Lima (PUCRS), Marco Olivetti (LUMSA, Itália), Rodrigo de La Cruz (Equador), Isis Boll de Araújo Bastos (Unifesp), Francisco Soares Santos Filho (UESPI), Renata Sassi, Regina Carmen Sassi, Renata Siqueira Mendes, Filipe Rymez, Valdemar Rodrigues (Ministério do Meio Ambiente), Fábio Ferreira (IPHAN/PI), Viviana Figueroa, Emmerson Pastas (Instituto Alexander von Humbolt da Colômbia), Marcela Pinilla Bahamon (Colômbia), Raquel Yrigoyen Fajardo (IIDS/Peru), Teresa Lisieux Santos (Portugal), Pedro Grandez (PUCP e Univ. San Marco), José Geraldo de Souza Júnior (UnB), Alexandre Bernardino Costa (UnB), Lorenzo Muelas (Colômbia), Shin Imai (Univ. de York/Canadá), Maik Hetzer, Sinval Magnus, Ermeson Cordeiro, Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (UFPI), Maria Sueli Sousa Rodrigues (UFPI), Nelson Juliano Cardoso Matos (UFPI), Fabiano Gontijo (UFPA), Marcos Daniel Rocha (TJ/PI) e César Augusto Baldi (UnB), Tiago Botelho (UFGD), Pery Saraiva Neto, Alessandra Mizuta de Brito, Amanda Costa Thomé Travincas, Elizabet Leal da Silva (Univel), Fabriccio Steindorfer, Lessandra Gauer, Maira Citlalli Sanchez Ayala (México), Jorge Irajá Louro Sodré, Rogério Rammê, Gabriel Wedy, Leonardo Tricot Saldanha, Jair Tauchen (Fundação Fenix).

Aos meus pais José Inácio e Catarina de Sena, meus irmãos José, Carina e minha sobrinha Valentina. Aos sogros Maria Stella Rangel e José Joacir da Silva. A colaboração de vocês foi muito importante, tanto no aspecto pessoal quanto acadêmico.

À Carla Evelise Justino Hendges, em nome de quem agradeço a todos os gaúchos pelo aprendizado e pelo acolhimento. A interlocutora competente e sincera. Carla Hendges foi fundamental para o desenvolvimento da pesquisa em Porto Alegre e no Porto, Portugal.

À Isabella, minha mulher, minha companheira, minha incentivadora desde o primeiro momento. Aquela que acreditou no meu doutorado quando eu mesmo já tinha desistido do processo seletivo e do vôo para Porto Alegre. E me convenceu a ir fazer a seleção, comprando sem eu saber uma nova passagem aérea. O amor e o cuidado comigo e com nossos dois filhos, apesar da distância, das viagens, dos meus momentos de isolamento necessários para a reflexão teórica. Ela esteve sempre do meu lado, tranqüilizando-me e me apoiando para seguir em frente. Sem ela não conseguiria chegar ao final.

A Deus, sempre ao meu lado, abrindo todos os caminhos para a realização deste trabalho.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO
Carlos Alberto Molinaro 19
PREFÁCIO
Ingo Wolfgang Sarlet 25

INTRODUÇÃO 29
Apresentação do problema de pesquisa e descrição do trabalho 29
Abordagem metodológica 32
Antropologia jurídica 37
Diversidade de fontes para o estudo da proteção dos conhecimentos tradicionais 40

PARTE I 43
1 A PROTEÇÃO AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: APONTAMENTOS INICIAIS 45
1.1 O conhecimento tradicional: por que deve ser protegido 45
1.2 Direito, Economia e a negociação dos conhecimentos e dos recursos tradicionais 60

2. CULTURA E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS 75
2.1 Cultura e indivíduo nas visões antropológica e jurídica 75
2.1.1 Visão antropológica da cultura 75
2.1.2 Visão jurídica da cultura 86
2.1.2.1. Direito fundamental à cultura 97
2.1.2.2 Direito e patrimônio cultural 100
2.2 Definições e conceitos sobre os conhecimentos tradicionais 107
2.2.1 Conhecimentos tradicionais e conhecimento científico 122
2.2.2 Conceito e características dos conhecimentos tradicionais nos instrumentos internacionais 129
2.2.2.1 Convenção sobre a Diversidade Biológica 129
2.2.2.2 Protocolo da Nagoya 131
2.2.2.3 Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas 131

2.2.2.4 Convenção das Nações Unidas de combate à desertificação 132
2.2.2.5 Acordo TRIPs 133
2.2.3 Conhecimentos tradicionais na visão dos povos indígenas e tradicionais 134

PARTE II 139

3. OBJEÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS 141
3.1 Biopirataria: realmente existe? 141
3.2 Domínio público, acesso à cultura e conhecimentos tradicionais 155
3.2.1 Domínio público, folclore e patrimônio cultural 161
3.2.2 Conhecimentos tradicionais, domínio público e Judiciário 166
3.2.3 Enfraquecimento do domínio público 173

4. POSSÍVEIS ABORDAGENS NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS 175
4.1 Direitos culturais 175
4.1.1 Direitos culturais e a dimensão cultural dos Direitos Humanos 184
4.1.2 Limites dos direitos culturais 189
4.1.3 A exigibilidade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais 191
4.2 Biotecnologia e conhecimentos tradicionais 195
4.2.1 Biotecnologia e a regulação dos saberes tradicionais 201
4.3 Modelos e estruturas jurídicas de proteção 203

PARTE III 209

5. SUPORTE JURÍDICO POLÍTICO À PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS 211
5.1 Instrumentos internacionais de proteção aos conhecimentos tradicionais ... 211
5.1.1 Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) 213
5.1.2 Protocolo de Nagoya 218
5.1.3 Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho 220
5.1.4 Acordo TRIPs 223
5.1.5 Comunidade Andina 226
5.1.6 Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas 228

5.1.7 Convenção das Nações Unidas de combate à desertificação e mitigação dos efeitos das secas 229
5.1.8 Tratado internacional sobre os recursos fitogenéticos para a alimentação da FAO 230
5.2. Proteção dos Conhecimentos Tradicionais no Brasil 231
5.2.1 Proteção no plano constitucional brasileiro 231
5.2.2 Constituições e legislações estaduais 240
5.2.3 Proteção realizada pelo IPHAN 245
5.2.4 Nova Lei Brasileira da Biodiversidade 250
5.2.4.1 Histórico da MP 2.186-16/2001 250
5.2.4.2 Projeto de Lei (PL) n. 7.735, de 2014 253
5.2.4.3 Lei n. 13.123/15 E Decreto n. 8.772/16 254

CONCLUSÃO 283
REFERÊNCIAS 291
SOBRE O AUTOR 313

APRESENTAÇÃO

Quando uma língua morre, muito mais do que palavras se perdem. A linguagem é a morada das idéias que não existem em nenhum outro lugar. Ela é um prisma através do qual se pode ver o mundo.[1]

O conhecimento tradicional. Independentemente do período histórico e do modelo de vida humana, os recursos vegetais ou animais vivos, bem como seus derivados, têm sido parte integrante do desenvolvimento das sociedades humanas. Essa relação é muito evidente nas técnicas, tradições e práticas das comunidades indígenas e locais, que repassam os conhecimentos tradicionais de geração em geração, preservando sua integridade e valor. Eles encontram abrigo na oralidade, na linguagem – isto é, em toda a sociedade humana vamos encontrar uma linguagem e, essa precede a escrita,

[...] language is so overwhelmingly oral that of all the many thousands of languages possibly tens of thousands—spoken in the course of human history only around 106 have ever beencommitted to writing to a degree sufficient to have produced literature, and most have never been written at all. Of the some 3000 languages spoken that exist today only some 78 have a literature (Edmonson 1971, pp. 323, 332). There is as yet no way to calculate how many languages have disappeared or beentransmuted into other languages before writing came along. Even now hundreds of languages in active use are never written at all: no one has worked out an effective way to write them. The basic orality of language is permanent.[2]

---

[1] "When a language dies, so much more than words are lost. Language is the dwelling place of ideas that do not exist anywhere else. It is a prism through which to see the world." (Kimmerer, Robin Wall. Braiding Sweetgrass: Indigenous Wisdom, Scientific Knowledge, and the Teachings of Plants, Published by Milkweed Editions, 2013, p. 258).

[2] Ong, Walter J., Orality and Literacy - The Technologizing of the Word, published in the Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 7. ([...] a linguagem é tão esmagadoramente oral que de todos os muitos milhares de idiomas, possivelmente dezenas de milhares - falados no curso da história humana, apenas cerca de 106 estiveram submetidos à escrita em grau suficiente para ter produzido literatura, e a maioria nunca chegou a ser escrito. Das cerca de 3000 línguas faladas atualmente, apenas 78 têm literatura (...). Ainda não há como calcular quantas línguas desapareceram ou foram transmutadas para outros idiomas antes que a escrita aparecesse. Mesmo agora, centenas de idiomas em uso ativo nunca chegaram a ser escritos: ninguém conseguiu encontrar uma maneira eficaz para escrevê-los. A oralidade básica do idioma é permanente. – Trad. Livre).

O conhecimento tradicional está intrinsicamento viculado à linguagem! Dela é tributário e a partir dela irradia seus efeitos civilizacionais.

Como o conhecimento tradicional e a criatividade cultural podem ser protegidos das tentativas de apropriação privada?

Como a biopirataria pode ser combatida? As perguntas estão sobre a mesa.

O conhecimento tradicional inclui conhecimento, know-how, habilidades e práticas que são desenvolvidas, mantidas e transmitidas de geração em geração dentro de uma comunidade; esse conhecimento faz parte da identidade cultural e até espiritual delas. Não está cristalizado, ao contrário encontra-se em constante desenvolvimento e, normalmente distingue uma comunidade de outra.

Em algumas dessas o conhecimento assume significados de dimensão pessoal e espiritual os mais diversos. Ele também pode refletir os interesses dessas comunidades, ademais de algumas delas dependerem deles para sobreviver.

O conhecimento tradicional sobre ambiente, como pré-conceitos, preconceitos, aforismos, apotegmas e sistemas de conhecimento cosmológico, pode propiciar ou favorecer um modelo étnico de conservação para a biodiversidade. Isso é notadamente legítimo para o conhecimento ambiental tradicional, que se refere a uma "forma específica de conhecimento local da diversidade e interações entre espécies vegetais e animais, formas de relevo, cursos de água e outras qualidades do ambiente biofísico em um determinado lugar". Nesse sentido, observe-se uma exemplar sociedade rica em conhecimento ecológico tradicional como o povo Kayapó (caiapós) sul-americano que desenvolveu um sistema de classificação compreensivo de zonas ecológicas da savana tropical amazônica (ou seja, campo/cerrado) para melhor manejar a terra[3]*.*

Parte da comunidade dos antropólogos e cientistas sociais impende dispor o conhecimento tradicional no interior de um "arcabouço naturalístico" sublinhando a graduação desse em recente, ou adquirido pelo percurso de inúmeras gerações. Essas pautas acabam por empregar os mais diferentes conceitos: (i) como conhecimento de forma adaptativa adquirida, (ii)

[3] Cf., Posey, Darrell A. Manejo de floresta secundária, capoeira, campos e cerrados (Kayapó), in: Ribeiro, Darcy (editor); Ribeiro, Berta G. (coord.) *Suma Etnológica Brasileira*, Vol. 1: Etnobiologia, p. 172-186 Petrópolis: Vozes, Finep.

conhecimento socialmente construído, e outros marcos que destacam de modo mais significativo os aspectos e características antropo-sociais do conhecimento.

Uma advertência se faz necessária: o conhecimento local (nitidamente identificado) e o conhecimento tradicional (universalizável) podem ser percebidos como divisados pelo tempo em que existem ou se manifestam, isto é, décadas a séculos ou milênios. Por isso mesmo, são conquistas da sabedoria empírica – aquisição legítima por tentativa/erro, por sofrimento e alegria experiencial – independentemente da certeza. Nada obstante eles são eficientes, são válidos e reconhecidos afinal pela ciência.

O certo é que nosso conhecimento do mundo vem de muitas fontes, notadamente de fontes etnográficas de informação – observações detalhadas ou informações diretamente das comunidades estudadas – para auxiliar a desenvolver ou experimentar interpretações da vida de povos anteriores.

Nos últimos anos, muitos estudiosos passaram a perceber, entre outras coisas, o vasto corpo de informações ponderadas como (i) conhecimento tradicional, (ii) conhecimento indígena ou (iii) conhecimento ecológico tradicional. Esses sistemas de conhecimento, desenvolvidos ao longo de inúmeras gerações, constituem e são baseados em experiências e explicações de "mundos" individuais e coletivos, verificadas pelos mais velhos, transmitidas e orientadas por aprendizagem experiencial e tradições orais e outros meios de manutenção de registros.

O conhecimento tradicional tornou-se hoje uma valiosa fonte de informação para arqueólogos, ecologistas, biólogos, etnobotânicos, climatologistas, políticos, economistas, juristas e outros. Essas informações vão desde as propriedades medicinais das plantas e o conhecimento do valor da biodiversidade até os modelos de migração de espécies e, entre outros, os efeitos da incineração deliberada da paisagem no manejo de recursos específicos. Apesar do amplo reconhecimento de seu valor comprovado, muitos estudiosos ainda têm uma aliança desagradável com as histórias orais de nativos. Por um lado, outras formas de conhecimento local são valorizados quando apoiam ou complementam evidências arqueológicas ou outras evidências científicas.

Porém, quando a situação se inverte – quando se considera que o conhecimento tradicional provoca "verdades" científicas – então sua utilidade é

questionada ou rejeitada como um mito. A ciência é promovida como objetiva, quantificável e como base para a criação ou avaliação "real" do conhecimento.

De outro modo, na perspectiva dos conhecimentos tradicionais e sua interação ambiental impende referir que a natural agnação na caracterização do desenvolvimento das sociedades humanas e da globalização dos mercados têm exercido (e exerce cada vez mais) enorme pressão sobre o meio-ambiente, nomeadamente através da exploração dos recursos naturais, sejam esses renováveis ou não renováveis. Simultaneamente, o mesmo desenvolvimento com base na disponibilidade constante de matérias-primas – o que requer tensão e vigilância na manutenção da estabilidade dos ecossistemas e da biodiversidade mundial – tem resultado em múltiplas negociações paralelas para estabelecer um sistema legal comumente aceito para garantir a sustentabilidade planetária[4].

Os problemas que envolvem a promoção e a proteção dos conhecimentos tradicionais são inúmeros e diversificados.

O século passado foi palco de diversos e difíceis processos de negociação entre as organizações internacionais com o objetivo de promover e manter a sustentabilidade da biodiversidade. Nos anos que se seguiram, a credibilidade da política ambiental internacional sofreu muito, nomeadamente por causa da dimensão de interesses entre o Norte e o Sul (aqui entendidos não geográfica, mas economicamente) varrendo, em grande parte, todos os compromissos assumidos pelas Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (Rio, 1992)[5] *envolvidas na gestão da biodiversidade.*

---

[4] Sobre o tema, consulte-se a excelente monografia de Juan Morrone. Evolutionary Biogeography: An Integrative Approach with Case Studies. New York: Columbia University Press, 2009, notadamente os capítulos 7º e 8º (pp. 187 e ss., e 219 e ss., respectivamente). De igual modo, consulte-se a magnífica coletânea organizada por Gerard Gleason, e Thomas R. Victor. Mangrove Ecosystems: Biogeography, Genetic Diversity and Conservation Strategies. New: York: Nova Publishers, 2013.

[5] Cf., Decreto Legislativo nº 02, de 1994 que aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica (pelo acrônimo CDB), assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, foi promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998. Em 2000 foi editada a Medida Provisória que buscou regulamentar o inciso II do parágrafo 8º e o 4º do artigo 225 da Constituição Federal, e os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que recebeu o número 2186-16/01, pelo Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002 ficou instituido princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Atualmente, já conta o sistema jurídico brasileiro com um marco regulador da biodiversidade, com a edição da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015 (revoga a MP 2186/01 e demais), recentemente regulamentada pelo Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. O texto da Convenção em português, numa publicação do Ministério do Meio Ambiente pode ser acessado em: http://zip.net/bytrbXCopiar (link permanente); neste artigo sempre utilizaremos a versão em inglês.

Enquanto isso, o rápido e denso crescimento do conhecimento na área da biotecnologia trouxe à tona graves e difíceis questões de direito na resolução de problemas de acesso e de propriedade, não só da biodiversidade como dos recursos genéticos. O resultado foi uma mudança na atenção internacional para a Legislação que diz com a "Propriedade Intelectual", todavia sem grandes alterações no seu âmbito de interpretação e aplicação.

Intimamente relacionado com os problemas que dizem com a biodiversidade é amplo o cenário dedicado ao "conhecimento tradicional"[6]. Nesse sentido, observe-se que independentemente do período histórico e do modelo de vida humana, os recursos obtidos de origem vegetal ou animal e seus derivados faziam (e ainda fazem) parte integrante do desenvolvimento das sociedades humanas. Esta relação pode ser constatada e, de forma evidenciada, nas técnicas, tradições e práticas das comunidades indígenas e, mesmo comunidades locais, que induziram e induzem o conhecimento tradicional de geração em geração durante séculos preservando sua integridade e valor e, isso tudo, sem a necessidade de um sistema de proteção formal dos Direitos de Propriedade Intelectual[7].

Como se pode perceber o tema é dos mais difíceis e, ao mesmo tempo, dos mais fascinantes.

Contudo, para não alongar, mais do que já o fizemos, não sendo nosso intento aumentar a distância entre o leitor e a obra ora apresentada, deixamos claro que não estamos preocupados em exalçar as experiências ou o talento do autor, bem como vamos afastar qualquer juízo de valoração pessoal para o trabalho que temos o prazer de apresentar para a comunidade de juristas, de ambientalistas, de economistas, de administradores de empresas, de sociólogos, e demais interessados no tema objeto da pesquisa que produziu este livro.

O juízo, certamente, será aquele dos leitores, pois certos estamos que eles bem saberão apreciar a narrativa articulada pelo autor.

---

[6] No sistema internacional, em inglês, Traditional Knowledge (TK).

[7] Sobre o tema cf., o excelente trabalho editado por Sarah A. Laird, Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice. New York: Earthscan Publications, 2002, em especial seu estudo, no Capítulo 1, em parceria com Miguel N. Alexiades, Laying the foundation: equitable biodiversity research relationships, pp. 3-15. Cf., ainda, o trabalhos reunidos e editados por Evanson C. Kamau e Gerd Winter, in, Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing. London: Routledge, 2009; também, os trabalhos reunidos por Charles R. McManis, Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge. New York: Earthscan, 2012, especialmente, o estudo de Michael J. Balick no Capítulo 19, Traditional Knowledge: Lessons from the Past, Lessons for the Future, pp. 280-296.

*O autor, **SEBASTIÃO PATRÍCIO MENDES DA COSTA**, Doutor em Direito, cuja tese de doutoramento – cursado com excelência no Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da PUCRS – que tivemos a satisfação de orientar – enfatizando de maneira especial a qualidade intelectual do pesquisador – e que ora se publica em versão monográfica buscou interrogar, no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas, incluída ai a Ciência Jurídica, a Política, a Economia e a Antropologia, ademais dos Direitos Humanos e Culturais importante objeto: a proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais.*

Para tanto dedicou ampla pesquisa in loco – em diferentes comunidades visitadas – e documental consultando amplas fontes disponíveis no Brasil, em alguns países da América Latina e em alguns da Europa, o que resultou afinal em uma narrativa cuja articulação se revela primorosa para a literatura especializada pátria.

Como última palavra, perceptível que o livro de Sebastião Patrício Mendes da Costa acerca as livrarias em boa hora, e servirá para aguçar a pesquisa em direitos humanos, direitos culturais, direito da propriedade intelectual, direito ambiental, administração de recursos econômicos, bem como nos correlatos direitos fundamentais pertinentes, campo de aplicação e eficácia, especialmente no âmbito que se insere a questão interação entre o direito local à proteção dos conhecimentos tradicionais e a respectiva proteção internacional desses direitos.

Assim nada mais resta-nos que parabenizar o autor e a editora que lhe dá abrigo, almejando venha a obter merecida acolhida da comunidade, especialmente no âmbito das ciências, de maneira especial, na das sociais aplicadas. Desfrutemos da leitura.

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

PREFÁCIO

Como coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da PUCRS mais uma vez tenho o orgulho de, à guisa de prefácio, lançar algumas notas sobre o texto que corresponde a uma tese doutoral apresentada e defendida no nosso PPGD. Neste caso, cuida-se do texto da lavra do Professor, Mestre pela UnB e agora Doutor em Direito **SEBASTIÃO PATRÍCIO MENDES DA COSTA**, que ostenta o título – por si só revelador da complexidade, atualidade e relevância do tema C**ONHECIMENTOS TRADICIONAIS: DIREITO À PROTEÇÃO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS.**

Antes de tecer um sumário comentário sobre a obra como tal, é o caso de dizer algo sobre o seu autor. **SEBASTIÃO**, como tem sido a regra entre os discentes e egressos do Mestrado e Doutorado da PUCRS, não apenas agregou como pesquisador curioso e sério, aproveitando integralmente todas as oportunidades que lhe foram proporcionadas (incluindo estágio de investigação no exterior), como contribuiu de forma proativa para um ambiente humano saudável e mesmo fraterno, colaborando com disposição e simpatia com todo o corpo docente, discente e técnico-administrativo.

Além disso – e há que sublinhar tal aspecto – **SEBASTIÃO** cerrou fileiras com a já expressiva plêiade de mestrandos e doutorandos oriundos de outros estados da Federação (no caso, Piauí) que tem frequentado nosso PPGD, como é o caso, em caráter ilustrativo, de Santa Catarina, Paraná, Brasília-DF, Bahia, Maranhão, Alagoas, que não apenas têm se notabilizado por seu alto desempenho acadêmico, mas como multiplicadores e, com seus depoimentos, atraído cada vez mais discentes externos. Da mesma forma, já são vários egressos – inclusive o próprio **SEBASTIÃO** – que retornam à casa para estágios pós-doutorais, o que apenas engrandece o Programa e nos alegra sobremaneira em virtude da manutenção do vínculo e dos laços acadêmicos e pessoais.

Dito isso, é o caso de lançar um breve olhar sobre o texto que ora se publica, adiantando que não se irá aqui invadir a esfera justamente reservada ao ilustre colega e amigo Professor **CARLOS ALBERTO MOLINARO**, que com o seu talento e habitual esmero e competência orientou mais este excepcional trabalho. Por isso, aqui nada mais do que o indispensável para sublinhar os não poucos méritos da tese e reforçar o quanto a sua publicação e divulgação são imperativos.

Nessa perspectiva, além da já apontada atualidade e relevância do tema, é de se destacar a qualidade do texto em si, de sua organização interna, fluidez e correção da linguagem, assegurando uma leitura agradável, mas também tornado o conteúdo mais facilmente compreensível pelo leitor. Nunca é demais lembrar que a depender da qualidade da redação não são poucos os casos em que, de plano, já se afasta a vontade de sua leitura e, com isso, mesmo um conteúdo de alta qualificação acaba por não ser acessado e aproveitado. Da mesma forma ressalta a qualidade e seriedade da pesquisa realizada, como dá conta a farta, relevante e aderente literatura colacionada nas referências bibliográficas, inclusive o proveito extraído da estada do autor no exterior.

Outro ponto digno de nota é a abordagem interdisciplinar adotada (em especial a antropológica, mas também a política) de modo adequado e coerente, posto que igualmente não são raros os casos onde teria sido melhor ter se limitado a pesquisa à dimensão jurídica sem literalmente poluir o texto com meras referências ornamentais e mesmo confusas a outros saberes.

Por sua vez, sobre o conteúdo como tal e considerando a qualidade do resumo da tese, nada melhor do que, pedindo licença ao leitor, colacionar as palavras de SEBASTIÃO:

"O presente trabalho aborda direitos culturais e busca investigar a proteção dos conhecimentos tradicionais. O aumento do interesse pelos conhecimentos tradicionais por empresas multinacionais que trabalham com biotecnologia e pelas populações de países em desenvolvimento, que utilizam a chamada medicina tradicional e os demais conhecimentos tradicionais, reforça a necessidade de proteção desses conhecimentos para preservá-los e permitir uma justa repartição dos benefícios entre seus detentores. A gestão ambiental é igualmente favorecida com a utilização de conhecimentos tradicionais juntamente com conhecimentos científicos que auxiliam na preservação da biodiversidade. No regime democrático, a convivência de grupos diferentes reforça a pluralidade de ideias e a diversidade cultural. Os conhecimentos tradicionais são frutos da diversidade cultural e refletem diferenças culturais profundas, baseadas nas cosmovisões de grupos sociais distintos. Neste trabalho, investigou-se a efetividade da proteção dos conhecimentos tradicionais através de pesquisa realizada na perspectiva interdisciplinar, com a utilização de diversidade de fontes, para se compreender da

forma mais completa possível a proteção da cultura e dos conhecimentos tradicionais. Para isso, o trabalho contou com contribuições do Direito e da Antropologia para se compreender a cultura e os conhecimentos tradicionais e se analisar a proteção a esses conhecimentos, frutos da identidade cultural de povos indígenas e comunidades tradicionais. Considerou também noções de Economia para entender as razões econômicas para o interesse nesses conhecimentos. A pesquisa examinou estudos de autores de várias regiões do mundo e de diferentes especialidades. Dentre eles, ressaltam-se os autores da América Latina, em especial, os de origem indígena. A contribuição indígena na pesquisa está presente em diversos momentos e complementa o trabalho com a visão de povos indígenas e comunidades tradicionais. Após ampla análise da proteção dos conhecimentos tradicionais, verificou-se que tal proteção não é efetiva no Brasil, apesar de possuir legislação recente sobre o tema, mesmo com os diversos artigos da Constituição Federal que asseguram o direito à cultura e o respeito às comunidades tradicionais e povos indígenas, ainda que o Brasil seja signatário de relevantes tratados internacionais que protegem esses conhecimentos e práticas tradicionais. A não efetividade da proteção dos conhecimentos tradicionais acontece pelo menos por três motivos: 1) Pela falta de participação efetiva dos povos indígenas e comunidades tradicionais em políticas públicas e demais assuntos de seus interesses, como se verificou durante a tramitação da Lei n. 13.123/15, a nova lei da biodiversidade brasileira; 2) A legislação brasileira não se preocupou com os povos indígenas e comunidades tradicionais que vivem simultaneamente em vários países. Nem mesmo acenou para proteger os conhecimentos produzidos por eles ou para a forma que se daria a repartição dos benefícios nessa situação; 3) A política brasileira de proteção aos conhecimentos tradicionais é desatrelada da política territorial. O território tem forte ligação com a identidade de povos indígenas e comunidades tradicionais e é nele que esses conhecimentos se desenvolvem. O retrocesso brasileiro em relação às terras indígenas e de comunidades tradicionais afeta negativamente a produção e a transmissão dos conhecimentos tradicionais para as gerações futuras".

Assim sendo, não sendo o caso – e tal tem sido a nossa linha mestra quando se trata de apresentar ou prefaciar uma obra – de avançar com maior detalhamento a análise do próprio texto, para não criar uma distância indesejável entre o trabalho

e a o leitor, é o caso de repisar as qualidades do livro que ora vem a público, almejando que obtenha a merecida atenção, leitura e difusão.

Porto Alegre, 28 de março de 2019.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS

INTRODUÇÃO

Apresentação do problema de pesquisa e descrição do trabalho

Este é um trabalho sobre direitos culturais que utilizou uma abordagem interdisciplinar para analisar de forma mais completa a proteção dos conhecimentos tradicionais.

Vivemos num período em que a busca incessante pelo conhecimento está presente em diversos setores da sociedade, instigada por um determinismo tecnológico que obriga todos a avançar tecnologicamente, independente de influências sociais. Mas se uma comunidade não quiser se desenvolver tecnologicamente, como preservar os conhecimentos construídos tradicionalmente? E se esses conhecimentos forem fruto da identidade cultural?

As gerações futuras têm direito de conhecer o que foi tradicionalmente produzido e esses conhecimentos somente serão preservados se efetivamente protegidos. No caso dos conhecimentos tradicionais, temos a presença de elementos da identidade cultural dos povos indígenas e de comunidades tradicionais. Esses elementos fortalecem o pluralismo cultural e, consequentemente, reforçam os regimes democráticos.

No Estado constitucional, as questões individuais e as questões plurais merecem ser respeitadas. O respeito e o reconhecimento das diferenças culturais devem ser assegurados, afinal, é a pluralidade de idéias que distingue o estado constitucional do estado ditatorial. E a pluralidade de idéias é produto da diversidade cultural e da convivência de distintas formas de vida, gerando diferentes idéias que devem ser igualmente protegidas e respeitadas.

A existência conjunta e igualitária de grupos diferentes, com suas formas de pensar e de viver diversas, é uma característica dos regimes democráticos. Nesses regimes, posturas excludentes são inadmissíveis. Uma das funções do Direito, nesses regimes, é garantir a convivência das diferenças, tanto sociais quanto culturais, para permitir a reprodução e transmissão dessas formas de vida através da cultura. Nessas situações, garantir a liberdade em produzir o conhecimento é também função desempenhada pelo Direito. E nesse aspecto, os conhecimentos tradicionais, frutos da identidade cultural dos grupos sociais, assumem aspectos

ainda mais relevantes, uma vez que tais conhecimentos refletem, muitas vezes, diferenças culturais profundas, por se basearem em inúmeras cosmovisões.

Neste trabalho, elaboramos um estudo sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais e buscamos responder adequadamente o seguinte problema de pesquisa: Há efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais enquanto frutos da identidade cultural de povos indígenas e comunidades tradicionais?

Este estudo se desenvolve sob uma perspectiva interdisciplinar, com a utilização de uma diversidade de fontes.

Os conhecimentos tradicionais possuem relevância cada vez mais acentuada na vida e no bem-estar das pessoas. Tanto na América Latina, como na África e na Oceania, por exemplo, as populações usufruem cada vez mais de conhecimentos tradicionais, como aqueles com conteúdos relacionados a temas alimentares e medicinais. Na área econômica, temos o aumento significativo do interesse de empresas multinacionais pelos conhecimentos tradicionais, principalmente com os avanços tecnológicos proporcionados pela biotecnologia. Esse interesse das multinacionais pelos conhecimentos tradicionais é reflexo de um conflito mais amplo que envolve países do chamado “Sul global” e países do “Norte global”. Nesse contexto surge o movimento do Novo Constitucionalismo Latino Americano e as novas concepções de mundo não eurocêntricas. Nesse conflito, a biopirataria é um dos temas centrais de intensos debates e questionamentos, como se verifica neste trabalho.

Outra área importante para os conhecimentos tradicionais é aquela relacionada com a gestão ambiental. Na associação entre o conhecimento científico e os conhecimentos tradicionais, a proteção ao meio ambiente pode ser fortalecida com a preservação da biodiversidade.

O título deste trabalho faz referência à proteção dos conhecimentos tradicionais e também à necessidade de se proteger os direitos que constam em instrumentos jurídicos que buscam proteger tais conhecimentos. Ou seja, estão sob risco tanto conhecimentos tradicionais como os intrumentos jurídicos que os protegem, percebendo-se que a todo momento há a possibilidade de um retrocesso para se retirar os direitos de proteção e até mesmo remover do mundo jurídico os instrumentos legais de proteção aos conhecimentos tradicionais.

Para ampliação do embasamento do trabalho, para além de fontes de pesquisa bibliográfica e documental, foram realizadas pesquisas em universidades, bibliotecas e institutos de diferentes regiões brasileiras, além de coleta de dados sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais em quatro diferentes países, além do Brasil. Dessa forma, etapas da pesquisa foram realizadas no Peru, na Colômbia, em Portugal e na Espanha, além, obviamente, das etapas executadas no Brasil. A escolha de Peru e Colômbia ocorreu por serem países megadiversos e próximos ao Brasil. A pesquisa no Peru ocorreu a partir do seminário sobre "Los derechos de los pueblos originários", em que participei como convidado para proferir palestra aos estudantes e professores sobre a nova lei brasileira da biodiversidade, durante a II Jornada Latinoamericana de Derechos Fundamentales, entre 15 e 17 de outubro de 2015, na Universidade Católica do Peru - PUCP. Em Lima, tive ainda contatos pessoais com o professor doutor Shin Imai, da Universidade de York, no Canadá, e uma reunião de estudos com a professora doutora Raquel Yrigoyen Fajardo, na sede do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.

Na Colômbia, a convite do Instituto Alexander von Humbolt de Bogotá, apresentei análise sobre a Lei n. 13.123/15, nova lei sobre a diversidade brasileira, durante o "Encuentro de saberes sobre la proteccion del conocimiento indígena y tradicional como eje transversal al território, derechos y biodiversidad", entre os dias 18 e 20 de novembro de 2015, em Villa de Leyva, na Colômbia, oportunidade em que pude obter importantes informações sobre a temática da proteção aos conhecimentos tradicionais. Esse "Encuentro de saberes" foi promovido pelo Instituto Alexander von Humbolt e pelo Ministério do Interior – Direção de etnias e assuntos indígenas - da Colômbia. Durante o evento, líderes indígenas e representantes de grupos tradicionais, de órgãos governamentais, de instituições ligadas aos povos indígenas e comunidades tradicionais, representantes da ONU e pesquisadores de vários países debateram profundamente o tema "proteção aos conhecimentos indígenas e tradicionais". Nesse evento, além das palestras e participação nos grupos de trabalho, foram realizados contatos pessoais com lideranças indígenas e representantes de comunidades tradicionais, assim como contatos com professores e pesquisadores de diferentes nacionalidades.

A escolha de Portugal se deu pela produção bibliográfica dos autores daquele país acerca da proteção da cultura, em específico a proteção do patrimônio cultural

e do conhecimento tradicional. A forte ligação entre o direito brasileiro e o direito lusitano foi fator determinante para a pesquisa naquele país que se deu fundamentalmente através da coleta de dados bibliográficos na Universidade Católica Portuguesa, campus Foz - Porto, e na Universidade de Lisboa, além de pesquisa na Biblioteca Municipal Almeida Garret, na cidade do Porto. Tivemos ainda relevantes contatos pessoais com professores portugueses, como a professora doutora Catarina Santos Botelho, da Universidade Católica Portuguesa, que colaborou no esclarecimento de aspectos importantes da pesquisa relacionados ao estudo comparado.

A pesquisa na Espanha ocorreu a partir da consulta às bibliotecas da Universidade Complutense de Madrid, tanto a biblioteca María Zambrano como a biblioteca da Faculdade de Direito da UCM, para obtenção de fontes bibliográficas sobre o tema. A escolha da pesquisa bibliográfica na Espanha ocorreu por dois motivos. Inicialmente, pela quantidade de títulos sobre a proteção da cultura e a proteção dos conhecimentos tradicionais, inclusive com farta bibliografia sobre o direito da propriedade intelectual e a sua relação com os bens culturais, em específico os conhecimentos tradicionais e o folclore. Outro fator relevante que esteve relacionado à língua espanhola foi a quantidade de fontes bibliográficas disponíveis sobre a proteção da cultura e dos conhecimentos tradicionais na América espanhola que tivemos acesso nas bibliotecas de Madri. Essas bibliotecas possuem diversas fontes bibliográficas de autores de países megadiversos de língua espanhola, como Peru, Colômbia e Equador, o que é positivo para a comparação feita neste trabalho com a proteção nesses países.

Abordagem metodológica

Este trabalho é o resultado de uma pesquisa sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais realizada numa perspectiva interdisciplinar e que utilizou uma diversidade de fontes para se alcançar abordagem mais completa sobre a temática pesquisada.

Ao trabalharmos os conhecimentos tradicionais e a proteção jurídica da cultura, devido às múltiplas facetas e determinações que esses objetos de estudo

apresentam, a abordagem interdisciplinar se torna relevante para a construção de um entendimento mais abrangente sobre tais assuntos.

O movimento epistemológico em favor da pesquisa interdisciplinar surgiu a partir da década de 1960, tendo como pioneiro Georges Gusdorf[8]. No Brasil, os estudos realizados por Hilton Japiassu[9] e Ivani Fazenda[10] são os precursores dessa abordagem. Diante da diversidade e da complexidade social, metodologias mais eficazes na compreensão das manifestações sociais foram desenvolvidas. A visão interdisciplinar surgiu não como uma alternativa metodológica, mas a partir da necessidade que a complexidade da prática concreta impôs para a sua compreensão e para a construção do conhecimento mais próximo da realidade. Não se questiona a importância e a validade da disciplinaridade para a produção e difusão do conhecimento, mas diante da complexidade de determinados objetos de estudo, e entendemos ser esse o caso dos objetos de estudo deste trabalho, a interdisciplinaridade é mais eficaz para a compreensão de suas dinâmicas. Segundo Catarina de Sena Costa, a interdisciplinaridade não é:

> [...] um amalgamento de idéias, de uma justaposição de especialistas e especialidades, de um ecletismo epistemológico, teórico, metodológico ou técnico; trata-se, ao contrário, da constituição dialética de ideias qualitativamente novas, soma e produto que seja, antes, uma cultura científica, ou que se poderia chamar "uma visão de ciência" ou "uma visão do fazer científico"[11].

A pesquisa interdisciplinar traz contribuições para o Direito, no Brasil, a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, auxiliando a compreensão mais ampla de fenômenos jurídicos.

Stephen Kirste afirma que a abordagem interdisciplinar no Direito é importante uma vez que o conteúdo jurídico influencia diferentes sistemas sociais. Como o foco da pesquisa interdisciplinar é o conteúdo que será analisado em suas diferentes facetas, e não a forma da ciência do Direito, para o professor da

---

[8] GUSDORF, Georges. Reflexões sobre a interdisciplinariedade. **Revista Convivium**, 01-85. p. 19-50.
[9] JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
[10] FAZENDA, Ivani. **História, teoria e pesquisa**. Campinas: Papirus, 1994.
[11] COSTA, Catarina de Sena. A perspectiva interdisciplinar do curso de mestrado em Educação. **Linguagem, Educação e Sociedade**. v. 1, p. 15-26, Teresina-PI: UFPI, 1995. p. 19

Universidade de Salzburg, o Direito tem características importantes para um estudo sob a perspectiva interdisciplinar. Como afirma a seguir:

> E, certamente, olhando para sua matéria, o direito encontra-se embebido de diversas normas sociais, hábitos e outras orientações para a ação. Ele os transforma, contudo, por meio de procedimentos formais, em normas coercitivas relativamente estáveis, que fornecem orientação e asseguram expectativas. Essa característica relaciona o direito a outros sistemas sociais ao mesmo tempo em que o distingue deles. Ela é a base para a necessidade de um discurso interdisciplinar da ciência do direito com outras disciplinas, mas também limita as possibilidades de tal discurso. [12]

Dessa forma, com os motivos elencados acima, associados ao mister de solucionar questões de ordem prática que se é exigido de forma cada vez mais freqüente da ciência do Direito, juntamente com a necessidade das demais ciências que estudam a sociedade em compreender o Direito, temos um vasto e propício campo para o aprofundamento da abordagem interdisciplinar.

A pesquisa bibliográfica, neste trabalho, contou com a análise de livros e artigos produzidos por autores de diversas regiões e origens. Essa estratégia tem como objetivo proporcionar a análise de visões diferentes e de uma ampla gama de fenômenos culturais. Mas deixamos claro o cuidado na escolha de fontes consideradas confiáveis, principalmente com o acesso mais democrático, a partir das fontes "online" acessadas através de bancos de dados ou mesmo de periódicos e livros pela rede mundial de computadores. Ainda sobre os autores estudados, a diversidade deles, tanto no que diz respeito à formação, mas também às origens, foi um fator que teve como meta ter contato com diversas visões e diferentes especialidades. Dessa forma, contamos com a análise da produção bibliográfica de autores europeus, africanos, asiáticos, da Oceania e do continente americano. No caso dos autores do continente americano, chamamos a atenção pra os autores da América Latina, em especial para os autores de origem indígena. Os autores indígenas acrescentaram visão importante sobre a produção da cultura e a proteção dos conhecimentos tradicionais, muitas vezes abordando de forma precisa a relação

[12] KIRSTE, Stephan. A genuína contribuição da ciência do direito para um discurso interdisciplinar. Tradução de João Maurício Adeodato. In: **Revista de Direito UPIS**, Vol. 09, 2011, p. 135-146. p. 139.

desses temas com suas cosmovisões. Os autores indígenas utilizados neste trabalho possuem consistente formação acadêmica e experiência profissional, sendo alguns deles professores doutores em renomadas universidades ou funcionários em importantes organizações internacionais. Este trabalho considera as críticas feitas pelo professor Boaventura de Sousa Santos[13] sobre a valorização dos conhecimentos europeus em detrimento dos conhecimentos produzidos na América Latina e também por isso, agregado às exigências de estudos impostas pela natureza dos fenômenos estudados que são a cultura e os conhecimentos tradicionais, utilizamos obras de diversos autores de regiões diferentes e não apenas autores europeus.

Nesse contexto, a metodologia já amplamente utilizada pela Antropologia Social, em especial pela chamada Antropologia Jurídica[14], torna-se eficiente para identificar e explicar dados observados na realidade concreta. São vários os pontos que aproximam o Direito e a Antropologia. E essa aproximação pode ser positiva para ambas as áreas do conhecimento, seja proporcionando um instrumental teórico interessante para a explicação e análise do fenômeno jurídico, como permitindo o estudo de um número maior de dados através da chamada pesquisa empírica feita através da observação direta. A perspectiva interdisciplinar, que pode ser aplicada aos estudos que envolvem essas duas áreas, garante uma visão mais geral e completa dos fenômenos, uma vez que poderemos aplicar a metodologia de pesquisa desenvolvida na Antropologia, com seus estudos etnográficos e comparativos, para compreendermos profundamente o fenômeno jurídico, principalmente com seus reflexos na sociedade.

Algumas características da Antropologia juntamente com a sua metodologia podem auxiliar a compreensão de situações reais que envolvem a aplicação da norma, além de colocar outro olhar sobre as instituições jurídicas e seus sujeitos, dessa forma, podendo solucionar uma das grandes críticas que sofre a disciplina jurídica que seria o fato dela e de suas discussões legais se afastarem do contexto fático e, dessa forma, provocarem um distanciamento da sociedade. Ora, a Antropologia tem como características o estranhamento e a comparação. Isto é, estranhamento como a capacidade que o pesquisador possui de se surpreender

---

[13] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima-Perú: IIDS, 2010b. p. 35-42.
[14] OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica. **Anuário Antropológico/89**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 23-45.

diante de situações vistas como naturais e cotidianas e dessa forma poder relativizar categorias e desconstruir verdades. O estudo comparativo proporciona verificar práticas em outros contextos de pesquisa e ao compará-los, buscam-se princípios e diferenças presentes nesses contextos. Essas características podem muito somar ao estudo que se faz atualmente no Direito e sua aplicação de ordem prática. No que diz respeito à proteção dos conhecimentos tradicionais, tema de estudo deste trabalho, a comparação com outros sistemas normativos, com outros sistemas jurídicos e outras nações é fundamental para avaliarmos adequadamente a eficácia dessa proteção.

As questões de ordem prática tratadas no âmbito do Direito podem ter um aliado interessante para seu entendimento a partir da utilização da Antropologia. A visão antropológica também pode permitir que se "desnaturalize" conhecimento, formas de agir e de viver e a percepção que se tem das instituições jurídicas. A postura interdisciplinar associando Direito e Antropologia pode permitir uma compreensão mais aprofundada dos conflitos jurídicos e sociais, proporcionando uma interação maior com a sociedade, além de auxiliar na formação dos profissionais do Direito, formação esta que não esteve associada a questões fáticas ou mesmo habituada com a pesquisa de campo.

Se o Direito é uma ciência social aplicada, seu estudo deve estar relacionado a questões práticas da realidade concreta. Deve haver, portanto, uma interação entre a Teoria do Direito que busca trazer soluções para questões jurídicas e a realidade que traz problemas de ordem jurídica e de aplicação da norma, para serem estudados e analisados sob referenciais teóricos do Direito. Se o conflito social é dinâmico por natureza, a experiência jurídica é fundamental para compreendermos o fenômeno jurídico e suas implicações sociais.

Nas Ciências Humanas, já percebemos em vários momentos as ligações entre Direito e Antropologia. Como exemplo, temos a obra de Radcliffe-Brown e a análise de questões jurídicas em sociedades de tecnologia simples. O clássico autor britânico da Antropologia faz uma categorização dos chamados delitos públicos e delitos privados, tecendo uma rica explicação das sanções ritualísticas e de restituição, além de mostrar uma relação entre o direito e a tradição nessas comunidades[15]. A visão

[15] RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. **Estrutura e função na sociedade primitiva**. Petrópolis: Vozes, 1973.

do Direito e da Antropologia enriquece a compreensão dos conhecimentos tradicionais e de sua proteção. Seja através da comparação feita entre as formas de proteção de diferentes nações, seja pela forma de compreender tais conhecimentos que contam com cosmovisões de grupos diversos culturalmente, o que torna mais complexa a compreensão do fenômeno e a sua explicação. Desnaturalizar as questões relacionadas aos conhecimentos tradicionais e, consequentemente, às comunidades indígenas e tradicionais e, posteriormente, comparar as formas de proteção, é fundamental para o êxito desta proposta.

Neste trabalho também será realizada uma aproximação entre Direito e Economia. Essas duas áreas do conhecimento são relevantes para o estudo da cultura e dos conhecimentos tradicionais. Aliás, a chamada análise econômica do Direito é uma área interdisciplinar por natureza. Com o aumento da importância pelos conhecimentos tracionais, tanto por empresas multinacionais como por diversos setores da sociedade, impulsionados pelo interesse em ganhos econômicos principalmente em ramos ligados à área farmacêutica e à agricultura, a análise de questões envolvendo aspectos econômicos é relevante. Se considerarmos que no ambiente globalizado, com uma integração econômica internacional mais fortalecida e com a utilização de instrumentos jurídicos para a sua consolidação, como é o caso do contrato, essa relação entre Direito e Economia é cada vez mais próxima. O diálogo entre essas duas áreas traz resultados positivos tanto para o profissional do Direito, que não verá a Economia como um mundo à parte e não pensará que as questões jurídicas se resumem a princípios de justiça, quanto para o profissional da área econômica que poderá compreender os custos gerados pela efetivação de uma norma jurídica.

Antropologia Jurídica

Desde o início dos estudos antropológicos, a Antropologia se interessou por observar e desvendar a vida dos povos não ocidentais. Esses estudos muitas vezes se utilizavam do método comparativo, fazendo alusão às formas de vida dos povos ocidentais e das práticas presentes nas sociedades a que pertenciam os investigadores. Religião, política, parentesco, matrimônio e outros aspectos culturais eram objetos de estudo e de comparação feitos pelos primeiros

antropólogos. Nesse conjunto de questões examinadas, os aspectos jurídicos também se inseriam como objeto de estudo, desde formas consensuais de resolução de conflitos até processos mais complexos que envolviam instituições na solução de querelas que ocorriam no interior da comunidade estudada. De certa maneira, o Direito podia ser visto como uma forma de controle social, tanto formal como informal. O estudo dos mecanismos "jurídicos" utilizados na resolução de conflitos internos auxiliava no entendimento do próprio grupo, de suas formas de poder, suas hierarquias, uma vez que o processo judicial em sentido amplo é também um processo cultural.[16]

No Brasil, os estudos entre Direito e Antropologia têm se ampliado desde a década de 1980. "Por uma Antropologia do Direito, no Brasil" (1983)[17], de Roberto Kant de Lima talvez tenha sido o primeiro trabalho de impacto sobre essa interação entre as duas disciplinas no Brasil. Esse trabalho do professor Kant de Lima aborda três objetivos para se estudar a chamada Antropologia Jurídica ou Antropologia do Direito, quais sejam, a reprodução do conhecimento jurídico, a aplicação do conhecimento jurídico pelas instituições especializadas e o acesso à justiça. Segundo ele:

> A experiência antropológica ensina que o Direito é parte do controle social, que reprime mas também pedagogicamente produz uma ordem social definida, embora frequentemente desarmônica e conflituosa. Se o estudo dos Tribunais e demais agências especializadas não é só o estudo do Direito, o estudo do Direito também não se esgota no estudo dessas agências especializadas. Mais: é inútil tentar compreendê-las sem contextualizá-las.[18]

Outra temática desenvolvida pelo professor Kant de Lima, mas agora juntamente com Bárbara Baptista, foi a produção do Direito no Brasil. De acordo com esses pesquisadores, o Direito se constrói no Brasil segundo discursos dogmáticos fundados em opiniões. Não há uma tradição de produção jurídica pautada na análise de dados, como se percebe facilmente nos manuais jurídicos. "E, justamente devido à carência de pesquisas de caráter empírico na área do Direito é

[16] COSTA, Sebastião. Contribuições da Antropologia para a pesquisa empírica no Direito. **Revista Arquivo Jurídico**. Teresina-PI, v. 1 n. 6, jan/jun 2014. p. 81-90.
[17] KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Massangana, 1983. p. 89-116.
[18] KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do Direito, no Brasil...p. 98-99.

que entendemos que a contribuição da antropologia deve-se dar pela via metodológica da empiria e da comparação, e não de outro modo."[19]

Outra grande referência no estudo da Antropologia Jurídica no Brasil é o professor Luís Roberto Cardoso de Oliveira. Durante suas pesquisas em seu doutoramento, o professor estudou questões de validade segundo a teoria da ação comunicativa de Habermas aplicada a procedimentos realizados no "Juizado de Pequenas Causas" de Cambridge, Massachusetts. Além dessa temática, o professor pesquisou questões que envolvem análises de conflitos, cidadania, legitimidade e igualdade numa perspectiva comparativa. Suas pesquisas envolvem dados do Brasil, França, Canadá e Estados Unidos.

Quando abordamos a relação entre Direito e a Antropologia e, por consequência, a chamada Antropologia Jurídica, percebemos que um dos principais temas abordados foi o fenômeno do pluralismo jurídico. Tal fenômeno teve em Geertz[20] um de seus estudiosos iniciais. Naquele momento, esse fenômeno recebia denominações diversas, como "transplantes jurídicos" ou "sincretismo jurídico". Para Clifford Geertz, o pluralismo jurídico já atraía a atenção de antropólogos e de operadores do Direito. Era de interesse do advogado porque era jurídico e de interesse do antropólogo porque era plural, e nenhum desses profissionais gostaria de deixar o estudo desse fenômeno aos cuidados do outro. O estudo da proteção dos conhecimentos tradicionais envolve o pluralismo cultural e se associa a elementos presentes no estudo do pluralismo jurídico, uma vez que fontes do direito estatal e do direito consuetudinário são abordadas para se compreender as diversas formas de proteção desses conhecimentos.

O estudo do Direito no Brasil, desde o seu início, se embasou na abordagem de questões teóricas, focando o chamado "dever-ser" e colocando num segundo plano, quase esquecidos, as questões práticas e o contexto de aplicação da norma jurídica[21]. Ocorre, porém, que a dificuldade da percepção da realidade e da aplicação jurídica não permite mais respostas prontas, entendimentos definitivos, diante de uma complexidade social dinâmica.

---

[19] KANT DE LIMA, Roberto, BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito:** uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife. Disponível em http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito Acesso em 09/03/2015. p. 4.

[20] GEERTZ, Clifford. **O saber local**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

[21] COSTA, Sebastião. Ensino Jurídico, interdisciplinaridade e crise no Direito. **Confissões jurídicas (FSA)**, v. 3, p. 103-116, 2010.

A utilização da Antropologia Jurídica para a compreensão dos conhecimentos tradicionais é fundamental, pois envolve temática relacionada à juridicidade, ao mesmo tempo em que se trabalham temáticas ligadas à diversidade cultural. Os conhecimentos indígenas e tradicionais são reflexos das formas de vida dos povos indígenas e de comunidades tradicionais. Esses conhecimentos são frutos da identidade cultural desses grupos, o que já deixa clara a contribuição que a Antropologia Jurídica pode proporcionar para a real compreensão dessas temáticas.

Diversidade de fontes para o estudo da proteção dos conhecimentos tradicionais

Este estudo sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais se utiliza de uma diversidade de fontes de investigação para aprofundar a pesquisa, no intuito de averiguar, das formas mais diversas e sob diferentes enfoques, o modo como ocorre essa proteção para, assim, solucionar adequadamente o problema de pesquisa proposto. Dessa forma, foram utilizadas nessa investigação as seguintes fontes de pesquisa:

a) Pesquisa bibliográfica;
b) Pesquisa documental;
c) Reuniões de estudos com especialistas;
d) Comunicação pessoal.

As informações obtidas através dessa diversidade de fontes permitem amplo apoio à investigação, desde a apreciação de casos concretos ocorridos até análises jurisprudenciais e sua discussão especializada, além de proporcionarem dados extremamente atuais e em primeira mão, tais como as reuniões de estudo e as comunicações pessoais.

Este trabalho é dividido em três partes. A primeira parte, composta pelos capítulos 1 e 2, aborda temas iniciais sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, explanando os motivos que justificam a sua proteção, inclusive as razões econômicas, além de trazer um arcabouço conceitual sobre a cultura e conhecimentos tradicionais, com o objetivo de compreendermos mais

adequadamente o desenvolvimento de sua proteção. Na segunda parte, composta pelos capítulos 3 e 4, realizamos uma análise sobre as objeções a respeito da proteção dos conhecimentos tradicionais, expondo os questionamentos sobre a existência ou não da biopirataria, assim como uma discussão sobre o domínio público e o acesso à cultura. Nessa parte ainda são tratados temas como a biotecnologia e os direitos culturais para abordarmos especificamente a proteção dos conhecimentos tradicionais na parte seguinte. A Parte III do trabalho é totalmente direcionada à proteção dos conhecimentos tradicionais, discorrendo-se sobre a proteção feita por instrumentos internacionais, sejam no âmbito mundial como regional, e, especificamente, sobre a proteção que se faz no Brasil a respeito desses conhecimentos. Como conclusão, apresentaremos as considerações finais sobre a tese apresentada e explicaremos os resultados alcançados pela análise da proteção dos conhecimentos tradicionais.

PARTE I

1 A PROTEÇÃO AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: APONTAMENTOS INICIAIS

1.1 O Conhecimento Tradicional: por que deve ser protegido

Ao pensarmos o Estado constitucional, temos em mente, por óbvio, as questões individuais, mas devemos considerar que há questões plurais que precisam ser enfrentadas, respeitadas e protegidas. Essas questões plurais dizem respeito ao pluralismo de ideias, afinal de contas, o Estado constitucional se contrapõe ao Estado ditatorial e essa presença de ideias diversas é um de seus fundamentos. O pluralismo permite que o Estado não permaneça rígido e intransigente, ou nas palavras de Peter Häberle, exclui "que o Estado tenha o domínio monopolítico do conhecimento"[1].

Esse pluralismo de ideias busca proteger a integridade do indivíduo, mas igualmente resguardar e respeitar as identidades coletivas. Afinal, são os agentes políticos que se defrontam nas arenas políticas, discutindo objetivos coletivos sobre a distribuição mais justa de bens coletivos[2].

E nas arenas políticas, uma das discussões mais presentes é a busca por reconhecimento. As identidades coletivas tentam se organizar para serem reconhecidas e para que ocorra uma distribuição mais justa dos bens. Segundo Habermas[3], a falta de reconhecimento das diferenças culturais de um grupo muitas vezes está atrelada à imposição de um desmerecimento social. Ou seja, a falta de reconhecimento social normalmente coincide com o não reconhecimento cultural. O Estado Democrático de Direito deve estar atento a esses temas. Como afirma Habermas:

> Quando tomarmos a sério essa concatenação interna entre o Estado de direito e a democracia, porém, ficará claro que o sistema dos direitos não fecha os olhos nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais.[4]

---

[1] HABERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 105.
[2] HABERMAS, Jungen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 238.
[3] HABERMAS, Jungen. **A inclusão do outro**...
[4] HABERMAS, Jungen. **A inclusão do outro**... p.243.

Na democracia, o sistema de direitos deve considerar as diferenças, sejam sociais ou culturais. Se pensarmos um regime democrático, temos que considerar a coexistência igualitária dos diversos grupos, de suas formas de vida, para que exista segurança da reprodução dessa forma de vida e para que o indivíduo possa e consiga transmitir a sua cultura de forma que ela não fique isolada e assim promova um intercâmbio com a cultura das demais pessoas. Uma das funções do Direito é garantir a liberdade de se reproduzir os conhecimentos culturais. Segundo Habermas:

> Normalmente, as tradições culturais e as formas de vida que aí se articulam reproduzem-se ao convencer o valor de si mesmas os que as assumem e as internalizam em suas estruturas de personalidade; ou seja, elas se reproduzem ao motivar os indivíduos a uma apropriação e continuação produtivas de si mesmas. O caminho do direito estatal nada pode senão possibilitar essa conquista hermenêutica de reprodução cultural de universos vitais. Pois uma garantia de sobrevivência iria justamente privar os integrantes da liberdade de dizer sim ou não, hoje tão necessária à apropriação de manutenção de uma herança cultural.[5]

É inadmissível, no Estado Democrático de Direito, que se tenha uma postura excludente e que se desconsidere, por exemplo, os povos indígenas e as comunidades tradicionais, como infelizmente ocorre na América Latina. Especificamente no que diz respeito aos povos indígenas ou povos originários, desde o final do século XX há um quase que total desrespeito a seus direitos, tanto territoriais quanto culturais. Como afirma Miguel Palacín Quispe[6], o desrespeito ao direito territorial e aos bens naturais dos povos indígenas provocou a criação de instrumentos legais que no âmbito internacional buscam protegê-los, como é o caso da Convenção 169/OIT e da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que serão trabalhadas neste trabalho.

A criação desses instrumentos internacionais, porém, não diminui o desrespeito que historicamente determinados grupos sofrem por conta de sua

---

[5] HABERMAS, Jungen. **A inclusão do outro**... p. 258.
[6] PALACÍN QUISPE, Miguel. Prólogo – una construcción colectiva de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima-Peru: IIDS, 2010.

cultura diferente, de suas formas de vida diversas, por seus valores que muitas vezes não são pautados na lógica de progresso imposto pelo pensamento ocidental.

No século XXI começamos a ter uma nova realidade política na América Latina [7]. Exemplos como Bolívia e Equador [8] reforçam a ideia de estados plurinacionais que protegem os diversos grupos presentes na sua formação e, especificamente no caso dos povos originários, garantem-lhes direitos culturais e territoriais efetivamente. Autores como Boaventura de Souza Santos e Raquel Z. Yrigoyen Fajardo concluem que essa realidade na América Latina não pode ser explicada coerentemente por teorias eurocêntricas, ou as chamadas teorias do "Norte". Segundo esses autores, tais teorias teriam desconsiderado relevantes dados apresentados na América do Sul, chegando ao ponto, segundo eles, de agirem com desdém diante dos contextos e experiências presentes na América Latina.

Nesse contexto surge o Novo Constitucionalismo Pluralista Latino Americano, um movimento que questiona o chamado velho Constitucionalismo através de novas concepções de mundo não eurocêntricas. Esse movimento busca aproximar as novas Constituições da América Latina da democracia, combater as desigualdades sociais que se consolidaram historicamente na região e inserir uma visão holística entre o ser humano e o meio ambiente, principalmente quando se observa o princípio do *sumak kawsay* ou *buen vivir*[9].

Com o Novo Constitucionalismo Latino Americano, os direitos indígenas e a participação popular ganham relevância na institucionalização política, de acordo com Pedro Augusto Domingues Miranda Brandão[10], como se percebe através da análise das Constituições da Bolívia e do Equador. Os estudos de Raquel Yrigoyen Fajardo, uma das autoras que estudam esse movimento, defendem a participação

---

[7] Nara Araújo faz análise interessante sobre o papel da cultura no processo constitutivo da América Latina em ARAÚJO, Nara. Cultura. In: SZURMUK, Mónica; IRGWIN, Robert. (coord.). **Diccionario de estudios culturales latinoamericanos.** Cerro del Agua-MEX: Siglo XXI, 2009. p. 69-72.

[8] BALDI, Cesar Augusto. Do constitucionalismo moderno ao novo constitucionalismo latino americano. In: BELLO, Enzo (org.). **Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismos**. Caxias do Sul-RS: Educs, 2012. p. 127-149.

[9] NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: uma proposta para concretização dos direito socioambientais? DOI: 10.7213/UNIVERSITAS.7481. **Universitas**. v.1, n.1, 2012. p. 24-42

[10] BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Recife, 2013.

com protagonismo dos povos indígenas e estão presentes em diversos momentos deste trabalho. A preocupação com o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas é um dos focos da concepção de Raquel Yrigoyen Fajardo sobre o esse Novo Constitucionalismo.

A postura de chamar os povos originários da América Latina de primitivos e ignorantes depõe contrariamente a essas teorias eurocêntricas que não conseguem ver a riqueza dos dados apresentados na América Latina, como o que acontece com os conhecimentos tradicionais. Se historicamente a América Latina foi tida apenas como exportadora de matéria prima, consequência ainda do colonialismo, essa visão de inferioridade da América Latina ainda é presente em diversas teorias eurocêntricas, como se tivéssemos também um colonialismo nas ciências. O professor Boaventura de Sousa Santos chega a chamar a necessidade de se ter uma "sociologia das ausências" numa perspectiva contrária à ciência que aborda os saberes da América do Sul como primitivos e atrasados, desvalorizados por um lado pela ciência "ocidental", embora por outro lado saibamos que a indústria farmacêutica, por exemplo, se utiliza desses conhecimentos no processo de produção de medicamentos. Como afirma a professora Raquel Z. Yrigoyen Fajardo:

> Esto es, una sociología que descalifica a pueblos y culturas, y su modo de vida y conocimientos, como primitivos, salvajes y retardatarios del desarrollo, sólo porque tienen diversas concepciones de vida buena, otras formas de producir conocimientos y relacionarse con la naturaleza, y que se resisten a mercantilizar toda su vida e hipotecar todo su futuro al capital.[11]

Sobre os conhecimentos tradicionais, eles possuem uma importância cada vez maior na vida e no bem-estar das populações da América Latina e do Brasil especificamente. Se partirmos do pressuposto que as populações mais pobres são aquelas que mais usufruem dos conhecimentos tradicionais, principalmente nas questões que envolvem aspectos medicinais e alimentícios, o desenvolvimento dessas populações nos últimos anos com o crescimento econômico na região sugere uma preocupação ainda maior com assuntos que consideram a valoração desses

[11] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. A modo de introducción. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde uma epistemologia del Sur**. Lima-Peru: IIDS, 2010. p. 5 e 6.

conhecimentos.

Esse, porém, não é um problema que afeta apenas países da América Latina. Em Moçambique, houve um aumento do interesse sobre a chamada medicina tradicional[12] a partir do momento que a medicina moderna não foi capaz de resolver problemas relacionados à medicina curativa, principalmente diante de eventos como os traumas provocados pela guerra ou aumento de incidência de Malária. Com isso, um processo de recuperação de textos e estudos sobre as práticas tradicionais de cura foi intensificado, aumentando o interesse sobre questões culturais e de conhecimentos tradicionais para implementar projetos na área da saúde[13]. Da mesma forma, em Burkina Faso, diante do aumento do custo de produtos farmacêuticos e o baixo poder aquisitivo da população, houve um desenvolvimento da medicina tradicional a partir de um sistema que considera os conhecimentos tradicionais. Segundo Zéphirin Dakuyo:

> Burkina Faso is a Sahelian country in the heart of West Africa. In recent years, it has developed a policy to promote traditional medicine. The increasing costs of imported pharmaceutical products coupled with the low purchasing power of the population have since 1985 led the Ministry of Health to implement a strategy to improve the image of traditional medicine so that this system of health care begins to be used as an option at the level of medical units.[14]

Os sistemas tradicionais de conhecimento proporcionaram o desenvolvimento, em todo o mundo, de aspectos nas áreas industrial, social, agrícola e científica, como afirma Edson Beas Rodrigues Júnior[15]. As diferentes abordagens promovidas pelos sistemas tradicionais de conhecimento acrescentam e permitem desenvolver ainda mais o sistema ocidental de conhecimento, seja por

---

[12] ZHANG, Xiaorui. Traditional medicine: its importance and protection. In: TWAROG, Sophia, KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 3-6.
[13] MEDEIROS, Eduardo. **Contribuição para o Estado da arte das continuidades e mudanças em Moçambique: 25 anos de "estudos moçambicanos", 1980/81-2006**. Porto, Portugal: Centro de Estudos Africanos da Universidade do Porto, 2008. p. 78.
[14] DAKUYO, Zéphirin. Tradicional medicine in Brukina Faso. In: TWAROG, Sophia; KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 15.
[15] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

buscar soluções na cooperação entre diferentes culturas, seja a partir do esclarecimento de possíveis preconceitos sofridos pelas chamadas comunidades tradicionais. Sem esses preconceitos, torna-se mais provável a utilização dos conhecimentos tradicionais não apenas na aplicação de um recurso biológico, mas também na descoberta de uma aplicação nova para aquele recurso.

Ao tratarmos das questões econômicas que envolvem os conhecimentos tradicionais, devemos estar cientes da disputa no âmbito internacional que envolve os chamados países do "Norte" e os países do "Sul", ou seja, o conflito que envolve os interesses dos países que possuem tecnologia para a prospecção dos elementos da biodiversidade que serão utilizados como fármacos, por exemplo, e de outro lado os países megadiversos detentores da matéria prima e do conhecimento tradicional que desenvolveu processos de utilização desse material para gerar conhecimento de forma consuetudinária.

A desigualdade entre países desenvolvidos e em desenvolvimento também acontece em outras searas que envolvem tecnologia, como é o caso dos sistemas de comunicação. A tecnologia mais avançada dos países desenvolvidos acentua a desigualdade com os países em desenvolvimento, que não possuem essa tecnologia. Esse conhecimento (ou a falta dele) produzirá efeitos desfavoráveis no plano da cultura e da identidade nacional nesses países tidos como menos favorecidos[16].

Se por um lado os países do "Norte" querem lucrar através do processo de patentes que titulariza os detentores dos direitos sobre a tecnologia produzida, de outro lado temos países megadiversos com riqueza de biodiversidade e que produziram conhecimentos tradicionais, ancestrais na utilização desse material para o bem-estar da população.

Os conhecimentos tradicionais emprestam à indústria benefícios importantes pelo fato, por exemplo, de as comunidades utilizarem recursos como plantas medicinais, o que facilitaria na descoberta de dosagens seguras, além da chance cada vez menor de utilização de substâncias tóxicas para a saúde humana, como afirma Edson Beas Rodrigues Júnior[17]. Apesar dos avanços tecnológicos permitirem a identificação de inúmeros compostos bioativos, a relação da tecnologia

[16] MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. Direito e cultura jurídica no ambiente das tecnologias da informação e da comunicação. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 3, n° 1, p. 267-292, jan-jun, 2016. p. 277.
[17] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...**.

com os conhecimentos tradicionais continua sendo de complementaridade, uma vez que os conhecimentos tradicionais oferecem "evidências de segurança das moléculas bioativas identificadas", o que gera economia à indústria farmacêutica, por exemplo, principalmente no que diz respeito aos gastos com testes clínicos.

Há, entretanto, uma crescente preocupação com a preservação do meio ambiente e o fortalecimento do desenvolvimento sustentável como alternativas para se contribuir com o bem-estar da humanidade. Nesse contexto, a preservação de ecossistemas e da biodiversidade é importante para o equilíbrio do meio ambiente, além de proporcionar uma variedade de alimentos e plantas com propriedades medicinais importantes para a saúde tanto de grupos tradicionais quanto da população de uma forma geral. Na América Latina, por exemplo, 50% da população não tem acesso a medicamentos convencionais e tratam da saúde através dos chamados remédios tradicionais, como afirma Manuel Ruiz Muller [18]. Nesse trabalho de preservação do meio ambiente, as comunidades tradicionais, muitas vezes através dos conhecimentos tradicionais, têm importante função:

> O relevante papel da dimensão cultural de desenvolvimento sustentável é corroborado pelas contribuições das comunidades tradicionais para a conservação do meio ambiente. Deve-se ao trabalho intensivo das comunidades tradicionais ricas paisagens naturais, que a ciência ocidental julgava resultarem do trabalho das forças da natureza; variedades de plantas de importância ímpar para a alimentação e agricultura; a gestão sustentável da diversidade biológica fruída pela humanidade nos dias atuais; o desenvolvimento de aplicações inovadoras dos recursos da natureza.[19]

Se considerarmos que o Brasil [20], por exemplo, possui seis biomas continentais e a maior floresta tropical do mundo, estamos diante de um dos países

---

[18] RUIZ MULLER, Manuel. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos em América Latina**. Lima-Perú: UICN, 2006.
[19] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 29.
[20] Segundo dados do Portal Biodiversidade, do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil é o país com maior diversidade de espécies no mundo. Ocupando quase que a metade do território da América do Sul, o Brasil possui seis biomas terrestres e três grandes ecossistemas marinhos, com mais de 103.870 espécies de animais e 43.020 de espécies vegetais conhecidas. Essa variedade significa mais de 20% de todas as espécies encontradas no planeta, seja na terra ou em água. Fonte: BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Portal da Biodiversidade. Disponível em: http://www.mma.gov.br/biodiversidade. Acesso em: 30 jun 2017.

mais ricos em espécies de plantas e mamíferos do planeta, além de possuir grande diversidade de fauna e flora[21]. Iniciativas que busquem a preservação da natureza, como é o caso dos conhecimentos tradicionais, são salutares para a manutenção desses recursos. Ou seja, a função dos conhecimentos tradicionais vai além de questões industriais e científicas, proporcionando desenvolvimento social para países pobres e com baixo nível de desenvolvimento. Os conhecimentos tradicionais podem ser fontes de proteção à cultura e à identidade local, protegendo os recursos naturais. Por outro lado, não podemos desconsiderar a quebra da lógica da dependência estrangeira e muitas vezes do pagamento de "royalties" para outros países que os conhecimentos tradicionais promovem, ou seja, eles permitem a proteção e a preservação dos recursos naturais locais a partir de sua valorização.

A gestão ambiental é uma das áreas favorecidas na associação entre a ciência formal e os conhecimentos tradicionais, o que proporciona melhoria de vida para as populações pobres de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Porém, segundo Edson Beas Rodrigues Júnior[22], esses conhecimentos produzidos a partir dessa associação ainda são incipientes. As técnicas advindas dessa associação se tornam mais eficazes ao respeitarem o contexto cultural e ambiental local[23], além de representar um custo menor, com se percebe na afirmação abaixo de Edson Beas Rodrigues Júnior ao tratar da proteção dos Recursos Bioculturais Imateriais (RBI):

> A continuidade dos processos criativos e inventivos das comunidades tradicionais depende não somente da proteção da dimensão imaterial dos RBIs contra a prática de atos de apropriação indevida. Considerando a perspectiva holística das comunidades tradicionais, que veem cultura, ecossistemas e RBIs como elementos interdependentes, a proteção dos RBIs demanda mais que a mera proteção dos recursos em isolamento de suas *fontes humanas*, culturais e biológicas. Qualquer regime que se proponha a protegê-los contra a erosão

[21] GANEM, Roseli Senna. **Legislação brasileira sobre meio ambiente: fundamentos constitucionais e legais**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 9.
[22] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**...
[23] Como exemplo da relação entre os conhecimentos tradicionais de comunidades extrativas e o conhecimento científico, temos o caso das marisqueiras da região de Barra Grande, no litoral do estado do Piauí. Essa associação auxiliou os planos de manejo de programas de apoio à pesca artesanal na região. FREITAS, S. T.; PAMPLIN, P. A. Z.; LEGAT, J. FOGAÇA, F. H. dos S; BARROS, R. F. M. Conhecimento tradicional das marisqueiras de Barra Grande, área de proteção ambiental do delta do rio Parnaíba, Piauí, Brasil. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo. V. XV, n. 2. mai-ago 2012. p. 91-112. p. 92)

> deverá atentar para o imperativo de conservar suas fontes humanas para mediatamente conservá-los em constante aprimoramento, no presente e no futuro, bem como outras duas dimensões: a *cultural*, pois os RDBs refletem os valores culturais, inclusive, espirituais das comunidades tradicionais os criaram e conservam, e a *ambiental*, porquanto os RBIs resultam da interação das comunidades tradicionais com os recursos naturais presentes nas terras e águas que ocupam.[24]

A proteção dos conhecimentos tradicionais[25] é importante, principalmente nos ditos países em desenvolvimento, devido a sua importância cultural como também quanto a interesses econômicos. No caso econômico, os conhecimentos tradicionais associados a questões medicinais e os conhecimentos associados a recursos ligados à agrobiodiversidade são seguramente os de maior relevância prática[26]. Nesses casos, a proteção de tais conhecimentos nos chamados países do "Sul" é mais relevante que nos países do "Norte", pois estes podem se utilizar das legislações de proteção à propriedade intelectual e assim garantir ganhos pelo conhecimento desenvolvido, o que é mais complicado no caso dos conhecimentos tradicionais presentes nos países do "Sul", que possuem uma lógica distinta, muitas vezes vistos como uma produção coletiva, isto é, algo oposto à noção de proteção individual garantida pela propriedade intelectual. Ou seja,

> [...] a necessidade da proteção do conhecimento tradicional é mais importante do ponto de vista econômico aos países em desenvolvimento do que aqueles desenvolvidos, já que por via da proteção da Propriedade Intelectual existente, já conseguem estes objetivos por meio de patentes.[27]

---

[24] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**...p. 54.

[25] "Os conhecimentos de toda e qualquer comunidade tradicional são construídos a partir de práticas e experimentações culturais, que estão relacionadas ao lócus geográfico em que se encontram, suas tradições, costumes, o que por si só constituem fenômenos complexos, construídos socialmente a partir de práticas e experiências culturais, relacionadas ao espaço social, aos usos, costumes e tradições, cujo domínio geralmente é difuso, e impossível de ser atribuído a um indivíduo particular. A dinâmica de construção do conhecimento tradicional é que esse processo relaciona-se, diretamente, com a organização social de um povo." (SILVA, José Everton da; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual: uma proposta para futura repartição dos ganhos. **Revista da Unifebe** (on line), 2012; 11 (dez). p. 144-157. p. 147).

[26] RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**...

[27] SILVA, José Everton da; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual: uma proposta para...p. 153.

O Estado tem como uma de suas funções proteger o conhecimento da cobiça de grupos empresariais, proteger da empresa que é uma entidade agressiva e dominadora. Os conhecimentos tradicionais precisam de proteção, sob o risco de serem utilizados por empresas apenas em busca de lucro sem que as comunidades que os produziram recebam benefício algum. Se a proteção jurídica não for adequada, as empresas explorarão todos os conhecimentos produzidos por esses povos sem o devido amparo e possíveis remunerações às chamadas comunidades tradicionais[28].

A proteção dos conhecimentos tradicionais está inserida numa discussão mais ampla relacionada à proteção cultural. Essa proteção assume agora um papel político demonstrado nas discussões acerca dos direitos sobre os conhecimentos dos povos tradicionais, funcionando, segundo Manuela Carneiro da Cunha[29], como "arma dos fracos". Esse viés político também é evidenciado com a conotação nacionalista que a proteção dos conhecimentos tradicionais, especificamente na questão indígena, vai assumir nos países em desenvolvimento, principalmente diante de conflito entre países do "Norte" e do "Sul" que ficará claro nas disputas pelos direitos intelectuais acerca de tais conhecimentos, como percebemos a seguir:

> De um modo geral, enquanto os países ricos em recursos genéticos eram carentes em tecnologia de ponta, aqueles tecnologicamente mais avançados careciam de riqueza em recursos genéticos. Visto que as patentes estavam fortemente concentradas no hemisfério norte, essa disjunção logo viria a ser especializada com um conflito 'Norte/Sul', que opunha os sete países mais ricos do mundo, o G7, às demais nações.[30]

---

[28] Segundo Edson Beas Rodrigues Júnior, "As expressões 'comunidade tradicional', 'comunidade local' e 'comunidade culturalmente diferenciada' são empregadas aqui como sinônimas, devendo ser entendidas como grupo de pessoas que preenche as seguintes características: (i) 'compartilha[m] as mesmas referências constitutivas de uma identidade cultural em comum, desejando preservá-la e desenvolvê-la'; (ii) conservam formas próprias de organização social; (iii) usam recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa e econômica; e (iv) conservam e transmitem conhecimentos técnicos, práticas e expressões culturais, segundo as tradições herdadas de seus antepassados. Em termos mais simples, comunidades tradicionais são compostas por integrantes de povos indígenas, de povos tribais, de minorias étnicas, lingüísticas ou religiosas e de outros grupos portadores de culturas, modos de viver diferenciados em relação àqueles vigentes na sociedade envolvente, ainda que não estejam dela totalmente apartados. No Brasil, podemos mencionas os povos indígenas, os quilombolas, os ribeirinhos e os caiçaras como grupos representativos de comunidades tradicionais." (2010, p. 27-28)

[29] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

[30] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p.321.

A exploração dos conhecimentos tradicionais é um problema que afeta todos os países, e no caso da América Latina sua proteção assegura a identidade das comunidades tradicionais e a diversidade cultural[31].

Manuel Ruiz Muller[32] mostra que mesmo diante de condições difíceis de vida, povos indígenas e comunidades tradicionais desenvolveram conhecimentos, inovação e práticas relacionadas à diversidade biológica. Esses conhecimentos tradicionais geraram ganhos econômicos aos processos industriais, mas é salutar percebermos que além do ganho econômico, há um valor social e cultural presente nesses conhecimentos. Infelizmente, apesar de todos esses ganhos, o autor chama a atenção mais uma vez para os raros compartilhamentos desses benefícios com os grupos indígenas e tradicionais que participaram do processo de produção desse conhecimento. O autor cita algumas estimativas de ganhos, não para descobrir o valor desses conhecimentos e inovações, mas para se perceber, em termos também quantitativos, a magnitude econômica desses conhecimentos.

Por que não é possível proteger o esforço intelectual indígena? Manuel Ruiz Muller[33] se faz essa pergunta uma vez que a proteção da propriedade intelectual é uma necessidade política e econômica dentro do processo de globalização. Para esse autor, a proteção dos conhecimentos tradicionais é estratégica para o desenvolvimento de alguns países. Ora, a produção de conhecimentos segundo processos que eram orientados pela organização social e tradicional foi, na história da humanidade, uma fonte de aproximação com a natureza[34]. A proteção do esforço intelectual dos grupos indígenas e tradicionais valoriza esse tipo de iniciativa que sempre se fez presente.

Gustavo Lins Ribeiro[35], ao tratar da diversidade cultural no Brasil, aborda a riqueza da biodiversidade para mostrar que se busca atrelá-la, abordando questões de desenvolvimento socioeconômico. Para o autor, "este é um campo eminentemente antropológico porque trata-se simultaneamente do valor do

---

[31] RODRIGUES, Saulo Tarso. Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas. **Espaço Jurídico: Journal of Law**. Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 41-64, jan./jun. 2015.
[32] RUIZ MULLER, Manuel**. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos em América Latina**. Lima-Perú: UICN, 2006.
[33] RUIZ MULLER, Manuel. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales**...
[34] MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a proteção. **T&C Amazônia**, Ano V, número 11, junho de 2007. p. 33.
[35] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura. In: FONSECA, Cláudia (org.) **Fronteiras da cultura**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993.

conhecimento local e da inserção de comunidades étnica, cultural e economicamente diferenciadas em sistemas integrados de mercado"[36]. Por envolver os conhecimentos tradicionais, o pluralismo e a diversidade cultural, é importante que os grupos indígenas e tradicionais permaneçam diferenciados, protegendo suas características identitárias.

Nesse contexto, a proteção jurídica adequada dos conhecimentos tradicionais é fundamental para que se proteja o acesso a eles e se evite uma apropriação indevida por terceiros a esse conhecimento produzido. Apesar dos questionamentos que serão tratados neste trabalho sobre a operacionalidade de se valorar e se distribuir dos benefícios relacionados a esses conhecimentos, é relevante percebermos a necessidade do sistema jurídico protegê-los e assim permitir inclusive sua preservação e possível acesso a gerações futuras.

Os grupos indígenas e tradicionais que se encontram em situação de maior fragilidade econômica muitas vezes se colocam em situação de vulnerabilidade frente às grandes indústrias farmacêuticas, por exemplo. Essa proteção só acontece através de lutas que envolvem as comunidades e os movimentos sociais para se valorizar os saberes tradicionais. Como afirmam Joaquim Shiraishi Neto e Fernando Antonio de Carvalho Dantas:

> A retomada das discussões em torno do desenvolvimento da região a partir da biodiversidade pode ser interpretada a partir do que foi designado por Almeida (2006) de 'geografismo' e 'biologismo', já que se referem a uma 'nova' tentativa de atribuir valor aos recursos genéticos existentes na região, em detrimento dos próprios sujeitos, que sempre foram tidos como incapazes diante da imensidão da natureza, o que se evidencia pelo fato de que o conhecimento tradicional associado à biodiversidade é tratado como bem jurídico a ser protegido.[37]

É importante ressaltar o trabalho de Darrel Posey no reconhecimento e na proteção dos conhecimentos tradicionais e na luta em favor da diversidade biocultural[38]. Para Posey, as atividades dos seres humanos modelaram o ambiente,

---

[36] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser... p. 11-12.
[37] SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A "commoditização" do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. **Economia y Sociedad**, ns. 33 e 34. Enero-Diciembre de 2008, pp. 119-131. p. 122.
[38] POSEY, Darrel. Introduction: Culture and Nature – The Inextricable Link. POSEY, Darrel. **Cultural and Spiritual Values of Biodiversity**. Nairobi-Kenya: UNEP, 1999. p. 1-18.

de forma que em diversas situações não se é possível fazer a separação entre natureza e cultura.[39] Segundo May Waddington, em 1992, a Sociedade Internacional de Etnobiologia, na época presidida pelo Dr. Darrel Posey, promoveu o Parlamento da Terra, um dos eventos do Forum Social na Rio-92. Com o subtítulo de "A Coalizão Global pela Diversidade Biocultural", o evento contou com a participação de indígenas e de cientistas de várias partes do mundo, buscando organizar uma pauta de reivindicações e estratégias sobre a temática. Em 1988, a Sociedade Internacional de Etnobiologia já havia iniciado uma luta pelo reconhecimento e pela proteção dos conhecimentos tradicionais, que resultou na criação da chamada Declaração ou Carta de Belém de 1988, que estabeleceu um regramento para o comportamento de etnoecólogos e etnobiólogos em suas atividades com povos indígenas. Além de reconhecer o conhecimento de pajés e botânicos nativos, a Carta de Belém já mostrava a necessidade de proteção dos direitos dos indígenas ao território e à sua integridade física.

A Corporación Andina de Fomento – CAF e a Secretaria General de La Comunidad Andina organizaram uma publicação em que buscam analisar a proteção dos conhecimentos tradicionais a partir da perspectiva indígena[40]. Ao tratar dos saberes ancestrais dos povos indígenas, a referida publicação aborda razões gerais e específicas para justificar a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais. Esse livro retrata a perspectiva indígena (muitos autores que participaram da publicação são de etnias indígenas provenientes da América Latina), mostra uma preocupação de se evitar um choque entre as culturas diferentes, mas ao mesmo tempo há o questionamento de grupos indígenas por instrumentos que resguardem tais conhecimentos tradicionais que seriam, na visão deles, parte integrante dos povos indígenas.

Os motivos gerais que justificam a proteção dos conhecimentos tradicionais, segundo a perspectiva dos povos indígenas, como sugere a publicação citada acima, seriam:

---

[39] GERMAN-CASTELLI, Pierina. **Diversidade Biocultural: Direitos de Propriedade Intelectual versus Direitos dos Recursos Tradicionais**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Agricultura, Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Seropédica-RJ: UFRRJ, 2004.

[40] DE LA CRUZ, Rodrigo et al. **Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena**. Caracas-Venezuela: Norma Color, 2005.

a) A necessidade de proteção de um direito fundamental: segundo os autores, os conhecimentos tradicionais não se resumiriam a elementos sociais e econômicos. Para os povos indígenas seriam bem mais que isso, pois constituem parte integrante de sua identidade cultural. Sua autodeterminação, que é protegida juridicamente, só pode ser estabelecida com o entendimento que os conhecimentos tradicionais fazem parte das formas de vida dos povos indígenas;

b) O valor intrínseco do conhecimento tradicional, coletivo e integral: a proteção dos conhecimentos tradicionais não deve ocorrer por questões de mercado ou econômicas, mas sim pelo valor cultural atrelado a esses conhecimentos. Essa justificativa é interessante porque permite que conhecimentos tradicionais importantes para as vidas dessas comunidades, ainda que sem ter um valor de mercado ou que estejam fora de mercado, possam ser protegidos, pois o cerne da proteção não seria a questão econômica, mas o valor cultural desses saberes para os grupos;

c) Por razões de equidade: segundo a perspectiva indígena, há uma relação desigual entre as comunidades tradicionais e as grandes empresas, principalmente no que diz respeito ao ganho comercial com produtos que são resultado desses conhecimentos. A proteção dos conhecimentos tradicionais permite buscar equilibrar essa relação;

d) Seria uma resposta defensiva aos direitos de propriedade intelectual que objetiva o direito ao monopólio do conhecimento: a utilização da proteção estabelecida pelo direito de propriedade intelectual tem, na visão dos povos indígenas, permitido que terceiros tenham direitos e a titularidade desses direitos, em detrimento à sua natureza coletiva e "transgeracional" como patrimônio cultural dos grupos indígenas.

Há ainda motivos específicos para a proteção dos conhecimentos tradicionais, conforme a visão dos povos indígenas, como afirma a publicação que foi citada acima. Seriam então essas razões específicas:

a) Afirmação do conhecimento tradicional coletivo e integral diante de ameaça de ordem econômica: os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade são vistos agora como meios de desenvolvimento sustentável, possuindo uma importância econômica e comercial, sendo fonte de desenvolvimento local. Diante disso, há um sério risco de destruição dos recursos naturais se não houver uma

proteção adequada aos conhecimentos tradicionais, que são de natureza ancestral e auxiliam na conservação do meio ambiente. Essa proteção permite, portanto, que haja uma utilização dos recursos naturais seguindo os conhecimentos tradicionais e ao mesmo tempo preservam-se tais conhecimentos diante de uma possível ganância econômica, além de também preservar os recursos naturais para que gerações futuras possam do mesmo modo usufruirem.

b) Proteção do conhecimento tradicional como parte da cosmovisão indígena: a preservação do conhecimento tradicional tem um imenso valor cultural para as comunidades indígenas. As formas de vida, as características da identidade cultural do grupo muitas vezes são transmitidas para gerações futuras por meio de elementos presentes nos conhecimentos tradicionais. Muitas vezes tais conhecimentos possuem uma utilidade prática na vida da comunidade, inclusive com uma interação do grupo com os elementos da natureza, sejam do mundo animal ou do mundo vegetal. Espécies de plantas e de animais são utilizadas pelo grupo, desde o conhecimento ancestral, e que estão diretamente relacionadas ao modo de vida do grupo e as suas características culturas, criando muitas vezes classificações ou procedimentos que auxiliam na vida e na interação com a natureza. A proteção desses conhecimentos, portanto, tem um valor étnico e cultural elevado para as comunidades;

c) Evitar o uso não autorizado ou a apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais: há uma reclamação dos grupos indígenas pela utilização de seus conhecimentos de forma indevida e não autorizada, principalmente por empresas farmacêuticas e de cosméticos. A proteção desses conhecimentos evitaria isso;

d) Desenvolvimentos de patentes e de outros direitos de propriedade a partir dos conhecimentos tradicionais: provavelmente a maior reclamação dos grupos indígenas diz respeito à utilização por empresas do conhecimento tradicional como facilitador da descoberta de princípios ativos para serem comercializados posteriormente. Além do questionamento sobre possível prática de biopirataria. A utilização desses conhecimentos normalmente ocorre sem uma repartição dos benefícios, prejudicando ainda mais as comunidades tradicionais e os povos indígenas responsáveis pela produção inicial desse conhecimento. A proteção do conhecimento tradicional deve prever ou buscar uma repartição equitativa dos

benefícios, melhorando a situação dos grupos indígenas e tradicionais que muitas vezes é de grande dificuldade econômica e social;

e) Compartilhamento dos conhecimentos tradicionais com a ciência ocidental: durante muitos séculos, os grupos indígenas desenvolveram conhecimentos tradicionais, fazendo uma relação de suas formas de vida com os recursos naturais presentes em seus territórios. Além da reivindicação pela repartição dos benefícios, há uma intenção de grupos indígenas que esses conhecimentos tradicionais sejam compartilhados com a ciência ocidental, seja através de compilação ou mesmo de base de dados, dando-se o crédito pelo conhecimento ao grupo indígena responsável.

Obviamente que são vários os motivos que levam os grupos indígenas e tradicionais a reivindicaram cada vez mais uma proteção aos conhecimentos tradicionais. Tal proteção dever ser efetiva para buscar solucionar eventuais conflitos de ordem econômica, social, ambiental, científica e cultural. A proteção desses grupos, portanto, deve ser pensada e implementada a partir de discussões plurais[41], que escutem e considerem as preocupações e observações também dos povos indígenas e comunidades tradicionais. Essa proteção será objeto de estudo e análise em outro tópico deste trabalho.

1.2 Direito, Economia e a Negociação dos Conhecimentos e dos Recursos Tradicionais

Direito e Economia são áreas do conhecimento que estudam o comportamento humano e que são importantes quando tratamos de cultura e de conhecimentos tradicionais. A ligação entre esses ramos do saber é cada vez mais estudada nos dias atuais, principalmente diante da compreensão de fenômenos

[41] O papel do direito consuetudinário e das instituições costumeiras está sendo gradativamente reconhecido na proteção de conhecimentos tradicionais de povos indígenas e comunidades tradicionais. Transformar esse reconhecimento em prática ainda é um caminho longo, mas esse processo nas Ilhas do Pacífico está avançando através de uma abordagem pluralista. Porém, a proteção estatal, que envolve necessariamente a criação de novos direitos e de novos titulares para tais direitos, pode não ser um passo a frente em direção à proteção dos povos indígenas, e colocar em risco inclusive os seus conhecimentos tradicionais. Cf. FORSYTH, Miranda. Do You Want it Gift Wrapped? Protecting Traditional Knowledge in the Pacific Island Countries. In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. 189-214.

como a globalização[42] que necessita da análise tanto do Direito quanto da Economia diante da integração econômica internacional cada vez mais dependente da regulamentação de contratos para o seu pleno desenvolvimento.

O diálogo cada vez mais aprofundado entre essas duas áreas do saber[43] permite ao jurista compreender que o Direito não é algo à parte do mundo da economia e das relações sociais[44]. E proporciona o entendimento que a efetivação de normas e de direitos pode gerar um custo para a sociedade[45].

Apesar da colaboração cada vez mais intensa entre essas áreas, ainda temos conflitos entre economistas e juristas, principalmente diante da especificidade de cada área e da duração do tempo que cada um está acostumado a trabalhar, ou seja, o tempo do Direito seria diferente do tempo na Economia. As diferenças, porém, vão além da percepção temporal. Segundo Armando Castelar Pinheiro[46], o Direito focaria seu olhar para o passado, tentando reconstruir o estado da arte, enquanto a Economia olharia para o futuro, tentando fazer previsões corretas e "precificar o futuro". As diferenças, porém, iriam muito além disso e seriam mais profundas.

---

[42] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

[43] Ao perguntar por que os advogados deveriam estudar economia e por que os economistas deveriam estudar o direito, Robert Cooter e Thomas Ulen respondem:
"*The economic analyses of law is an interdisciplinary subject that brings together two great fields of study and facilitates a greater understanding of both. Economics help us to perceive law in a new way, one that is extremely useful to lawyers and to anyone interested in issues of public policy. You probably are already accustomed to thinking of rules of law as tools for justice. Indeed, many peoples view the law only in its role as a provider of justice. This book is teach to view laws as incentives for changing behavior – that is, as implicit prices – and as instruments for policy objectives (efficiency and distribution). While our main focus Will be on what economics can brings to the Law, we shall also find that Law brings something to economics. Economics analysis often takes for granted such legal institutions as property and contract, which dramatically affect the economy*". COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. Boston: Pearson Adison Wesley, 2003. p. 10.

[44] SALAMA, B. M. (2008) **O que é Pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV (Caderno 22), v. 5, n. 2: março 2008b. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%202 2.pdf>. Acesso em: 07 maio 2017.

[45] O custo dos direitos é uma discussão que foi levantada por juristas contemporâneos, como no caso da obra: HOMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights -Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999. E nesse contexto, a efetividade de direitos sociais passaria por uma concretização feita a partir do Estado que mensuraria o custo orçamentário, sem esquecermos, por certo, dos chamados custos sociais da efetivação de tais direitos. Os direitos estariam atrelados a escolhas políticas que devem ser feitas no Estado de Direito. A ligação entre escolhas políticas e o Direito talvez seja a explicação para que os juristas tendam a não estudar aprofundadamente esses elementos orçamentários importantes para a efetivação dos direitos. Ocorre, porém, que a efetividade deles passa pela discussão dos seus custos, num debate que envolve o Direito e a Economia (1999).

[46] PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Ainda segundo Armando Castelar Pinheiro, a Economia tem a preocupação de explicar a vida econômica, enquanto a preocupação dos juristas relaciona-se mais à noção de justiça nas relações sociais.

Esse diálogo entre o Direito e Economia deve ser fomentado desde os bancos escolares ainda na graduação[47], seja como alternativa para a compreensão mais ampla da sociedade, ou mesmo como oportunidade no mercado de trabalho. A pesquisa científica[48] sobre Direito e Economia poderia tentar inserir discussões mais amplas e interdisciplinares no contexto das políticas públicas, por exemplo.

Uma disciplina sobre Direito e Economia poderia ter entre os objetivos,

> [...] apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo [...] e enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.[49]

Esses conhecimentos poderiam facilitar o entendimento da sociedade, primordialmente diante das mudanças na ordem econômica e social que têm ocorrido atualmente.

Além disso, outra preocupação seria o estudo e a regulamentação dos contratos, que poderia ter na perspectiva do Direito e Economia uma fonte de resolução de conflitos que afligem a sociedade, seja através das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas. Isto é, a coletividade poderia sofrer menos prejuízos a partir do entendimento de que ela é parte fundamental em contratos sobre mercado de bens e serviços e que nesse ambiente de mercado a função social do contrato deve ser considerada.

---

[47] Algumas faculdades de Direito no Brasil já possuem grupos de estudos sobre Direito e Economia, como é o caso da Grupo de Estudos de Direito Econômico da Universidade Federal Piauí, coordenado pelo professor Dr. Samuel Pontes do Nascimento. Na Pontíficia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, a análise econômica do Direito é profundamente abordada no Grupo de pesquisas avançadas em Direito Tributário: O STF e a construção do direito Tributário, coordenado pelo professor Dr. Paulo Caliendo.

[48] ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. ZYLBERSZTAJN, Decio, SZTAJN, Raquel (orgs.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[49] SALAMA, B. M. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 61.

Segundo Heloisa Borges Bastos Esteves[50], para alcançarmos a superação das diferenças entre essas duas áreas seria necessária uma análise que, além de considerar os efeitos reais das normas diante de ações concretas que elas estabeleceram, averigue se tais normas criam as condutas regulares que os tomadores de decisões gostariam de tomar. Conforme explica a autora:

> Uma análise interdisciplinar entre direito e economia passa pela proposição de que as várias correntes de pensamento contidas em ambas as disciplinas tornem-se mutuamente coerentes e compatíveis (no que é definido por Fernandez [2006] como uma explicação verticalmente integrada do fenômeno investigado). Não se requer que Direito e Economia cheguem às mesmas conclusões, mas sim que cheguem a conclusões compatíveis entre si, sem que uma ciência se sobreponha à outra ou que a pesquisa limite-se a emparelhar as análises.[51]

Quando tratamos da temática conhecimentos tradicionais e sua proteção, as questões que envolvem o Direito e a Economia necessitam ser abordadas, mas isso não é tarefa das mais fáceis. Para Felipe Stock Vieira[52], a proteção da biodiversidade tem um valor econômico. E, nesse caso, devem-se considerar também os valores sociais e culturais que são associados às práticas tradicionais, como é o caso da produção de alimentos e de medicamentos ou da conservação da biodiversidade. No caso de um sistema que compense a preservação da biodiversidade pelas comunidades tradicionais, a remuneração deve ser promovida de forma eficiente e sustentável. Ou seja, a remuneração deve considerar tanto o processo de conservação em si como a valorização da cultura que é implementada com o fortalecimento dessas características que envolvem aspectos locais dos grupos indígenas e tradicionais envolvidos. Diversos elementos da biodiversidade foram

---

[50] ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Max Weber e o Diálogo Possível entre Direito e Economia**. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.) Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graducao/ppge/Heloisa_Borges_Esteves.pdf>. Acesso em 07 maio 2017.

[51] ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Max Weber e o Diálogo Possível entre Direito e Economia**. p. 36

[52] VIEIRA, Felipe Stock. **Economia do conhecimento tradicional e a valoração econômica como instrumento de sua conservação: o caso das mandiocas açucaradas**. Brasília: UnB, 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Econômica do Meio Ambiente). Programa de Pós Graduação em Economia, UnB Brasília, 2014.

domesticados por essas comunidades, o que gerou benefícios econômicos tanto para o grupo responsável por essa domesticação quanto para outras comunidades, sejam em nível nacional ou até mesmo em nível internacional.

Apesar da literatura econômica ser bastante ampla ao tratar da valoração de bens que não estão no mercado ou ainda daqueles que não tem preço de mercado, é mais difícil encontrarmos esses instrumentos sendo aplicados a recursos ligados a biodiversidade e mais raro ainda são eles serem aplicados à conservação da diversidade biológica promovida por comunidades tradicionais. Segundo Felipe Stock Vieira[53], além de serem raras a aplicações desses instrumentos para se fazer uma estimativa dos benefícios econômicos das comunidades tradicionais para conservação da diversidade biológica, há uma outra dificuldade para a justa remuneração, pois muitos desses conhecimentos são vistos como "bens públicos" uma vez que são considerados coletivamente sem a remuneração adequada dos grupos que participaram da sua produção. Teriam, portanto, valor, mas sem um preço de mercado para remunerar adequadamente.

Manuela Carneiro da Cunha, em audiência pública na Câmara dos Deputados sobre os conhecimentos tradicionais, também corrobora a ideia de se ter pesquisas que consigam valorar com maior precisão o valor real dos produtos que utilizam na sua base conhecimentos tradicionais, pois segundo a professora Manuela Carneiro da Cunha, não haveria uma avaliação correta de quando se deva pagar, como afirma em entrevista concedida a Spency Pimentel.[54]

Com a crise ambiental, social e econômica que assolou o mundo na segunda metade do século XX, houve um amplo debate sobre a utilização de energias mais limpas, atividades econômicas sustentáveis com uma maior inclusão social. Com isso, percebe-se uma proliferação de pesquisas na área de biodiversidade, estimuladas por interesses econômicos e sociais que passaram a ser vistos tanto por cientistas, quanto por governos, empresas e populares, como possivelmente úteis, principalmente na área de alimentos e medicamentos. Junto a isso, verificou-se uma mudança nas perspectivas do mercado e uma respectiva preocupação com o

---

[53] VIEIRA, Felipe Stock. **Economia do conhecimento tradicional e a valoração econômica como instrumento de sua conservação: o caso das mandiocas açucaradas**.

[54] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Propriedade intelectual pode "engessar" conhecimento tradicional, alerta antropóloga**. [28 ago.2003]. Entrevistadora: Spensy Pimentel, Agência Brasil, 2003. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/materia.phtml?materia=146825&editoria=> Acesso em:12 mar 2015. p. 1.

compartilhamento dos possíveis ganhos com as ações que envolvessem a biodiversidade, além das atividades que diminuem os impactos ambientais. Temos agora outro patamar envolvendo a exploração econômica dos recursos da biodiversidade.

Elizabeth Regina Loiola da Cruz Souza, João Paulo Rodrigues Matta e Camila Carneiro Dias[55] mostram que o início do século XXI seria a "era da criatividade", fazendo referência à necessidade de convergência entre cultura e questões socioeconômicas provocada pela tecnologia. Essa era teria como características uma "mercantilização da cultura" e uma "culturalização das mercadorias". Dessa forma, haveria uma prevalência dos indivíduos que reconhecessem, desenvolvessem e difundissem suas diferenças. A cultura e o desenvolvimento seriam fatores fundamentais e nessa nova lógica, surge uma relação mais forte entre a cultura e a economia. Nesse contexto, surgem espaços para a valorização das diferenças culturais, dentre as quais se encontram os territórios em países do "Sul" e junto com essa nova postura, surge uma nova perspectiva econômica com bens e produtos que evidenciam essa diversidade cultural. Nesse novo contexto, a proteção a esses produtos não pode apenas seguir regras de mercado, mas envolver também políticas públicas que preservem a identidade cultural e que ao mesmo tempo protejam as questões ambientais, sociais e econômicas.

Para Maria Luz Endere e Mercedez Mariano[56], há uma valorização no plano internacional dos conhecimentos tradicionais, e apesar desse aumento de relevância, há uma situação contraditória a ela e que de certa forma põe em risco os conhecimentos tradicionais. Seriam as condições econômicas e sociais precárias das comunidades tradicionais e as dificuldades de conservação da biodiversidade, somando-se ainda os problemas que envolvem a transmissão desses conhecimentos.

Há, portanto, uma conjuntura que explica uma proteção maior a esses conhecimentos através de políticas públicas e de proteção legal de âmbito tanto nacional quanto internacional. Mais uma vez se demonstra que proteger os

---

[55] SOUZA, Elizabeth Regina Loiola da Cruz; MATTA, João Paulo Rodrigues; DIAS Camila Carneiro. Economia criativa: reflexões sobre a regulação de conhecimentos tradicionais. **IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**. Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil. 28 a 30 de maio de 2008.

[56] LUZ ENDERE, María; MARIANO, Mercedes. Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. **Quinto Sol**. v. 17, n. 2, julio-diciembre 2013. Disponível em: <http://ojs.fchst.unlpam.edu.ar/ojs/index.php/quintosol/issue/archive>. Acesso em 05 maio 2017.

conhecimentos tradicionais tem reflexos no plano social, ambiental, científico e econômico.

Segundo Eliane Moreira[57], há igualmente por parte dos consumidores uma ideia de se consumir produtos ligados a culturas tradicionais, com um aumento significativo do chamado "mercado verde", onde há uma mercantilização da economia sustentável, reflexo desse crescimento da influência dos elementos ligados a culturas tradicionais em relação ao mercado consumidor.

Há ainda a ideia de preservação e conservação ambiental que é inserida em campanhas publicitárias e agregam valor aos produtos relacionados à diversidade cultural e deixam as marcas mais valiosas. Segundo Joaquim Shiraishi Neto e Fernando Dantas[58], esses valores revertidos em lucros e rendimentos na maioria das vezes não aparecem nos contratos que envolvem algum tipo de repartição de benefícios ligados a uma comunidade tradicional.

Ao estudar os limites materiais e energéticos do planeta, Beatriz Macchione Saes e Iderley Colombini Neto[59] mostram que há um limite à expansão econômica devido aos impactos ambientais e à escassez de recursos naturais. Seria necessário então se promover uma Economia Ecológica, impondo-se limites à atividade humana para que as gerações futuras possam usufruir do bem-estar promovido pelo uso sustentável desses recursos naturais. Contudo, os próprios autores afirmam que politicamente essa seria uma decisão pouco provável de ser tomada, uma vez que dificultaria a aceleração do crescimento para se respeitar os limites do planeta.

Para Carlos José Saldanha Machado e Rosemary de Sampaio Godinho[60], a mudança de *status* da biodiversidade teve como responsável a valorização do conhecimento técnico-científico, que transformou uma questão eminentemente ambiental numa questão que integra também aspectos econômicos, principalmente

---

[57] MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a sua proteção. **T&C Amazônia**, ano V, número 11, junho de 2007. p. 33 – 41.

[58] SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A "commoditização" do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. **Economia y Sociedad**. Números 33 y 34. Enero – Diciembre de 2008, p. 119-131.

[59] SAES, Beatriz Macchione; COLOMBINI NETO, Iderley. **Insustentabilidade financeira e limites ecológicos na economia contemporânea**. IX Encontro Nacional da ECOECO. Brasília-DF. Outubro de 2011.

[60] MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO Rosemary de Sampaio. A importância dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade para a economia nacional. **Jornal da Ciência**. Publicação da SBPC. 9 jul. 2014. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/importancia-dos-conhecimentos-tradicionais-associados-biodiversidade-para-economia-nacional/>. Acesso em 12 de maio de 2017.

ao se abordar elementos farmacológicos e suas ligações com saberes dos povos indígenas e comunidades tradicionais, como afirmado a seguir:

> Consideramos que o objetivo de precisar o valor da contribuição intelectual tradicional em termos de valor econômico é uma tarefa difícil diante da diversidade humana envolvida, mas não impossível porque já estão disponíveis as técnicas econômicas de valoração de bens e serviços ambientais. O uso dessas ferramentas em estudos de economia ambiental tem se mostrado promissor. Se considerarmos que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade podem influenciar nos processos iniciais de investigação e desenvolvimento, em ao menos uma porcentagem destes setores, resulta inegável sua importância econômica e sua potencial contribuição em aliviar um pouco as condições de pobreza que atravessam as vidas das comunidades tradicionais.[61]

Tivemos ainda uma expansão da biotecnologia e sua relação com a biodiversidade. Dessa forma, houve uma maior valorização da biodiversidade, principalmente com relação à biotecnologia associada à indústria farmacêutica. Os ganhos econômicos cresceram com a possibilidade de manipulação genética e a aplicação em diversas áreas econômicas. Estas questões transformam a biodiversidade num assunto estratégico para os países, a ponto de proporcionar um conflito entre países do "Norte" e do "Sul", ONGs, grandes empresas e comunidades indígenas e tradicionais pelo controle desses recursos genéticos.[62]

---

[61] MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO Rosemary de Sampaio. A importância dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade para a economia nacional... p. 3.

[62] O professor Laymert Garcia dos Santos, em entrevista, mostra o seu descontentamento com a temática relacionada a proteção dos conhecimentos tradicionais, esclarecendo o conflito que existe pelo controle dos recursos genéticos relacionados à biodiversidade.

"O problema é que a relação entre o Norte e o Sul é muito mais complicada do que parece — e é reproduzida no interior das ONGs. Acabei entrando em conflito com ONGs do Norte por não concordar com pressões para a minha adesão a certos acordos que eram feitos com as indústrias de biotecnologia. Esses conflitos chegaram a um ponto de ruptura em 1996, quando fui impedido de entrar numa reunião de latino-americanos, mesmo sendo representante de uma ONG brasileira. As ONGs do Sul não me deixaram entrar por pressão das ONGs do Norte (que estavam financiando o lado pobre da história, como sempre acontece), porque numa conferência anterior eu não havia concordado com as opções feitas por elas. Descobri então que era inútil continuar tentando trabalhar, pois no interior mesmo das delegações e dos governos havia duas velocidades: uma ultra-rápida, para a inserção e o reconhecimento cada vez maiores do papel da biotecnologia na biodiversidade pelos países do Norte; e outra hiper-lenta, esta para a adoção dos direitos de proteção para os povos indígenas e populações tradicionais. Percebi que estávamos lá apenas para encenar uma preocupação com a proteção do conhecimento tradicional. Na verdade, esse discurso era uma espécie de biombo para a verdadeira questão: a inserção da biodiversidade no chamado biomercado que vinha se constituindo durante a década de 1990, inclusive através da transformação dos acordos GATT-Trips,

Segundo o Relatório de Pesquisa "Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira", apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, é necessária essa ligação entre cientistas e capital público e privado para que as promessas da ciência se realizem atualmente. Mesmo com os conhecimentos tradicionais diminuindo custos nas indústrias, para a comercialização de um produto dessa natureza são necessárias quantidades vultosas de recursos financeiros e ainda assim um tempo significativo de pesquisa científica. Ademais, nem todos os processos biológicos identificados inicialmente por comunidades tradicionais terão valor comercial.

Sobre isso, Manuela Carneiro da Cunha mostra que há um interesse elevado para se debater o valor econômico dos conhecimentos tradicionais para a área farmacológica e se coloca num segundo plano a importância que eles têm para a área da Agronomia, seja no que diz respeito à possibilidade de novas espécies que são cultivadas por comunidades tradicionais ou mesmo pela utilização de defensivos naturais. Outra questão que preocupa Manuela Carneiro da Cunha é o verdadeiro "bombardeio" que cientistas que tratam desses assuntos sofreram, inclusive com acusações de biopirataria, e a expectativa que se criou diante do potencial econômico dos conhecimentos tradicionais para essas comunidades. Expectativas que, segundo a antropóloga, só podem provocar desapontamentos.[63]

Mesmo com a valorização dos conhecimentos tradicionais sobre plantas e cultivo de alimentos, esses conhecimentos, muitas vezes difusos, produzidos por comunidades tradicionais, por si só não são capazes de permitir a presença de um

posteriormente incluídos na legislação da Organização Mundial de Comércio sobre propriedade intelectual.
No plano interno, desanimei quando vi que a briga se arrastava. O movimento ambientalista era incapaz de entender que o conhecimento tradicional, por ser não-moderno, não pode ser regido por um sistema de proteção que visa proteger o conhecimento tecnocientífico moderno contra os outros conhecimentos e tipos de inovação. As ONGs não eram capazes de entender que a adoção desse sistema para o conhecimento tradicional (ou as chamadas patentes coletivas ou propriedade intelectual coletiva) era, na verdade, uma maneira de dourar a pílula. No fundo, não passava de um modo de associar esse conhecimento ao processo jurídico que interessa à inovação científica e que, em troca dos recursos genéticos, apenas distribui migalhas como repartição de benefício para os povos tradicionais. Quando percebi que os nossos próprios aliados não conseguiam avançar nessa discussão, achei que era bobagem insistir. Então desisti, parei de acompanhar esse dossiê." (SANTOS, Laymert Garcia dos. Demasiadamente pós-humano: entrevista com Laymert Garcia dos Santos. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 72, p. 161-175, Jul 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000200009&lng=en&nrm=iso>. e <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000200009>. Acesso em 10 jan 2017.p. 172-173).

[63] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 301-309.

fármaco, por exemplo, no mercado. Mesmo com essa chamada economia dos custos, muitos meios precisam ser empregados com pesquisa em biotecnologia para desenvolver as propriedades presentes num determinado recurso natural. Como afirma o pesquisador Paulo Arruda:

> [...] não há garantia de que a pesquisa baseada em um conhecimento tradicional ou saber difuso irá resultar, necessariamente, em uma mercadoria de alto valor no mercado. Um caso de pesquisa bem sucedida é o do desenvolvimento do fármaco Acheflan. Mesmo utilizando conhecimento tradicional difuso – as "garrafadas" dos caiçaras do litoral paulista –, foram necessários sete anos de pesquisa e mais de 100 milhões de reais de investimento para que fosse desenvolvido o produto final, com a apuração do princípio ativo responsável pelo efeito antiinflamatório.[64]

Ainda como contraponto, com o número de pesquisadores participantes de uma pesquisa com esse grau de especificidade, é possível que o mesmo resultado seja alcançado partindo-se de outro ponto que não o conhecimento tradicional ou mesmo a existência de uma substância que alcance o mesmo resultado desenvolvido a partir de uma pesquisa que não considerou ou mesmo desconhecia o conhecimento tradicional existente. Esses argumentos são utilizados pelo pesquisador para mostrar que apesar de se considerar o valor econômico do conhecimento tradicional, essa valoração não é estável, além do questionamento em termos mundiais acerca do valor desses conhecimentos e da melhor forma de remunerar as comunidades tradicionais que o produziram. O que o pesquisador busca explicar é que o valor do conhecimento tradicional e o impacto na pesquisa biotecnológica vão depender, em termos práticos, de cada pesquisa e de seu posterior valor de mercado. Assim, parece, segundo o pesquisador, que há uma dificuldade de ordem prática em se estabelecer anteriormente o valor do conhecimento tradicional e consequentemente o quanto irá remunerar a comunidade que possui aqueles saberes.

---

[64] RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais:** avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência: PRODOC BRA 07/004. São Paulo: Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (NDD/CEBRAP), 2011. p. 28

Há, obviamente, princípios de âmbito mais gerais para tentar se calcular esse valor, porém, torna-se difícil pelo que foi descrito acima, segundo o pesquisador, em se estabelecer critérios objetivos que solucione de forma equânime a repartição dos possíveis benefícios e busque de forma justa pacificar a relação e o pleito entre as empresas e as comunidades tradicionais.

O relatório de pesquisa ainda coloca duas questões interessantes sobre a temática: a primeira consiste em inquirir se os conhecimentos tradicionais devem ser remunerados e quem deve receber tal remuneração? E a segunda pergunta diz respeito a esclarecer se o processo de mercantilização dos conhecimentos tradicionais seria ameaça para a cultura de alguns grupos humanos?

Essa primeira pergunta será respondida posteriormente neste trabalho, pois considera a possibilidade do domínio público dos conhecimentos tradicionais de forma que não pudesse ser possível a remuneração de ninguém sobre esse conhecimento. Ou seja, não haveria uma repartição dos benefícios com as comunidades tradicionais. Domínio público e os conhecimentos tradicionais é tema que será abordado de forma mais específica à frente. Mas, pode-se adiantar que é uma tese com certo respaldo na comunidade internacional, de forma que não pode ser considerado algo totalmente afastado. Ainda sobre essa primeira pergunta, há o questionamento sobre o sistema de patentes e uma possível desvinculação dos conhecimentos tradicionais. Esse tema mais uma vez será tratado à frente, juntamente com uma análise mais profunda sobre o sistema de patentes e os conhecimentos tradicionais. Há certo consenso sobre os sistemas de patentes e sobre a necessidade de se atribuir valor ao conhecimento tradicional, porém há questionamentos sobre a quem a remuneração será feita.

O que mais nos interessa agora é a resposta à segunda pergunta. De acordo com o relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, uma valorização econômica desses saberes por si só não resolve os problemas ligados à sua proteção e transmissão. Há questionamentos mais profundos que veem nesse tipo de abordagem um fator mais preocupante que seria impor aos grupos tradicionais, com cosmologias próprias, a lógica de mercado ocidental e de certa forma pôr em risco as suas formas de pensar e de agir. Diante disso, colocamos outro problema que é a necessidade de proteção de conhecimentos tradicionais fundamentais para a manutenção do grupo e sua reprodução e que necessariamente

não tenha um valor de mercado como estipulado pela lógica de racionalidade ocidental. Tais conhecimentos não teriam proteção? A proteção só seria possível para os conhecimentos que trouxessem um retorno comercial para a sociedade ocidental? Acreditamos que não.

Um tema que envolve essa relação entre Direito e Economia e que foi abordado rapidamente do início desse capítulo é a questão contratual. Quando tratamos especificamente da proteção dos conhecimentos tradicionais, um importante instrumento é o contrato de repartição dos benefícios que envolve empresas e povos indígenas e comunidades tradicionais. Cabe ressaltar que o contrato é um instrumento jurídico acima de tudo pautado na autonomia da vontade. Mesmo com as mudanças ocorridas na ordem social e econômica nas sociedades, o contrato continua centrado na vontade. Ao tratar do contrato de repartição dos benefícios de conhecimentos tradicionais, Joaquim Shiraishi Neto e Fernando Antonio Carvalho Dantas (2008) fazem uma metáfora interessante. Cabe ressaltar que essa metáfora foi feita para o contrato de repartição dos benefícios pautado na Medida Provisória 2.186/2001 que atualmente encontra-se revogada pela Lei 13.123/2015, mas a ideia é esclarecedora. Vejamos:

> É a partir desses esquemas que deve ser compreendido o "contrato de repartição dos benefícios". O contrato permite que qualquer sujeito interessado possa acessar o conhecimento tradicional à diversidade social, que foi transformado em bem (coisa). Uma metáfora que permite representar esse processo do qual fazemos uso, é a de uma ponte. A ponte enquanto meio, permite ligar os interessados à comunidade. No entanto, essa ponte, em especial, tem uma extensão que se estende para além das suas cabeceiras, adentrado no âmago dos próprios grupos sociais, já que esse conhecimento é fruto de intensos processos que envolvem grupos diversos.[65]

Parece não restar dúvidas que houve uma expansão do mercado, abarcando áreas novas agora com a interface entre a biotecnologia e o interesse coletivo das comunidades e privado das empresas e demais indivíduos. Há de fato uma valorização dos conhecimentos tradicionais, uma proteção maior pela legislação

[65] SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A "commoditização" do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. **Economia y Sociedad**. Números 33 y 34. Enero – Diciembre de 2008, p. 119-131. p. 127.

para que os grupos tradicionais não fiquem a mercê apenas dos interesses das grandes empresas. Essa é mais uma amostra da ligação mais estreita entre o Direito e a Economia[66]. De certa forma, as relações sociais humanas continuam sendo analisadas por essas duas áreas do saber, agora com uma perspectiva mais interdisciplinar, ampliando os campos de explicações e buscando soluções mais holísticas para compreender melhor os fenômenos sociais, respeitando a especialidade de cada área.

É interessante a discussão que Gustavo Lins Ribeiro[67] expõe sobre as questões socioeconômicas e de desenvolvimento que envolvem a biodiversidade e as diferenças culturais no Brasil. Ao abordar a cultura em situações de fronteira, o antropólogo da UnB traça algumas considerações sobre os conhecimentos tradicionais e o valor econômico que eles agora possuem, num debate mais amplo que relaciona pluralismo, diversidade e multiculturalismo. Há uma expectativa na região amazônica de que os conhecimentos tradicionais façam parte de uma política que implemente o desenvolvimento sustentável através da utilização das riquezas da biodiversidade.

A região amazônica, apesar de possuir uma grande riqueza de biodiversidade, possui uma população com baixo desenvolvimento socioeconômico se comparada com outras regiões do Brasil. Essa biodiversidade é vista com potencial de promover o desenvolvimento econômico da região, principalmente através dos recursos da biotecnologia. Mas não restam dúvidas que o desenvolvimento possa de certa forma acarretar um impacto na diversidade cultural dos grupos pertencentes à região, principalmente, nessa situação, aqueles detentores de conhecimentos tradicionais, como é o caso dos povos indígenas e das comunidades tradicionais. Segundo Gustavo Lins Ribeiro[68], as comunidades encontram-se sob "fogo cruzado" de organizações governamentais e não-governamentais para que esse desenvolvimento

---

[66] Tratando especificamente do caso brasileiro, Simone Yamamura, Sérgio Luiz M. Salles Filho e Sérgio M. P. de Carvalho (2009) afirmam que, apesar da condição privilegiada do Brasil no que diz respeito à riqueza da biodiversidade e de pesquisas realizadas nesse campo, se não houver uma preocupação política e técnica em se negociar os ativos, haverá dificuldades no que diz respeito ao desenvolvimento.

[67] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura. In: FONSECA, Cláudia (Org.). **Fronteiras da cultura: horizontes e territórios da Antropologia na América Latina**. Porto Alegre: UFRGS, 1993. p. 9-21.

[68] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura.

siga os parâmetros que sejam estabelecidos pelas próprias comunidades, de forma que não se tenha muita interferência nas formas de vida local e que se mantenham de certo modo intactas as diferenças culturais desses grupos. Porém, um debate que é colocado trata justamente dessa situação atual em que os conhecimentos tradicionais adquirem um valor econômico mais elevado, principalmente diante do fato que esses saberes permitem um domínio maior da biodiversidade a partir das práticas ancestrais desses povos indígenas e comunidades tradicionais. Esses conhecimentos, que fazem parte da chamada "ciência do concreto"[69], como explicita o antropólogo citado, agora faz parte de uma vinculação das comunidades a interesses transnacionais.

Talvez o grande debate nessa esfera diga respeito justamente a essa inter-relação que existirá entre esses grupos e as grandes empresas ocidentais que manipulam a biodiversidade. Nas palavras de Gustavo Lins Ribeiro, "o ponto mais delicado é aquele que muitos consideram ser a última fronteira diferenciando populações indígenas das nacionais portadoras de ideologias econômicas de sistemas integrados de mercado: a concepção de natureza."[70]

O pagamento de *royalties*, por exemplo, não significaria uma entrada brusca da lógica de mercado nessas comunidades a ponto de alterar suas cosmovisões? Não haveria então uma aceleração das mudanças culturais presentes nessas comunidades a ponto de, ao invés de se garantir a manutenção e reprodução desses conhecimentos às gerações futuras, não se estaria fazendo justamente o contrário, ou seja, acelerando a mudança desses conhecimentos e até certo ponto podendo provocar uma maior extração dos recursos naturais que se deveria conservar, uma vez que a lógica mercantilista estaria claramente presente nessas comunidades? São questionamentos que precisam ser colocados diante de uma situação em que há um maior contato entre grupos com características culturais diferentes.

Gustavo Lins Ribeiro [71] mostra que essas questões são mais comuns atualmente devido ao fenômeno chamado de encolhimento do mundo. E o debate sobre os conhecimentos tradicionais se insere nele. Isto é, há aquilo que se entende

---

[69] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1976.
[70] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura. p. 13.
[71] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura...

por fusão do nível local com níveis supralocais e que atualmente acontece de forma brutal. Como se tivéssemos uma dinâmica no mundo que cria homogeneidades e heterogeneidades. Isso já aconteceu em diversos momentos da história quando, por exemplo, fundiram várias etnias numa rede centralizada. Atualmente esse processo é mais acelerado e o comércio é um dos fenômenos que permite que isso aconteça. De certa forma, os fatores econômicos e comerciais permitem que o fenômeno do encolhimento do mundo esteja presente quando tratamos de conhecimentos tradicionais e de diferenças culturais. Conforme Gustavo Lins Ribeiro,

> Nessa situação, a cultura pode ser comparada a um cubo mágico sem solução. Hoje o encolhimento do mundo revela intensamente que a dinâmica é de criar homogeneidade e heterogeneidade simultaneamente. É como se fora uma capacidade de reproduzir a diferença ao mesmo tempo que cria a semelhança (e vice-versa). E este é outro paradoxo central: a existência de forças que criam a homogeneidade e heterogeneidade ao mesmo tempo.[72]

A diversidade cultural tem esse papel, uma vez que nela está presente esse conjunto de forças contraditórias, que ao mesmo tempo criam a homogeneidade e a heterogeneidade.

[72] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura. p. 16.

2. CULTURA E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

O conhecimento tradicional possui um componente cultural bastante acentuado, principalmente se considermos que é fruto da identidade cultural dos grupos sociais. Para a compreensão integral desses conhecimentos tradicionais e a sua proteção faz-se necessário, portanto, um estudo acerca da cultura. Definir o que vem a ser cultura é uma das dificuldades que estudiosos enfrentam, perante a diversidade de aspectos relacionados a ela que estão presentes na sociedade humana. No estudo da cultura, utilizaremos neste trabalho a abordagem realizada pela Antropologia Social, porém, tendo-se em mente o reflexo dessas noções de cultura no Direito e nos sistemas normativos.

Estudaremos, então, a concepção de cultura de acordo com o Direito e a Antropologia. Verificaremos como a cultura é protegida em algumas legislações, inclusive através de intrumentos jurídicos internacionais, como tratados e convenções internacionais. Após essa compreensão inicial, trabalharemos assuntos mais específicos sobre os conhecimentos tradicionais. Sua definição e características serão analisadas com base em análises teóricas e diante de legislações e instrumentos jurídicos, além de realizarmos uma comparação entre os conhecimentos tradicionais e conhecimento científico. A análise dos conhecimentos tradicionais também será feita sob o ponto de vista dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, a partir de investigações teóricas e de relatos de representantes desses grupos e que serão analisadas neste trabalho.

2.1 Cultura e indivíduo nas visões antropológica e jurídica

2.1.1 Visão antropológica da cultura

Ao trabalharmos os direitos culturais, há uma resposta óbvia, porém tautológica, que afirma serem os direitos culturais aqueles que protegem a cultura[1]. Por trás dessa noção, de certa forma evidente, esconde-se a dificuldade da definição

[1] ALIJA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales. In: ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana; BONET PÉREZ, Jordi (eds). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016.

dos direitos culturais que está justamente em se saber o que é cultura[2]. Se os seres humanos são caracterizados pela unicidade de suas características biológicas, os aspectos culturais são, por outro lado, aquilo que diferencia todo e qualquer ser humano. A expressão "ser humano" já é composta de uma complexidade extrema, pois se por um lado é uma expressão que denota um substantivo, por outro é composta também por um verbo, o verbo ser, temos então "ser humano".

Nesse tópico iremos nos deparar com diversos conceitos de cultura para tentar compreender, através de um enfoque antropológico[3], o que seria essa cultura que é tão importante para o ser humano, tão presente nos textos legislativos, nas declarações internacionais, na Constituição Federal Brasileira e que tanto é relevante para a caracterização de cada ser humano que necessita da proteção legal na sua forma mais ampla. Já antecipamos a dificuldade de se conceituar cultura, aliás, esse é um dos maiores esforços teóricos dos antropólogos, que buscam englobar todos os fenômenos culturais, mas ao mesmo tempo delimitar o que realmente é a cultura.

Já não é um viés forte na Ciência achar que as diferenças entre o comportamento de grupos sociais são estabelecidas por questões raciais ou mesmo genéticas. Características que o senso comum atribui a indígenas, alemães, japoneses ou portugueses, por exemplo, atualmente não são mais explicadas por teses raciais ou por predisposição genética, como se houvesse um determinismo biológico que daria aptidões inatas a diversos grupos.

Os antropólogos estão convencidos que as diferenciações entre os grupos não estão ligadas primordialmente a diferenciações genéticas. Aqui mostraremos vários aspectos da cultura a partir da clássica obra de Roque de Barros Laraia, *Cultura: um conceito antropológico*[4]. Não desconsideramos outros conceitos de cultura. O sociólogo italiano Domenico de Masi, ao tratar do tema, aborda três significados de cultura: a cultura ideal, a cultura material e a cultura social. Segundo ele:

---

[2] KEESING, Roger M. e STRATHERN, Andrew J. mostram que nem mesmo os antropólogos foram precisos nas primeiras definições de cultura. KEESING, Roger M.; STRATHERN, Andrew J. **Antropologia cultural: uma perspectiva contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2014.

[3] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

[4] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

> Os antropólogos dão ao termo 'cultura' um significado tríplice. Por 'cultura ideal' entendem o conjunto de linguagem, idéias, crenças, estereótipos, teorias, histórias, paradigmas, literatura, ciência, religiões, estética e ética de um determinado grupo social. Por 'cultura material', o conjunto de lugares, territórios, flora, fauna, artefatos, cidades, ruas, praças, edifícios, mobiliário, acessórios, objetos tangíveis de um determinado grupo social. Por 'cultura social' entendem o conjunto de costumes, etiquetas, festas, celebrações, rituais, normas implícitas e explícitas, fatores e modos de coesão e de conflito de um determinado grupo social.[5]

Apesar de apreciarmos as ideias desse importante pensador italiano, neste trabalho seguiremos para conceituar cultura os pensamentos assinalados na obra do antropólogo Roque Laraia, por descrever o desenvolvimento do conceito de cultura, pelas experiências teóricas e de campo do autor e por ser uma das obras mais trabalhadas nos cursos de Antropologia no Brasil.

O primeiro antropólogo a conceituar cultura, segundo Roque de Barros Laraia[6], foi Edward Tylor[7]. Em 1871, esse autor sintetizou o termo em inglês c*ulture* da seguinte forma:

> Culture or Civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society.[8]

Esse conceito de Tylor, segundo Roque Laraia, está de acordo com o que atualmente se segue como cultura. Nele há a união da ideia de *Kultur*, palavra alemã que era usada para simbolizar aspectos espirituais do grupo, com a ideia da palavra francesa c*ivilization* que estava relacionada a realizações de cunho material de uma população. Verifica-se que essa definição de Tylor se contrapõe à ideia de que as realizações humanas estariam ligadas a questões biológicas ou mesmo geográficas. Há, nesse conceito de cultura, uma valorização do aspecto do aprendizado que está ligado à forma de se adquirir os hábitos considerados culturais. O conceito de Tylor

---

[5] DE MASI, Domenico. **2025: Caminhos da cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 35.
[6] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico...**
[7] Cf. CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999. p. 33 e ss.
[8] TYLOR, Edwar B. **Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom**. London: John Murray, 1871. p. 1.

vai ao encontro da ideia de antropólogos e outros pensadores de que a cultura se relaciona mais ao que é aprendido do que a características inatas do ser humano, ou seja, mostra-se uma relação de independência entre a cultura e características genéticas.[9]

Por muito tempo o determinismo biológico era utilizado com fundamento teórico para explicar certas características do ser humano, de forma que tais particularidades estariam muito mais relacionadas a uma herança genética que a qualquer outro motivo mais claro. Essas teorias chegaram a fundamentar explicações discriminatórias a ponto de identificar esse ou aquele grupo como superior aos demais devido a suas características herdadas geneticamente.

A Antropologia já mostrou vários exemplos de comportamentos diferentes entre homens e mulheres, independente de questões orgânicas. Isto é, as aptidões mentais ao que parece não estão relacionadas a esse ou àquele grupo étnico, de forma que praticamente todos, a despeito das grandes diferenças culturais, possuem capacidade mental semelhante. Por exemplo, o transporte de água nas aldeias do Xingu, referido por Roque Laraia (assim como em favelas do Rio de Janeiro ou em comunidades rurais no interior dos estados do Nordeste), é feito por mulheres, ou seja, carregar mais de 20 litros de água por distância de alguns quilômetros é bem mais exigente fisicamente que manusear uma arma, trabalho que muitas vezes está ligado ao mundo masculino. Outro exemplo é que o exército de Israel continuou com a mesma eficiência bélica, mesmo após o ingresso em massa de mulheres soldados. Até a amamentação pode ser feita pelos homens, como acontece no mundo moderno através da mamadeira ou do papel de protagonistas dos homens Tupi para a saúde da mãe e do recém-nascido.[10] Se uma criança brasileira for colocada no início da sua vida num lar de chineses, ela terá contato com o aprendizado desses aspectos culturais e desenvolverá características culturais e sociais semelhantes aos chineses. As diferenças nos comportamentos estão muito mais relacionadas a questões

[9] Terry Eagleton sobre a palavra cultura afirma: "Se a palavra 'cultura' guarda em si os resquícios de uma transição histórica de grande importância, ela também codifica várias questões filosóficas fundamentais. Neste único termo, entram indistintamente em foco questões de liberdade e determinismo, o fazer e o sofrer, mudança e identidade, o dado e o criado. Se cultura significa cultivo, um cuidar, que é ativo, naquilo que cresce naturalmente, o termo sugere uma dialética entre o artificial e o natural, entre o que fazemos ao mundo e o mundo que nos faz. " (EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005. p. 9).

[10] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**... p. 19.

culturais, a processos de aprendizado do que a aspectos de ordem orgânica ou biológica.

Terry Eagleton também mostra essa contrariedade do conceito de cultura em relação ao determinismo biológico. Para esse autor:

> A idéia de cultura, então, significa uma dupla recusa: do determinismo orgânico, por um lado, e da autonomia do espírito, por outro. É uma rejeição tanto do naturalismo como do idealismo, insistindo, contra o primeiro, que existe algo na natureza que a excede e a anula, e, contra o idealismo, que mesmo o mais nobre agir humano tem suas raízes humildes em nossa biologia e no ambiente natural.[11]

Outro aspecto que era visto como primordial na formação do comportamento dos seres humanos era o geográfico. As características (e dificuldades) geográficas eram vistas como primordiais na caracterização cultural dos seres humanos. Esse aspecto geográfico também já está superado na Antropologia. Diversos estudos antropológicos mostram grupos que vivem sob características geográficas semelhantes, muitas vezes na mesma longitude, mas distantes um do outro, e que possuem características culturais totalmente diversas. De forma que se percebe ser seletiva a ação da natureza sobre a cultura, mas não há uma relação de causalidade. Assim, a questão geográfica e os aspectos como relevo, clima e o meio ambiente, de uma forma mais geral, impõem algumas características vistas como limites, porém, que não são determinantes na cultura ou mesmo para a história dos povos.

Temos no Brasil, por exemplo, várias cidades com o clima caracterizado por temperaturas mais elevadas, porém com uma alimentação extremamente calórica, como é o caso do Piauí, que está relacionada a uma tradição muito ligada à criação do gado do que a aspectos geográficos e climáticos propriamente ditos. Ou seja, essas características estão muito mais ligadas a questões culturais do que a questões geográficas. Felix Keesing, segundo Roque Laraia[12], descreve dois grupos que vivem na calota polar norte e que tem hábitos culturais completamente diferentes um do outro, apesar de igualmente viverem em regime extremo de inverno sob um frio congelante: os esquimós e os lapões. Se por um lado, temos os esquimós, que

[11] EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. p.14.
[12] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...

constroem seus iglus como colmeias, apenas usando blocos de gelo e que internamente através do fogo conseguem manter o ambiente habitável, de forma que ao se deslocarem, não levam a estrutura do iglu e constroem um outro no novo local de estada, no caso dos lapões do norte da Europa, suas casas são construídas com uma estrutura de peles de rena. Ao mudar o acampamento e reerguer as casas num novo local, os lapões realizam um intenso trabalho para retirar o gelo acumulado nas peles, secar e transportar para o novo local, onde será reerguida a nova moradia utilizando-se novamente dessa estrutura. São alguns exemplos que mostram que a característica geográfica não é determinante, numa relação de causa e efeito, com a cultura.

O conceito de Tylor tem como um dos seus méritos afastar esse determinismo biológico e geográfico do conceito de cultura, aliás uma postura que já era realizada nos estudos dos antropólogos de sua época. E Tylor[13] fazia isso questionando de forma inteligente e astuta as informações de cronistas e viajantes. Segundo Laraia[14], esse era um dos seus diferenciais que o fez superar os chamados antropólogos de gabinete ao verificar a veracidade das informações repassadas ao invés de aceitá-las tacitamente. Essa postura foi desenvolvida posteriormente pelo antropólogo Franz Boas que trabalhou exaustivamente a necessidade de se comprovar as informações obtidas antes de se propor a fazer as devidas comparações. Ao buscar reconstruir a história de determinadas comunidades e comparar os aspectos sociais de determinados grupos, Boas insistia que o trabalho do antropólogo deveria se pautar numa metodologia comparativa que se preocupasse com a veracidade das informações obtidas e que seriam objeto posterior de comparação.

Se temos com Tylor, em 1871, um primeiro momento da definição da cultura relacionada ao comportamento ao invés de aspectos biológicos, ou seja, com um distanciamento entre aspectos cultural e biológico, já em 1917 temos o segundo momento dessa definição com Kroeber. Esse autor, ao conceituar cultura, afirma que há uma superioridade do aspecto cultural sobre o biológico. E assim completa-se o processo que põe o homem na natureza e não numa ordem sobrenatural.

---

[13] TYLOR, Edwar B. **Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom...**
[14] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...

> O 'anjo caído' foi diferenciado dos demais animais por ter a seu dispor duas notáveis propriedades: a possibilidade da comunicação oral e a capacidade de fabricação de instrumentos, capazes de tornar mais eficiente o seu aparato biológico. Mas, estas duas propriedades permitem uma afirmação mais ampla: o homem é o único ser possuidor de cultura.[15] .

Foi a cultura o elemento capaz de permitir essa diferenciação dos seres humanos dos demais animais e que fez que o domínio sobre os demais animais fosse algo possível. Para Kroeber, citado por Laraia[16], havia a preocupação de não se misturar a cultura com questões biológicas. Roque Laraia cita várias contribuições de Kroeber para o desenvolvimento do conceito de cultura. Destacamos algumas delas:

> 1. A cultura, mais que a herança genética, determina o comportamento do homem e justifica as suas realizações.
> 2. O homem age de acordo com os seus padrões culturais. Os seus instintos foram parcialmente anulados pelo processo evolutivo por que passou.
> 3. A cultura é o meio de adaptação aos diferentes ambientes ecológicos. Ao invés de modificar para isto o seu aparato biológico, o homem modifica o seu equipamento superorgânico.
> 4. Em decorrência da afirmação anterior, o homem foi capaz de romper as barreiras das diferenças ambientais e transformar toda a terra em seu *habitat*.
> 5. Adquirindo cultura, o homem passou a depender muito mais do aprendizado do que a agir através de atitudes geneticamente determinadas.
> 6. Como já era do conhecimento da comunidade, desde o iluminismo, é este o processo de aprendizagem (socialização ou endoculturação, não importa o termo) que determina o seu comportamento e a sua capacidade artística ou profissional.
> 7. A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Esse processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo.[17]

---

[15] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...p.29.
[16] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...
[17] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**... p. 49-50

Sobre o início da cultura, a Antropologia também tem diversas explicações. Para Leslie White, o início da cultura está relacionado ao momento que o ser humano passou a ser capaz de gerar símbolos. Para Lévi-Strauss[18], o início da cultura coincide com o momento da criação da primeira regra social, que seria a proibição do incesto. O grupo social seria então dividido entre as pessoas consideradas casáveis e as não-casáveis, de forma que o incesto ocorre quando pessoas de grupos não-casáveis se relacionam sexualmente. A proibição do incesto está ligada a questões culturais e não biológicas. Prova disso é que alguns grupos sociais são tão pequenos e tiveram inúmeras relações entre as diferentes famílias que a composição genética entre os membros da comunidade é praticamente a mesma, possuindo apenas pequenas variações, de forma que a probabilidade de nascimento de crianças com problemas genéticos é praticamente a mesma se fruto de relação sexual entre pessoas da mesma família ou de famílias diferentes. Mesmo assim há a regra social de proibição do incesto, mostrando que essa censura é de cunho cultural e não biológico.

Modernamente, as teorias que buscam conceituar cultura na Antropologia foram divididas em dois grandes grupos, segundo Roger Kessing, em seu artigo "Theories of Culture"[19].

Conforme explica Kessing, temos as teorias que consideram a cultura como um sistema adaptativo e as teorias idealistas de cultura. Marshall Shalins, citado por Kessing[20], é um dos autores que seguem as teorias que consideram a cultura como um sistema adaptativo. Apesar das divergências entre os autores dessas teorias, há algumas concordâncias, como a seguinte:

> Cultures are systems (of socially transmitted behavior patterns) that serve to relate human communities to their ecological settings. These ways-of-life-of communities include technologies and modes of economic organization, settlement patterns, modes of social grouping and political organization, religious beliefs and practices, and so on.[21]

[18] LEVI STRAUSS, Claude. **Estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.
[19] KEESING, Roger M. Theories of culture. In: **Annual Review of Anthropology**, v. 3, p. 73-97, 1974.
[20] SHALINS, Marshall apud KEESING, Roger M. Theories of culture...
[21] KEESING, Roger M. Theories of culture. p. 75.

Já no outro grupo de teorias, as chamadas teorias idealistas de cultura são subdivididas por Keesing em três abordagens: a primeira abordagem considera a cultura como sistema cognitivo. Cultura, nesse entendimento, estaria num mesmo parâmetro da linguagem. Para W. Goodnough, adepto dessa abordagem, "A society's culture consists of whatever it is one has to know or believe in order to operate in a manner acceptable to its members."[22]

A segunda abordagem considera cultura como sistemas estruturais. Lévi-Strauss é adepto dela. Conforme Kessing:

> Levi-Strauss' writings on culture and mind have not only been sweepingly influential; as sacred texts, they have elicited an ever-widening stream of exegetical literature. I will not add substantially to that stream. Here only a few points will serve to place the Levi-Straussian position in relation to those that precede and follow. Levi-Strauss views cultures as shared symbolic systems that are cumulative creations of mind; he seeks to discover in the structuring of cultural domains-myth, art, kinship, language-the principles of mind that generate these cultural elaborations.[23]

E temos a terceira abordagem que considera a cultura como sistemas simbólicos. Clifford Geertz segue essa abordagem. Para o autor americano, o conceito de homem deve se basear no conceito de cultura. Dessa forma, considera-se cultura "não como complexos padrões concretos de comportamento, mas como um conjunto de mecanismos de controle - planos, receitas, regras, instruções (que os engenheiros de computação chamam 'programa') - para governar o comportamento"[24]. Para Geertz, os seres humanos teriam as condições genéticas e biológicas para receber um programa que seria para ele a cultura.

Outro ponto relevante no que diz respeito ao estudo da cultura é a forma pela qual ela se manifesta. E nesse aspecto, é salutar tratarmos, mesmo que rapidamente, do etnocentrismo e do relativismo cultural.

No etnocentrismo[25], o mundo é pensado a partir do próprio grupo e os outros se colocam para o sujeito a partir dos valores, do comportamento, dos modelos de

---

[22] GOODNOUGH *apud* KEESING, Roger M. Theories of culture. p. 77.
[23] KEESING, Roger M. Theories of culture... p. 78
[24] GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 32.
[25] ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo.** São Paulo: Brasiliense, 1988.

seu grupo. O parâmetro passa a ser o grupo e não a humanidade. Há, portanto, dificuldade em se pensar aquele que é diferente, que muitas vezes é visto como inferior, outras vezes como selvagem, pelo fato de ter uma identidade cultural diversa dos membros daquele grupo de quem inicialmente observa. Como afirma Roque Laraia,

> A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade.[26]

Levado ao extremo, muitos conflitos ocorrem por essa postura etnocêntrica dos grupos sociais. Em muitas situações um grupo é visto como superior, como o eleito, o predestinado. E essas ideias por fim desenvolvem pensamentos de intolerância que podem levar a práticas discriminatórias, racistas e outras atividades intolerantes. Como afirma Roque Laraia,

> O etnocentrismo, de fato, é um fenômeno universal. É comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão. As autodenominações de diferentes grupos refletem este ponto de vista.[27].

A Antropologia busca relativizar esse aspecto e pensar as sociedades de uma outra forma. Esse tema é bastante desenvolvido por Roberto DaMatta, no seu *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*[28]. A característica de buscar olhar e compreender o outro a partir da comparação de suas diferenças é inerente à Antropologia que consegue através de métodos e estudos compreender as diferentes sociedades. Roberto Cardoso de Oliveira diferencia a "atitude relativista", própria à atividade do antropólogo principalmente na atividade de observação e que deve ser apoiada e defendida, do "relativismo", que seria a ideologia científica extremada, isto é, de caráter mais radical. Segundo ele:

---

[26] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...p. 69-70.
[27] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...p. 75.
[28] DAMATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Vozes, 1981.

> Entre nós, Roberto Da Matta chamou a atenção sobre a relativização em seu livro Relativizando: Uma introdução à antropologia social, mostrando em que medida o relativizar é constituinte do próprio conhecimento antropológico. Pessoalmente, entendo por relativizar uma atitude epistêmica, eminentemente antropológica, graças à qual o pesquisador logra escapar da ameaça do etnocentrismo - essa forma habitual de ver o mundo que circunda o leigo, cuja maneira de olhar e de ouvir não foram disciplinadas pela antropologia. E se poderia estender isso ao escrever, na medida em que, para falarmos com Crapanzano, 'o escrever etnografia e uma continuação do confronto' intercultural, portanto entre pesquisador e pesquisado. Por conseguinte, uma continuidade do olhar e do ouvir no escrever, esse último igualmente marcado pela atitude relativista.[29]

Apesar das divergências no conceito de cultura, como mostramos acima, algumas ideias prevalecem. Uma delas é a noção que a cultura é dinâmica e sofre transformações[30]. Mesmo em grupos considerados isolados, há transformações da cultura, mesmo que em ritmo mais lento. Roque Laraia cita dois tipos de mudança cultural, isto é, segundo ele "Podemos agora afirmar que existem dois tipos de mudança cultural: uma que é interna, resultante da dinâmica do próprio sistema cultural, e outra que é o resultado de um sistema cultural com um outro."[31]

Uma outra ideia bastante presente quando se aborda a cultura é a chamada difusão cultural[32], isto é, a humanidade não teria o desenvolvimento atual se não passasse por um processo de difusão cultural. Muitas características presentes em sistemas culturais foram na verdade copiadas de outras culturas que originalmente utilizavam essas características. Sem falarmos na ideia de invenção de tradição, em que aquele hábito visto como algo herdado consuetudinariamente na realidade foi recentemente inventado, criado pelo grupo, muitas vezes dominante, para justificar a organização social que é estabelecida no presente[33].

---

[29] OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **O trabalho do antropólogo**. 2. ed. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Editora UNESP, 2000. p. 33.
[30] ANDRELLO, Geraldo; FERREIRA, Tatiana Amaral S. Transformações da cultura no Alto Rio Negro. CUNHA, Manuela Carneiro da; CESARINO, Pedro de Niemeyer (orgs.). **Políticas culturais e povos indígenas**. São Paulo: UNESP, 2016. p. 25 – 57.
[31] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**...p. 100.
[32] LIMA, Edilene Coffaci de. A internacionalização do kampô (via ayahuasca): difusão global e efeitos locais. CUNHA, Manuela Carneiro da; CESARINO, Pedro de Niemeyer (orgs.). **Políticas culturais e povos indígenas**. São Paulo: UNESP, 2016. p. 91 – 112.
[33] HOBSBAWN, Eric, RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

É na preocupação da difusão da cultura que está o cuidado com os conhecimentos tradicionais. A difusão é fundamental na cultura, mas é necessária uma proteção para que não tenhamos situações injustas no que diz respeito à utilização de determinados conhecimentos sem o respeito as suas origens e em várias situações sem uma distribuição daqueles benefícios que o conhecimento tradicional gera.

2.1.2 Visão jurídica da cultura

A Constituição de um Estado é vista por Jorge Miranda[34] como um fenômeno cultural, uma vez que ela não pode ser entendida sem se considerar o contexto, os valores e a cultura da sociedade de onde ela emana. É, portanto, um bem de cultura. Segundo Jorge Miranda:

> A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe caráter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e, garantindo a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação.[35]

Inocêncio Mártires Coelho [36] trata o Direito também como fenômeno cultural[37]. Dessa forma, lei e Constituição, por serem espécies de normas jurídicas, são criações humanas e se submetem à mesma ideia de Direito enquanto fenômeno da cultura. Segundo ele:

> Fenômeno *cultural* ou realidade *significativa*, enquanto matéria de conhecimento, o Direito difere radicalmente, por exemplo, dos fenômenos naturais, porque, em relação a estes, as verdades obtidas resultam,

[34] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**, da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, Portugal: Almedina, ano 138º (2006), IV. p. 751-768.
[35] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais... p. 752.
[36] COELHO, Inocencio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 2.ed. rev. aum. Porto Alegre: FABRIS, 2003.
[37] COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75.

> necessariamente, do estudo da realidade por um método *empírico-indutivo*, tendo a *explicação* como ato gnosiológico.[38]

Neste sentido, a cultura também é objeto que deve ser tratado pela Constituição. A carta constitucional tem como uma de suas funções a de regular a comunidade e o Estado, de forma que temas como economia, questões sociais e assuntos culturais devem ser contemplados e protegidos. Sobre o enfoque constitucional feito da cultura e as possíveis abordagens estatais, Jorge Miranda mostra as seguintes formas de intervenção: "relativa indiferença; mera regulação externa, reconhecimento, garantia; apoio, favorecimento, promoção; tutela; direção e absorção".[39]

O Estado social introduziu a proteção aos direitos culturais no âmbito constitucional. Temos inicialmente os direitos econômicos, como forma de se buscar a realização pessoal, os direitos sociais para garantir segurança do ser humano em situações de necessidade e, por fim, os direitos culturais para se garantir o acesso à educação e à cultura de forma a se permitir melhoria da situação da classe operária.[40]

Se há uma Constituição econômica, existe igualmente uma Constituição cultural que abrange os direitos em matéria cultural. Há, do mesmo modo, aqueles que defendem também um Estado de cultura.

Gomes Canotilho aborda a chamada constituição cultural e afirma que o princípio da democracia econômica e social está presente nela. Segundo ele:

> Do conjunto das normas constitucionais referentes à "constituição cultural" (direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto) verifica-se que o princípio da democracia económica e social não se limita unilateralmente, a uma simples dimensão económica: quando se falar de prestações existenciais para "assegurar uma existência humana digna" pretende-se também aludir à indissociabilidade da "existência digna" de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da "democracia cultural" de um dever de cuidado pelas prestações culturais (*Daseinsvorsorge*)

[38] COELHO, Inocencio Mártires. **Interpretação Constitucional**. p. 36.
[39] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais... p. 753-754.
[40] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais... p. 755.

material.[41]

Jorge Miranda[42], porém, propõe algumas cautelas no uso dos termos Constituição cultural e Estado de cultura. Classificar uma Constituição como cultural ou como econômica possui uma utilidade de ordem prática por permitir um aprofundamento das normas constitucionais relativas ao tema especificado, mas há um risco de se perder a unidade da Constituição. Por outro lado, não é possível separar a Constituição Política da Constituição Econômica e da Constituição Cultural, da mesma forma que não é possível tratar os direitos fundamentais independentemente dos poderes estatais. Preferível se adotar a forma utilizada por Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas[43], que preferem chamar de *subconstituição cultural*. No mesmo sentido é a cautela pedida por Jorge Miranda[44] para o termo Estado da Cultura. Haveria um risco de se colocar a cultura a serviço do Estado, pois teríamos a possibilidade de termos uma ideologia dominante no Estado, o que poderia colocar em risco a liberdade de criação e os elementos culturais dos grupos minoritários.

Apesar desses questionamentos, percebemos a importância que a cultura e a Constituição possuem uma em relação à outra, de forma que o professor Gomes Canotilho[45] afirma categoricamente que as Constituições atualmente estão a desempenhar a função de integração cultural[46]. De acordo com ele:

> Há mesmo autores (P. Häberle) que defendem uma *compreensão científico-cultural de constituição* para lhes conferir um papel chave nos processos de formação, desenvolvimento e sedimentação cultural. Depois de terem desempenhado e continuarem a desempenhar função primordial de cartas vivas

[41] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 349
[42] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais...
[43] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216. CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1976 – 1985. p. 1982.
[44] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais...
[45] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**
[46] Canotilho afirma que a teoria da interconstitucionalidade é também uma teoria de interculturalidade constitucional. Na interculturalidade há a idéia de partilha de cultura como forma de se enfrentar o mundo. Para o autor, "o papel integrador dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas". CANOTILHO, J. J. Gomes. "Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008. p. 271.

> da *identidade nacional,* ou, como sustentou recentemente B. Ackermann, a função de reserva de imperativos políticos profundos (*deeperimperatives*), passaram a contribuir, na qualidade de constituições parciais de espaços comunitários, para a sedimentação e revelação de identidades culturais pluralmente inclusivas.[47]

Ao parafrasear Michel Prieur, o professor Vasco Pereira da Silva[48] mostra a relação de complementaridade existente entre o Direito e a Cultura. Com base nas idéias de Prieur, para o autor português, "a cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática"[49]. A relação entre essas duas áreas gera frutos, que são a Cultura do Direito e o Direito da Cultura. De acordo com Vasco Pereira da Silva[50], a chamada Cultura do Direito, que é entendida como um fenômeno da cultura, deve ser analisada através a metodologia das Ciências da Cultura[51]. Enquanto o chamado Direito da Cultura utilizaria a metodologia dos diversos ramos do Direito para estudar os fenômenos culturais. Apesar da importância que a conexão entre esses temas possuem entre si, seja através da relevância cultural dos fenômenos constitucionais, seja pela importância da cultura na Constituição e nos direitos fundamentais, Vasco Pereira da Silva[52] mostra não compreender o pouco valor que é dado no Direito para a "Teoria da Constituição como Ciência da Cultura" e para o "Direito Constitucional Cultural".

Explica ainda o autor português a dificuldade de conceituar a cultura, inclusive nos seus aspectos de relevância jurídica, como se percebe a seguir:

---

[47] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** p. 1429 – 1430

[48] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

[49] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p.7.

[50] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...

[51] Peter Häberle mostra que uma teoria da interpretação constitucional, por se deparar com temas envolvendo a realidade constitucional, deve incluir em suas análises assuntos das ciências sociais e métodos que auxiliem ao atendimento do bem-estar geral. Dessa forma, a interpretação constitucional deve envolver a sociedade aberta e pluralista, pois todos os participantes do processo social estão nela envolvidos. Conforme afirma: "Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes" (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. reimp. Porto Alegre: Fabris, 2002a. p. 19)

[52] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...

> Mas, se a impossibilidade de encontrar uma noção de cultura é da ordem do 'ser', a impossibilidade da sua definição jurídica, numa democracia e num Estado de Direito, é também da ordem do 'dever ser'. Pois, o que compete ao Direito é a garantia da liberdade e a proteção dos direitos fundamentais à cultura, de pessoas e de instituições, o que implica tanto a proibição de 'tomar partido' em discussões e querelas do foro cultural, como tem de significar também o afastamento de quaisquer 'tentações' (totalitárias) de 'instrumentalização' ou de 'programação' das realidades culturais.[53]

Mesmo afirmando a dificuldade em se definir o que é cultura, Vasco Pereira da Silva[54] tem uma preocupação de ordem prática que diz respeito à necessidade de aplicação das normas jurídicas que se referem à cultura. Com essa preocupação prática, ele propõe três possíveis acepções "abertas" do que seria cultura, considerando os aspectos que para ele seriam relevantes de forma jurídica. E sobre cada uma dessas acepções, o professor português mostra a relevância na visão do Direito. Seriam elas:

1) Uma acepção mais restrita da cultura. Essa acepção compreende a cultura como "realidade intelectual e artística do passado, presente e futuro". Para o autor, essa acepção se refere ao que está relacionado às belas artes ou mesmo belas letras. Essa acepção mais restrita seria a mais operativa juridicamente, pois corresponderia ao objeto do direito fundamental à cultura. Essa acepção permite distinguir juridicamente a cultura de outros direitos fundamentais próximos a ela, como o direito ao ensino e o direito à ciência, por exemplo. Para ilustrar essa ideia, Vasco Pereira da Silva cita a título de exemplo a forma como a cultura é tratada nos artigos 42, 73 e 78 da Constituição Portuguesa:

> **Artigo 42.º**
> **(Liberdade de criação cultural)**
> **1.** É livre a criação intelectual, artística e científica.
> **2.** Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

---

[53] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p. 08.
[54] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...

CAPÍTULO III

Direitos e deveres culturais

Artigo 73.º

(Educação, cultura e ciência)

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.

3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

4. A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.

Artigo 78.º(Fruição e criação cultural)

1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.

2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:

a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;

b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;

c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;

> **d)** Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
> **e)** Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.

2) A acepção chamada de *intermédia*, que além do domínio de criação e fruição artística e intelectual, relaciona-se também com o direito à ciência, o direito ao ensino e o direito à formação. O aspecto jurídico relevante dessa acepção intermediária está ligado à aplicação das normas do chamado Direito da Cultura, quando o legislador relaciona as realidades culturais com as realidades de outras manifestações, como ciência, ensino, liberdade de expressão e religião, por exemplo. Essa acepção é muito utilizada pelo legislador ao realizar políticas públicas, uma vez que precisa articular esses direitos citados acima para que se efetive a política pública em si, como também os direitos fundamentais envolvidos e, no caso da abordagem do autor, a própria Constituição Portuguesa se efetive. A ideia, portanto, não é misturar os direitos como se se tratasse do mesmo tema, mas trabalhar relacionando-os, como acontece na Constituição Portuguesa de 1976, quando ela trata de "direitos e deveres económicos, sociais e culturais", em seu título III do capítulo III.

3) A acepção mais ampla faz uma identificação da cultura com uma realidade cada vez mais repleta de complexidades, "enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas que conjuga nomeadamente elementos de ordem história, filosófica, antropológica, sociológica, ou mesmo psicológica, aglutinados de acordo com três vetores orientadores, a saber: 'tradição, inovação e pluralismo (leia-se abertura)'".[55] No aspecto jurídico, tal visão é tida como a mais relevante, pois há uma busca por elementos além do Direito para se compreender uma possível "identidade cultural dos fenômenos jurídicos". Essa visão é mais adequada, pois é a mais apta a lidar com o entendimento da Constituição como uma realidade cultural e o Direito Constitucional como uma Ciência da Cultura. De acordo com Vasco Pereira da Silva:

---

[55] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p. 09-10.

> Seja qual for a acepção que esteja em causa, as modernas constituições dos Estados democráticos e de direito implicam a garantia de 'liberdade cultural, pluralismo e divisão (também cultural) de poderes', de acordo com o paradigma da 'cultura aberta' par uma 'sociedade aberta' (HÄBERLE). De resto, as próprias noções de democracia, de Estado de Direito e de Constituição são realidades culturais, que pertencem a um 'arquétipo' ou 'modelo' de organização do poder político característico do 'acervo cultural do Ocidente' e que assume, em nossos dias, uma dimensão de 'legado cultural', um legado que é assumido de novo como pretensão de futuro, pelo que, uma vez alcançado, jamais deverá ser abandonado, mas antes – no mínimo – conservado e – no melhor dos casos – melhorado' (HÄBERLE).
>
> O entendimento do Direito Constitucional como ciência da cultura implica, portanto, a valorização não apenas do texto, mas também da realidade que lhe está subjacente, compreendendo simultaneamente a constituição formal e material.[56]

No estudo dos aspectos culturais dos fenômenos jurídicos é importante a adoção de uma metodologia interdisciplinar. Percebe-se isso no estudo e na relação que se faz atualmente entre o Direito e diversos assuntos que envolvem a cena cultural. Os estudos jurídicos que envolvem Direito e Música, Direito e Linguagem, Direito e Cinema, Direito e Literatura, por exemplo, demonstram que esta abordagem interdisciplinar tem se tornado cada vez mais atual.

O aspecto cultural da realidade é de tamanha relevância para o estudo do Direito, que o professor Peter Häberle[57] afirma que um mesmo texto constitucional pode apresentar diferentes interpretações a depender da cultura em que surge. A interpretação e aplicação das normas constitucionais, entendidas tanto como a Constituição formal quanto a Constituição material precisam considerar a visão cultural, para que a abordagem jurídica, em especial aquela própria do Direito Constitucional, compreenda o Direito e a sociedade de forma mais integral. Ora, se o Direito Constitucional busca estabelecer as regras que regulam o poder, os

---

[56] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. p. 12-13.

[57] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional.** Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 06, Enero/Diciembre 2002b. p. 177-198. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=398&IDA=1423>. Acesso em 12 jun. 2017.

cidadãos e a sociedade de uma forma geral, é razoável que seu entendimento seja integral a partir de uma compreensão cada vez mais completa que tenha da sociedade. A dimensão cultural é fundamental para esse mister e a metodologia interdisciplinar facilita esse entendimento. Tendo-se em mente, como já explicado no início deste trabalho, que a metodologia interdisciplinar aborda diversas áreas do conhecimento, mas respeita as especificidades de cada área do saber, ou seja, no que diz respeito ao que estamos tratando, o método interdisciplinar garante tanto as especificidades presentes nos fenômenos jurídicos quanto a autonomia das demais áreas que são analisadas. De acordo com Vasco Pereira da Silva:

> Em provisória síntese, é necessário considerar que o Direito é um fenômeno cultural, que plasma os valores da comunidade e os torna vigentes num determinado momento e local, mas que é também uma realidade autônoma, consubstanciada em normas e em princípios jurídicos, dotados de uma lógica e de uma dinâmica próprias. Pelo que é de exigir ao Direito Constitucional que seja capaz de considerar simultaneamente valores, factos e normas, na interactividade e reciprocidade do seu relacionamento complexo, conjugando dimensões éticas, artísticas, técnicas e científicas, no âmbito de uma compreensão simultaneamente cultural e jurídica dos fenômenos constitucionais.[58]

Ao estudar o desenvolvimento do Estado constitucional e abordar a Constituição como cultura, Peter Häberle[59] mostra que, no caso europeu, há seis elementos da cultura jurídica convivendo entre si e que são fundamentais para a constituição da identidade europeia. São eles: 1) o conhecimento da historicidade do seu direito desenvolvido com base na filosofia da Grécia antiga; 2) a cientificidade que está presente na dogmática jurídica; 3) a independência dos órgãos jurisdicionais; 4) a neutralidade ideológico-confessional do Estado; 5) a multiplicidade e a unicidade da cultura jurídica europeia e 6) a sua particularidade e universalidade.[60] O autor esclarece que a temática "identidade cultural" precisa ser abordada de forma interdisciplinar para se ter uma compreensão precisa do

[58] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. p. 25.
[59] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...
[60] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura... p. 187.

tema, mas faz questão de abordar questões de direito constitucional sobre esse assunto, afinal, o Estado Constitucional que percebemos atualmente se constitui de uma pluralidade de identidades.[61]

Para Häberle[62], Estado constitucional tem seu desenvolvimento atual promovido através da democracia. Para o autor:

> Entendemos por Estado constitucional la comunidad política que encuentra su fundamento antropológico-cultural en la dignidad del hombre, como decía E. Kant, y que, en la democracia pluralista, encuentra su estructura organizativa.[63]

A relação entre o Direito Constitucional e a cultura pode ser vista de forma mais profunda ao tratarmos do chamado Direito Constitucional da Cultura. Para Häberle[64], no âmbito dos direitos fundamentais, a liberdade de culto, de arte e da ciência são liberdades culturais bastante próximas e mostram como a Constituição pode ser entendida como algo cultural. Segundo esse autor:

> La tríade religión, ciencia y arte, consolida la sociedad abierta, hace renacer continuamente los recursos para el desarrollo del Estado constitucional y hace comprensible al hombre y al ciudadano la tesis de la Constitución como cultura.[65]

O federalismo e o regionalismo também sofrem mudanças no Direito Constitucional da cultura. Segundo Häberle[66], temos o federalismo cultural, presente na Alemanha e na Suíça, e o regionalismo cultural, que é percebido nas comunidades autônomas da Espanha, como exemplos de transformações que se apresentam diante do Direito Constitucional da cultura e que representam formas de se tutelar a multiplicidade cultural.

O estudo do Direito Constitucional da cultura na perspectiva europeia é realizado de forma científica desde 1983, fazendo referências à Convenção Europeia

---

[61] HABERLE, Peter. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. **Derecho y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, enero 2006, n. 14, p. 89-102. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/3768>. Acesso em 12 jun. 2017.
[62] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...
[63] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...p.178.
[64] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...
[65] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura... p. 190.
[66] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...

dos Direitos Humanos e à Carta Social Europeia. Posteriormente, esse estudo na Europa vai se consolidar com o Tratado de Maastricht, em 1992, e o Tratado de Amsterdam, em 1997. Conforme afirma Häberle:

> Sintomáticamente, ya el Tratado de Maastricht (1992) inicia su preámbulo con profundos sustratos culturales: por ejemplo, en las palabras "solidaridad entre los pueblos con respeto a su historia, a su cultura y a sus tradiciones", y "reforzando así la identidad y la independencia de Europa para fortalecer la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo" (señalemos que el concepto "identidad de Europa" es ya la primera fase de un concepto de la ciencia cultural). Maastricht ha convertido en pionero al Derecho Constitucional de la cultura de la UE que se tratará seguidamente en la estructura del Tratado de Amsterdam.[67]

Ao tratar da Constituição como cultura, Häberle[68] deixa claro que não pretende trabalhar com a Constituição **e** a cultura, mas sim com a Constituição **como** cultura. Para o autor alemão, a Constituição não pode ser vista apenas como textos legais, instituições e procedimentos jurídicos. Para ele:

> La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias "culturales" transmitidas.[69]

Häberle[70] mostra que para se compreender uma Constituição de forma justa é necessário se entender a cultura através das experiências culturais dos povos. Ver a Constituição como cultura também é um facilitador para eventualmente se modificar o sentido de uma norma constitucional sem a necessidade de alterar sua

[67] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura... p. 192.
[68] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...
[69] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura... p. 194.
[70] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...

redação[71]. Para o autor, a força normativa da Constituição atua por meio da tutela jurídica dos cidadãos feita através dos direitos fundamentais e de uma jurisdição independente, mas também através da cultura, dos ideais e dos objetivos educativos. A importância que Häberle dá à cultura[72] é tão relevante, que propõe uma alteração nos três elementos essenciais do Estado que foram desenvolvidos por G. Jellinek. Além dos elementos povo, território e poder tratados por Jellinek, Häberle[73] propõe inserir a cultura como um quarto elemento ou mesmo como primeiro elemento. Para ele, o entendimento da Constituição como cultura pode diminuir a tensão entre cultura e política, entre intelecto e poder, pois se o cidadão em geral tiver conhecimento sobre o constitucionalismo republicano, é possível que sejam diminuídas as manifestações de ideais totalitários.

2.1.2.1. Direito fundamental à cultura

Vasco Pereira da Silva[74] propõe uma atualização na abordagem sobre as gerações de direitos fundamentais[75]. Sua crítica está direcionada ao fato dos direitos fundamentais serem considerados pela doutrina ou direitos que necessitam de proteção negativa ou direitos que necessitam de uma prestação positiva. A crítica do professor português é que, segundo ele, todos os direitos fundamentais necessitam simultaneamente de abstenção e também de prestação do estado. Ou seja, independente da geração a que pertença, o direito fundamental sempre terá uma

---

[71] Para Peter Häberle, feriados, hinos e bandeiras nacionais são elementos de identidade cultural do Estado Constitucional. HÄBERLE, Peter. **Constituição e Cultura: o Direito ao Feriado como Elemento e Identidade Cultural do Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

[72] Häberle valoriza Hermann Heller e a sua teoria do Estado com teoria da cultura. Se atualmente se trabalha o termo cultura de diversas formas, muito antes H. Heller já tratava do tema de forma precisa. (HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...) Segundo Hermann Heller: "Entretanto, se quisermos evitar muitos erros da Teoria do Estado e da Ciência do Direito atuais, temos que conceber o homem e as suas formas de consciência com incluídas também, de modo permanente, no curso da história, embora tenha que aceitar-se com ponto de partida uma igualdade formal de predisposições no gênero humano." (HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 57)

[73] HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura...

[74] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...

[75] Ingo Wolgang Sarlet apresenta críticas de diferentes autores sobre a classificação dos direitos fundamentais conforme critério histórico que os divide em gerações (ou dimensões). De acordo com esse autor, por mais que se concorde com parte das críticas, o mais pertinente é a adoção de postura responsável pelo poder público e pelos particulares para a efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões. SARLET, Ingo Wolgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geal dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52-58.

vertente negativa, obrigando que entidades públicas se abstenham de gerar lesões ao direito fundamental em questão, mas ao mesmo tempo, esses direitos necessitam de uma prestação dos poderes públicos para se efetivarem com maior firmeza. E mais, essa abstenção e essa prestação valem tanto para os órgãos públicos como para destinatários privados.

Afirma o professor português que se a vertente que obriga a prestação para a efetivação dos direitos fundamentais é presente na segunda e na terceira geração, há atualmente a necessidade dessa mesma postura positiva e de colaboração do Estado em relação aos direitos de primeira geração:

> Daí que, do ponto de vista da sua estrutura jurídica, todos os direitos fundamentais sejam idênticos, já que, todos eles apresentam uma vertente negativa, implicando um direito de defesa contra agressões públicas, em simultâneo com uma vertente positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua realização (que tanto podem corresponder a direitos subjectivos dos particulares como a tarefas de natureza objectiva). De resto, é curioso verificar como cada uma das gerações de direitos fundamentais, não apenas fez crescer o catálogo dos direitos com contribuiu também para o enriquecimento da respectiva estrutura jurídica – pois, a primeira geração colocou a tónica na dimensão negativa dos direitos, a segunda geração na sua dimensão positiva de carácter prestador, e a terceira geração na sua dimensão positiva de carácter participativo ou de colaboração.[76]

Vasco Pereira da Silva [77], ao analisar a evolução histórica do direito fundamental à cultura, mostra que esse direito sofreu mudanças com o tempo, influenciado pelas transformações sofridas por diversos direitos e pelas sucessivas gerações de direitos fundamentais. Segundo o autor, o direito fundamental à cultura surgiu com a primeira geração de direitos fundamentais, como uma liberdade frente a possíveis imposições estatais, podendo ser construído inclusive a partir da liberdade de pensamento. Na segunda geração, ele é entendido como um direito prestacional, integrando os chamados direitos econômicos, sociais e culturais. E na

[76] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p. 35-36.
[77] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...

terceira geração toma a forma de um direito de participação[78]. Essa evolução mostra por um lado uma visão de um direito incompleto, como se estivesse sempre aquém de seu tempo, usando a expressão de Vasco Pereira da Silva[79], mas evidencia também um direito que não ficou parado no tempo, assimilando elementos novos[80].

Esclarecida essa questão sobre concepção doutrinária relacionada ao direito e à cultura, abordaremos alguns tratados internacionais que envolvem o tema. No plano internacional, o direito à cultura encontra guarida nas principais fontes de Direito Internacional Público, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, o Pacto Internacional sobre dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no artigo 27, protege o direito à cultura, tanto ao se referir aos direitos de criação e fruição cultural, quanto ao proteger o direito do autor. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos considera o direito à cultura num sentido mais amplo, integrando o indivíduo a diferentes grupos sociais, como se percebe da leitura do seu artigo 27. E o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais protege o direito à cultura em diferentes vertentes, tanto como liberdade, prestação, participação ou mesmo como direito do autor, como se verifica da leitura do seu artigo 15.

No âmbito europeu, manter a heterogeneidade e a diversidade na configuração da Europa, como é estabelecido pelo Tratado da União Europeia, é um indicativo da presença do direito à cultura. Esse mesmo Tratado inspira-se no patrimônio cultural da Europa e afirma, nos artigos 2º e 3º, que o respeito ao homem é um dos valores comuns dos seus Estados-membros e que a sociedade

---

[78] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p. 36-37.
[79] SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**...
[80] De acordo com Vasco Pereira da Silva, a Constituição Portuguesa de 1826 foi a primeira Carta Constitucional de Portugal a consagrar de forma expressa o direito fundamental à cultura. No seu artigo 145, §24 e §32, estabelece a propriedade das descobertas para os seus inventores e o a garantir do ensino de Ciências, Belas Artes e Letras: "Art. 145. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte: § 24º - Os Inventores terão a propriedade de suas descobertas, ou das suas produções. A Lei assegurará um Privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização. § 32º - Colégios e Universidades, onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes." SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**... p. 38.

europeia se pauta pelo "pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres". A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, nos seus artigos 9º e 10º já respeitava implicitamente o direito à cultura, ao reconhecer a liberdade de pensamento e liberdade de expressão. E a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tanto no preâmbulo, como nos artigos 13 e 22, protege o direito à cultura ao consagrar o direito à liberdade das artes e de investigação científica, além de proteger a diversidade cultural, religiosa e linguística. Segundo a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia:

> Preâmbulo
> [...]
> A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.
> Artigo 13. Liberdade das artes e das ciências
> As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.
> Artigo 22. Diversidade cultural, religiosa e linguística
> A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.

O direito à cultura, portanto, é presente em tratados internacionais, tanto no âmbito mundial, quanto regional, conforme verificamos nos Tratados acima relacionados à Europa.

2.1.2.2 Direito e patrimônio cultural

Clara Bertrand Cabral[81], ao estudar o patrimônio cultural imaterial, propõe uma mudança de paradigma interessante. Para a autora, se no patrimônio cultural material, o mais importante são as coisas, no patrimônio cultural imaterial, o mais

[81] CABRAL, Clara Bertrand. **Património cultural imaterial**. Lisboa: Edições 70, 2014.

importante são as pessoas. Essa mudança torna ainda mais difícil estudar e analisar o patrimônio imaterial, pois ao invés de focarmos o objeto, passamos a focar e a nos interessar por quem executa. Dessa forma, temas como o próprio patrimônio cultural imaterial, os grupos e comunidades relacionados a esse patrimônio, a transmissão entre as gerações, a memória e a identidade e direitos culturais se tornam ainda mais complexos quando tratamos como patrimônio cultural imaterial. Nessa abordagem sobre o patrimônio cultural imaterial, utilizaremos as idéias de Clara Bertrand Cabral.[82]

Ao mostrar a definição de patrimônio cultural imaterial segundo os itens 1 e 2, do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em 2003, Clara Bertrand Cabral propõe uma série de considerações. Segundo a Convenção, seria patrimônio cultural imaterial:

> Artigo 2: Definições
> Para os fins da presente Convenção,
> 1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.
> 2. O "patrimônio cultural imaterial", conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais.

[82] CABRAL, Clara Bertrand. **Património cultural imaterial**... p. 16-17.

Nesse conceito se percebe a necessidade de relacionarmos patrimônio e cultura para se compreender com profundidade o patrimônio cultural imaterial. E nessa análise, a globalização deve ser considerada quando se trabalha a diversidade cultural e a sua proteção através da evolução dos conhecimentos tradicionais. Ao trabalhar com o patrimônio cultural imaterial, observa-se que a Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial tem como um de seus aspectos mais relevantes o respeito à visão das comunidades tradicionais e a busca do desenvolvimento socioeconômico com base no desenvolvimento sustentável. No mundo pós-moderno, há uma convivência de grupos múltiplos, seja na sua diversidade ou mesmo na quantidade de grupos que interagem num mesmo espaço. Apesar dessa convivência cada vez mais intensa, percebemos uma crescente diferenciação presente entre eles. Nesses espaços é necessária uma interação mais profunda, um diálogo mais efetivo no processo de interação que exige um exercício de alteridade quando um grupo é colocado diante de outro grupo. Nessa aproximação, o patrimônio cultural imaterial pode se colocar como fator de aproximação.[83]

Para se proteger o patrimônio cultural imaterial é importante garantir os chamados direitos culturais, que eles são protegidos em diversos tratados e convenções internacionais. Clara Bertrand Cabral mostra uma evolução histórica sobre a proteção dos direitos culturais segundo tratados e convenções internacionais, abordando também temas conexos, como a questão das populações indígenas, as minorias e os grupos migrantes. Apesar de o acesso à cultura ser considerado direito humano já na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, apenas em 1966, com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que os direitos culturais são discriminados. Segundo o artigo 15 do PIDESC:

> ARTIGO 15
>
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
>
> a) Participar da vida cultural;
>
> b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
>
> c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

[83] CABRAL, Clara Bertrand. **Património cultural imaterial**...

> 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.
> 3.Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa cientifica e à atividade criadora.
> 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Seguindo essa linha, a autora mostra que em 2001, com a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, os direitos culturais são declarados universais, indissociáveis e interdependentes e fazem parte dos direitos humanos. Essa Declaração ainda reforça a preocupação com a educação e a necessidade de se respeitar a identidade cultural e de se expressar na língua que se deseje para divulgar as práticas culturais. Percebe-se que há um elemento de ordem política ao se defender o exercício dos direitos culturais. Os Estados, por exemplo, para efetivarem os direitos culturais, terão que preparar as condições para e expressão das práticas culturais e assim distribuir o poder. Segundo o artigo 5° da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural:

> Artigo 5 – Os direitos culturais, marco propício da diversidade cultural
> Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Clara Bertrand Cabral trata também da Declaração de Friburgo sobre Direitos Culturais de 2007, fruto do trabalho do chamado “Grupo de Friburgo”, e

que tem entre seus pontos positivos as definições apresentadas de “cultura, identidade cultural e comunidade cultural”, além de mostrar que os direitos culturais possuem preocupações além da questão cultural, vinculando-se a questões econômicas, de bem-estar e de desenvolvimento. Segundo a autora, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial tem essa mesma preocupação de não se ater a questões eminentemente culturais, mas, nesse caso, busca-se promover o desenvolvimento das comunidades e grupos, reforçando suas capacidades. Sobre tratados e convenções que se referem especificamente a povos indígenas e demais minorias, a autora mostra que essa diferenciação entre grupos que muitas vezes se sobrepõem, decorre de uma visão da ONU e de suas agências especializadas que provoca essa diferenciação ao tratar instrumentos internacionais específicos para cada grupo, embora existam alguns traços comuns entre esses instrumentos, como a busca da proteção contra a discriminação.

No que diz respeito aos povos indígenas, a partir de 1969 começam a ser debatidos na ONU de forma mais profunda temas relacionados a esses grupos. As convenções que tratam dos povos indígenas valorizam os saberes, práticas e artesanato indígenas, mostrando a importância econômica e cultural desses conhecimentos. Assim como se fortalecem princípios que protegem a identidade cultural indígena, como o direito de autodeterminação e o de viver segundo a sua cultura. Além disso, essas convenções fortaleceram a relação entre os povos indígenas e seus territórios.

Quanto à questão das minorias, apesar de não haver uma definição aceita internacionalmente, há uma meta comum em não se privar as minorias de ter vida cultural própria, permitindo-se, por exemplo, que as minorias usem suas línguas e suas religiões. Isso está presente no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, e na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992. Sobre os povos indígenas e as minorias, Clara Bertrand Cabral chama a atenção ao perigo que correm seus patrimônios culturais. Segundo a autora, diante das mudanças econômicas, sociais e culturais que ocorrem ultimamente, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial se transformou num instrumento internacional importante para se defender os interesses desses grupos.

Outro autor que trabalha profundamente o tema patrimônio cultural é Casalta Nabais. O professor da Universidade de Coimbra faz um interessante estudo sobre o Patrimônio Cultural ao pretender sistematizar uma metodologia de estudos para uma disciplina de Pós-graduação sobre Direito do Patrimônio Histórico-Cultural. O patrimônio cultural é um assunto que envolve todos os membros da sociedade e não pode ficar restrito à atuação estatal. Diante disso, o autor busca analisar o patrimônio cultural e suas relações com o Direito e promover uma melhor proteção.

Inicialmente o professor português se questiona sobre qual o melhor termo a ser utilizado para a disciplina, uma vez que diversas línguas tratam o tema sob termos diferentes. Apesar de uma prevalência do termo patrimônio cultural, temos na língua inglesa o uso do termo herança (*heritage*) cultural ou até mesmo propriedade cultural (*cultural property*), na língua alemã temos bem cultural ou bens culturais (*Kulturgut* ou *Kuturgüte*). Para ele, os substantivos herança ou legado não são os mais adequados, pois passam a ideia de algo estático, relacionado à simples conservação e preservação para que as gerações futuras herdem tais bens. Essa ideia não condiz com o sentido dinâmico e a necessidade de valorização que se deve ter com os bens culturais. Propriedade cultural também não seria um termo apropriado, segundo Casalta Nabais (2010), uma vez que o substantivo propriedade passa a ideia de tratarmos apenas com bens materiais. Bens culturais também não é uma terminologia preferencial para o professor, pois enquanto bem cultural dá uma ideia de preocupação com os elementos internos e constitutivos, já o termo patrimônio é mais apto a tratar de forma global questões que envolvem a cultura[84].

O adjetivo "cultural" também prevalece na ideia do professor Casalta Nabais. Segundo ele, patrimônio histórico-cultural mostra algo mais restrito, passando-se a ideia que o patrimônio cultural se encerra naquele que possui uma natureza

[84] De acordo com Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas, o substantivo acervo seria mais conveniente que patrimônio. Além de patrimônio revelar um caráter econômico, a palavra acervo é mais ampla por envolve bens, materiais e imateriais, a posse ou a propriedade tanto de um indivíduo como de um grupo. O termo acervo também é associado aos usos, costumes e conhecimentos que foram adquiridos através de experiências. Porém os autores ponderam que o termo patrimônio, por já estar consagrado internacionalmente, deve ser o utilizado, mas tendo-se o cuidado do seu uso ser feito consoante o significado do termo acervo. MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216. CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1976 – 1985. p. 1982.

histórica relevante. Dessa forma, "cultural" mostra uma abrangência maior e mais aberta aos desenvolvimentos da cultura. Conforme declara Casalta Nabais:

> Pelo que o patrimônio cultural pode ser visto como um conjunto de bens culturais, um conjunto de bens imateriais (criações jurídicas) que, nuns casos, estão ancorados em suportes materiais (infungíveis ou fungíveis) e, noutros casos, não tem qualquer suporte material.[85]

O estudo do patrimônio cultural e de seus mecanismos de proteção necessita de certo cuidado. A proteção é necessária, mas não pode ser exagerada a ponto de ao final dessa ampliação termos uma proteção mais frágil, ou nas palavras de Casalta Nabais: "[...] uma pretensa protecção superlativa dos bens culturais pode, afinal de contas, redundar numa protecção bem menor ou mesmo numa desprotecção total desses mesmos bens"[86]. Ou seja, é necessária uma ponderação entre a valorização do patrimônio cultural e os demais valores constitucionais, como a propriedade privada, a vida privada e a liberdade religiosa.

Ao tratar especificamente do direito do patrimônio cultural, Casalta Nabais[87] cita quatro noções de patrimônio cultural que mostram aproximação com o Direito, que seriam o conceito de Pierre-Laurent Frier, o artigo 1º, da Lei do Patrimônio Cultural de Portugal, de 1985, o artigo 2º, da UNIDROIT, de 1985 e o artigo 2º, n. 1º, da atual Lei do Patrimônio Cultural de Portugal. Nas quatro noções apresentadas, percebe-se que a noção de patrimônio cultural é ligada à cultura, não é ampla e se opõe à noção de algo ligado à natureza. Após essas considerações, Casalta Nabais expõe sua definição de direito do patrimônio cultural. Para ele:

> Numa idéia aproximada, podemos considerar o direito do patrimônio cultural como um conjunto de normas de direito público – isto é, de normas de direito constitucional, de direito comunitário, de direito internacional e de direito administrativo (no qual se inclui, como ramo especial, o direito fiscal) -, que estabelecem, portanto, um regime de direito público, relativamente a um objecto específico, constituído pelos bens culturais. Bens estes que, sendo

[85] NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Património Cultural**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 21.
[86] NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Património Cultural**... p. 26.
[87] NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Património Cultural**... p. 37.

> testemunhos com valor civilizacional (na expressão da Comissão Franceschini), são sempre, em si mesmos, bens imateriais ou espirituais.[88]

Após essa definição, o autor promove um estudo aprofundado sobre a temática, abordando de forma pormenorizada os princípios gerais do direito do patrimônio cultural.

2.2 Definições e conceitos sobre os conhecimentos tradicionais

A discussão sobre os conhecimentos tradicionais tomou volume nos últimos anos. Grandes discussões entre países do "Norte" e do "Sul", questionamentos sobre a valorização das questões legais frente aos aspectos globais, principalmente nesse forte processo de globalização que se aprofundou principalmente a partir dos anos 60 e 70 do século passado. Aspecto extremamente relevante nesse debate e que provavelmente resolva uma série de problemas acerca dos conhecimentos tradicionais diz respeito a sua definição.

Autores como Gabriel Nemogá[89] afirmam que o conceito de conhecimentos tradicionais é o ponto final de uma série de discussões. Essa definição e a sua caracterização, porém, não são fáceis. Uma dessas dificuldades está no fato que o conhecimento tradicional muitas vezes é produzido e reproduzido através da oralidade. Como muitas comunidades tradicionais não fazem o registro escrito de suas práticas, pois o conhecimento delas muitas vezes se caracteriza por ser consuetudinário e repassado de geração para geração através de relatos orais[90], a

---

[88] NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Património Cultural**... p.50.

[89] É descendente do povo indígena Muisca, da Colômbia. Doutor em Ecologia (Universidade da Califórnia-Davis), mestre em estudos jurídicos (Universidade de Brunel, Reino Unido), sociólogo e advogado pela Universidade Nacional e Universidade Livre da Colômbia, respectivamente. Atualmente é professor da Universidade de Winnipeg, no programa de mestrado em Governo Indígena. Foi professor da Universidade Nacional da Colômbia, onde fundou o grupo de pesquisa PLEBIO e o mestrado em Biociências e Direito. Seu trabalho acadêmico e de pesquisa se concentra em sistemas normativos sobre a Biodiversidade, sistemas de conhecimentos tradicionais, educação indígena e, desde a Universidade de Winnipeg, pesquisa sobre a diversidade biocultural como novo enfoque para entender a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais. Informações presentes no site da Universidade de Winnipeg, Canadá, disponível em https://www.uwinnipeg.ca/indigenous-studies/faculty/gabriel-ricardo-nemoga-soto.html

[90] LEITE, Carla Vladiane Alves, ALMEIDA, Pedro de Paula Lopes. O conhecimento tradicional associado à biodiversidade: a proteção jurídica como valor essencial para a economia brasileira. In: WENCZENOVICZ, Thais Janaina, COSTA, Alexandre Bernardino, CUNHA, Leandro Reinaldo (coords.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2a5e1dc29759ed2> Acesso em: 13 maio 2017.

definição e a caracterização desse tipo de conhecimento não seguem, obviamente, o formato de registro escrito que é mais característico do conhecimento "ocidental" e que, portanto, é mais fácil de ser documentado e provado posteriormente. Por óbvio que o fato de serem produzidos e repassados de forma oral não impede a sua documentação e caracterização para posterior verificação da titularidade de sua produção. A caracterização sofre uma outra dificuldade também relevante que é a diversidade de grupos tradicionais pelo mundo e com características culturais diversas presentes em regiões geográficas com características também diferentes quanto a aspectos biológicos, principalmente animais e botânicos. Essa diversidade é, então, outro ponto que gera dificuldades na caracterização dos conhecimentos tradicionais. Vale ressaltar, mais uma vez, que essas peculiaridades dificultam, porém não impedem a caracterização desses conhecimentos e posterior verificação.

Gabriel Nemogá mostra também que a definição de conhecimentos tradicionais não é unânime e que, na verdade, está provocando muito mais conflitos, uma vez que as definições que são abordadas não tratam do conhecimento tradicional no seu aspecto integral. Segundo ele, as definições existentes não propiciam o diálogo e buscam muito mais tratar do acesso a recursos genéticos e a assuntos relacionados à propriedade intelectual para a busca de benefícios financeiros do que mostrar propriamente a visão dos grupos tradicionais. Ou seja, a preocupação mais imediata está diretamente relacionada aos possíveis ganhos de ordem econômica com os conhecimentos tradicionais, mas esses aspectos econômicos são apenas um dos aspectos presentes nos conhecimentos tradicionais. Para o professor da Universidade de Winnipeg, a concepção de conhecimento tradicional é mais integral, por isso é importante que as comunidades indígenas e tradicionais sejam levadas em conta e que tenham suas formas de vida e seus sistemas de conhecimentos tradicionais respeitados. Dessa forma, é importante, por exemplo, considerar a questão territorial, uma vez que o reconhecimento e o desenvolvimento dos conhecimentos tradicionais acontecem principalmente com questões relacionadas ao território, por isso é importante proteger a terra desses grupos.

O conhecimento tradicional para se reproduzir e se difundir pela comunidade local necessita, em muitas situações, ter uma aplicação prática para o grupo. E esse emprego prático muitas vezes está ligado a resolver problemas relacionados à

interação entre homem e natureza, naquela idéia que a subsistência do grupo está conectada com a sua interação com o mundo natural (e muitas vezes agressão à natureza, o que é visto, segundo alguns grupos, com o nascimento de um filho ou a busca de alimentos, por exemplo). Essa aplicação prática muitas vezes é feita no território ocupado por esse grupo local, utilizando-se de animais e plantas presentes nesse território, de acordo com dificuldades muitas vezes impostas por questões geográficas, como clima, tipo de solo e relevo. Ao se mudar o local de vida desses grupos locais, muitas vezes esses conhecimentos tradicionais param de ser difundidos. Daí a importância de se respeitar o território desses grupos para se garantir a proteção desses conhecimentos. Ou seja, além do domínio da teoria, é necessário se conhecer os territórios onde os conhecedores e guardiães dos conhecimentos ancestrais vivem, para dessa forma se poder proteger seus modos de vida[91-92].

É igualmente fundamental garantir um consentimento prévio, livre e informado desses grupos através de uma consulta pública para que o conhecimento tradicional seja de fato protegido, para que a comunidade que o produziu tenha oportunidade de dialogar, de mostrar o seu ponto de vista que é reflexo de sua cosmovisão e de sua forma de vida.

Rodrigo de La Cruz[93] relata que uma das dificuldades em se definir os conhecimentos tradicionais está no fato deles refletirem cosmologias diversas, muitas vezes relacionadas a geografias diferentes dos territórios em que os grupos tradicionais vivem. Definir os conhecimentos tradicionais seria algo complexo, pois cada grupo possui uma configuração diferente para perceber os ecossistemas presentes em seus territórios, além de formas distintas de trabalhar os recursos

---

[91] NEMOGÁ, G. R. **Investigación Genética y Política sobre Biodiversidad: Espacios para el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural**. Colección resultados de investigación. Bogotá: Ibañez Editores, 2013.

[92] NEMOGÁ, G. R. **Negociación Contratos de Acceso, Conocimiento Tradicional y Comunidades Locales**. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2004. 54 pág. (Serie Documentos de Investigación. Recursos Genéticos, Conocimiento y Derechos No. 2).

[93] Rodrigo de la Cruz pertence à aldeia indígena Kichwa/Kaambi do Equador. Com mestrado em direitos de propriedade intelectual, ocupou cargos importantes como especialista em Propriedade Intelectual, Biodiversidade, Mudanças Climáticas e Conhecimento Tradicional na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO), Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), Fórum Permanente da ONU sobre Povos Indígenas, União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), Cooperação Técnica Alemã (GIZ), entre outros. Informações retiradas do site https://events.globallandscapesforum.org/speaker/rodrigo-de-la-cruz/

naturais a seu alcance e as suas relações com medicamentos tradicionais e com a alimentação, a forma de proteção e conservação da biodiversidade e os meios de transmissão desses conhecimentos para as gerações futuras.[94]

Há um questionamento entre os antropólogos sobre como fazer essa compreensão a partir de diferenças culturais profundas, principalmente se baseadas em cosmovisões diversas. Essas cosmovisões diferentes podem dar a idéia que os grupos sociais vivem realidades totalmente distintas. Vejamos o caso dos espíritos das plantas, por exemplo, que é algo relativamente comum na cosmologia de determinados grupos indígenas, porém, não são reconhecidos por membros de outros grupos sociais, como farmacêuticos e demais pesquisadores da indústria de medicamentos. Não compreender a cosmologia do outro pode gerar dificuldades instransponíveis para se entender assuntos de interesses de ambos os grupos.

Ian Vincent McGonigle[95] cria então o conceito de pluralismo ontológico ("ontological pluralism") como forma de se entender essas diferentes cosmovisões, permitindo que existam trocas simétricas entre cosmovisões diferentes e dessa forma, numa postura hermenêutica sob o ponto de vista nativo, os grupos diversos possam se compreender melhor.

> Ontological pluralism means taking seriously the visions and claims that sustain indigenous worlds, even if they conflict with normative assumptions and understandings. For anthropology, this involves the consideration of local ethnographic facts with parity to scientific facts. In taking equally seriously, the ontological status (culturally mediated existence) of indigenous plant spirits and local imaginations of nature, parties will face the challenge of incorporating ambiguous entities in their trade
> agreements. This entails the proposition of engaging in 'symmetrical' exchanges60 with non-modern cosmologies and their various way of knowing nature, affording local entities legal status of protection. Such a prospect of adopting 'ontological pluralism', that is seeing things through native eyes, and deciding what exists based on local understanding, in relation to protecting

94 Palestra de Rodrigo de La Cruz durante o ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

95 MCGONIGLE, Ian Vincent. Patenting nature or protecting culture? Ethnopharmacology and indigenous intellectual property rights. **Journal of Law and Biosciences**. (2016) 3 (1): 217-226. DOI: <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw003>. p. 217-226.

> indigenous intellectual property also necessitates a re-thinking of the effectiveness of IPR and their ability to recognize and protect non Western phenomena.[96]

Conceitos como esse de pluralismo ontológico são importantes quanto tratamos com a inter-relação entre culturas diferentes. Atualmente, o diálogo entre culturas diferentes tende a se tornar mais frequente. No campo da inovação e do direito da propriedade intelectual, esse diálogo pode proporcionar um maior reconhecimento ao caráter inovador dos conhecimentos tradicionais. As críticas que são feitas ao sistema de propriedade intelectual por aqueles que defendem a visão indígena, por exemplo, segundo Antony Taubman, tem colaborado para tentar deixar sistema de proteção de propriedade intelectual mais plural e representativo, articulando propriedade intelectual e o interesse de povos indígenas e comunidades tradicionais. Como afirma Taubman:

> For those working within traditional knowledge systems, or in other policy domains, it is very helpful and timely to revisit such assumptions about the IP system, assumptions that may be self-imposed limitations and unwitting impediments to new avenues for promoting and defending the interests of indigenous peoples and local communities. This is the essential challenge: to explore fundamental ideas about IP that are not constrained by these limitations, but rather offer practical pathways to meeting, in part at least, the needs and expectations articulated by indigenous communities. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples has, in setting out the rights of peoples as such, articulated their entitlements concerning IP.[97]

Edson Beas Rodrigues Júnior[98], que faz profundo trabalho sobre a tutela dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore, tem uma preocupação conceitual bem interessante, buscando definir, por exemplo, desenvolvimento sustentável para estudar a tutela dos recursos da biodiversidade.

---

[96] MCGONIGLE, Ian Vincent. Patenting nature or protecting culture? Ethnopharmacology and indigenous intellectual property rights. p. 225.
[97] TAUBMAN, Antony. Indigenous Innovation: New Dialogues, New Pathways. In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. xvi-xvii.
[98] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...**

A sua definição de desenvolvimento sustentável aborda os pilares desenvolvimento humano, conservação ambiental, desenvolvimento econômico e diversidade cultural. Dessa forma, esse autor tenta se afastar de possíveis propostas conceituais ingênuas e busca harmonizar os interesses das comunidades locais de países em desenvolvimento com o interesse das sociedades industrializadas dos países do "norte". Esse padrão de definição tratada por Edson Beas Rodrigues Júnior também é adotado por ele ao definir Patrimônio Biocultural Imaterial (PBI). Segundo esse autor, os PBIs compreendem três tipos de categorias de Recursos Bioculturais Imateriais (RBI), que seriam os conhecimentos tradicionais associados ou não à biodiversidade, os recursos da biodiversidade e as expressões culturais tradicionais. Vejamos:

> Os RBIs apresentam quatro dimensões comuns, que os irmanam: (i) sua natureza informacional (dimensão imaterial); (ii) as fontes humanas que os geraram e conservam (dimensão humana); (iii) o arcabouço cultural diferenciado, que direciona as comunidades locais a se conduzirem de maneira à desenvolvê-los incessantemente a conservá-los para as futuras gerações (dimensão cultural); e (iv) o substrato natural, que sustenta a vida física e cultural das comunidades locais (dimensão ambiental).[99]

Edson Beas Rodrigues Júnior traz algumas questões relevantes sobre a definição dos conhecimentos tradicionais e que precisam ser abordadas. Além de dizer o que são os conhecimentos tradicionais, é importante mostrar o que não é conhecimento tradicional, pois muitas vezes esse tipo de conhecimento é confundido com outros saberes, uma vez que até o adjetivo "tradicional" da expressão conhecimento tradicional gera algumas dúvidas em leitores mais desavisados ou mesmo em alguns pesquisadores. Para esse autor, os conhecimentos tradicionais que na prática são os mais relevantes seriam aqueles associados aos recursos da biodiversidade, principalmente os relacionados à agrobiodiversidade e aos de uso medicinais, ou seja, aqueles que envolvem questões de ordem alimentar, como frutas, verduras e demais alimentos que permitem a existência humana, assim como os conhecimentos tradicionais atrelados a aspectos medicinais, esses últimos

[99] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...** p. 21.

com uma relevância econômica e social principalmente com o desenvolvimento de outras tecnologias nos anos mais recentes.

Além do aspecto econômico, há outros aspectos que precisam ser considerados, como o social e até mesmo o espiritual. Essa é outra dificuldade em se trabalhar os conhecimentos tradicionais, pois eles não possuem apenas aspectos relacionados à ordem prática e, nos termos da sociedade ocidental, com valor econômico atrelado. Há também diversos conhecimentos tradicionais que não possuem uma relação prática com a saúde física e com a sobrevivência "material" do corpo, mas mesmo assim são transmitidos de geração para geração e que precisam ser igualmente protegidos, pois são relevantes culturalmente para o grupo.

Edson Rodrigues Júnior deixa claro que nem todos os conhecimentos tradicionais são atrelados à biodiversidade e nem todos os detentores de conhecimentos tradicionais são grupos indígenas. Segundo esse autor, a titularidade de seus detentores é um aspecto extremamente importante para a definição e caracterização dos conhecimentos tradicionais. Ou seja, os conhecimentos tradicionais são de titularidade de grupos que possuem certas características comuns, como o fato de serem culturalmente diversos, marginalizados pela sociedade ocidental e que seguem as tradições passadas de geração para geração, extraindo a sua subsistência do meio ambiente, mas podendo se utilizar das demais tecnologias.

O adjetivo "tradicional", apesar de sugerir que o conhecimento foi transmitido pela tradição a partir de tempos imemoriais, nem sempre indica que o conhecimento tradicional tenha como característica essa idéia que o termo possa inicialmente aludir. O termo "tradicional" na verdade sugere sim uma relação entre o conhecimento produzido pelo grupo diferenciado culturalmente com as tradições desse mesmo grupo. Nas palavras do autor, "é tradicional aquele conhecimento gerado e utilizado como parte das tradições de um determinado grupo"[100]. Dessa forma, há conhecimentos tradicionais produzidos em vários momentos das comunidades locais e podem ser contemporâneos, apesar de tradicionais, e estão interligados com as tradições passadas do grupo e com a sobrevivência futura das

[100] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...** p. 40.

próximas gerações. Edson Beas Rodrigues Júnior [101] também percebe a característica holística dos conhecimentos tradicionais, pois eles refletem a cosmovisão do grupo tradicional que o detém e a vida, segundo os grupos tradicionais, está interligada com diversos fatores, como natureza, a espiritualidade e o ser humano de forma mais integral. A própria inovação no âmbito do conhecimento indígena é reflexo dessa cosmovisão associada muitas vezes a questões territoriais. E mesmo aqueles que defendem um sistema de proteção com base na propriedade intelectual percebem a complexidade da situação. Como afirmam Peter Drahos e Susy Frankel:

> [...] indigenous innovation is often place-based innovation that is cosmologically linked to land and an indigenous group's relationship with that place, rather than to laboratories. Supporting indigenous innovation requires an integrated model of IP rights, real property, and traditional law and customs. That poses a challenge for Western legal traditions that have over a long period parsed property into finely grained taxonomies of real and personal property rights, the latter underpinning complex processes of securitisation in early, middle and late capitalism.[102]

Esse conhecimento tradicional ainda é compartilhado na comunidade, o que permite a sua conservação e aprofundamento constante. Esse compartilhamento segue as normas sociais internas do grupo, e com a difusão esses conhecimentos interligam o contexto social e cultural, auxiliando na união social e o sentimento de pertencimento por compartilhar esse conhecimento comum do grupo[103]. Segundo o autor,

> Em síntese, a expressão 'conhecimento tradicional' compreende inovações, conhecimentos e práticas técnicas, altamente especializados, portadores de características que os diferenciam dos conhecimentos técnicos desenvolvidos

---

[101] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...**

[102] DRAHOS, Peter Drahos, FRANKEL, Susy. Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property: The Issues. In: In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. 2-3

[103] IMAI, Shin. Pueblos Indígenas en Canadá: Libre Determinación y Derechos a la Tierra (Indigenous Peoples in Canada: Self Determination and Rights to Land). (2013). In: **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper No. 2/2013. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/251> Acesso em 11 mai 2017.

> no âmbito da sociedade ocidental.[104]

Mauro W. B. Almeida e Manuela Carneiro da Cunha[105], ao tratarem dos conhecimentos tradicionais, fazem uma relação com a conservação ambiental e conceituam conhecimentos tradicionais de forma analítica. Os autores também confirmam a valorização que os conhecimentos tradicionais tiveram nos últimos anos. De "entraves ao desenvolvimento", como eram vistas as comunidades tradicionais na Amazônia na década de 1970 do século passado, esses grupos começaram a ser vistos como modelos na modernidade a partir da associação entre esses grupos, os conhecimentos tradicionais e a conservação ambiental. Dessa forma, os grupos indígenas e tradicionais que eram fortemente combatidos na região amazônica passaram a ter uma importância maior a partir da idéia de atrelar os seus modos de vida à conservação da floresta. O primeiro passo desses autores, portanto, foi definir o que são essas populações tradicionais que são produtoras dos chamados conhecimentos tradicionais. E na definição do que são esses grupos, algumas características são fundamentais, pois estão relacionadas à sua identidade cultural e conseqüentemente aos seus modos de vida. A definição ainda é recente, mas já conta com grupos extremamente representativos, como é o caso dos seringueiros e castanheiros da Amazônia, grupos de coletores de Santa Catarina, quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e do Piauí, os Fundos de Pasto[106] da Bahia e de grupos quilombolas. Em comum, está uma relação muito forte com o território a que pertencem. Uma característica comum a todos esses grupos é uma história ligada ao baixo impacto ambiental de suas atividades e uma preocupação em manter o território que ocupam. Segundo Paul Little:

> Os territórios dos povos tradicionais se fundamentam em décadas, em alguns casos, séculos de ocupação efetiva. A longa duração dessas ocupações fornece um peso histórico às suas reivindicações territoriais. O fato de que seus territórios ficaram de fora do regime formal de propriedade da Colônia, do

---

[104] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...** p. 43.
[105] ALMEIDA, Mauro W. B., CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e conservação ambiental. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 277-300.
[106] FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio; BURSZTYN, Marcel. **Tradição e territorialidade nos fundos de pasto na Bahia: do capital social ao capital político**. In: IV Encontro Nacional da Anppas, 2008, Brasília. Anais do IV Encontro Nacional da Anppas, 2008. v. 1. p. 1-16.

> Império e, até recentemente, da República, não deslegitima suas reivindicações, simplesmente as situa dentro de uma razão histórica e não instrumental, ao mesmo tempo em que mostra sua força histórica e sua persistência cultural. A expressão dessa territorialidade, então, não reside na figura de leis ou títulos, mas se mantém viva nos bastidores da memória coletiva que incorpora dimensões simbólicas e identitárias na relação do grupo com sua área, o que dá profundidade e consistência temporal ao território.[107].

Dessa forma, o fortalecimento das populações tradicionais passa pela preservação e manutenção dos seus territórios, afinal de contas, o conhecimento tradicional para se difundir precisa de uma aplicação prática e essa utilidade prática é atrelada às características do território ocupado por esses grupos[108].

Para a conquista do território, diversas comunidades tradicionais buscam uma identidade que muitas vezes é formada a partir de práticas tradicionais. Essa é uma estratégia utilizada para se ter o controle do território. Mas há situações em que, em vez de se reportarem a um passado histórico, os diacríticos identitários dessas comunidades muitas vezes foram inventados, no sentido descrito por Eric Hobsbawn e Terence Ranger, em seu "A invenção das tradições"[109].

A identidade das comunidades tradicionais é algo cada vez mais relevante para se construir um capital político capaz de garantir direitos territoriais e direitos culturais. A partir de estudos feitos sobre os grupos dos Fundos de Pasto da Bahia, Luiz Antonio Ferraro Júnior e Marcel Bursztyn [110] identificaram algumas características presentes em comunidades tradicionais. São as seguintes: a) ligação

---

[107] LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. **Série antropológica 322**. Brasília: UnB, 2002. p. 11.

[108] Cabe ressaltar que a lei n° 13.445/17, a chamada nova lei brasileira de migração, teve dispositivo que tratava sobre as terras dos povos indígenas e populações tradicionais vetado. Segundo o seu artigo 1°, § 2°:

§ 2º São plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, em especial o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas.

O veto presidencial desse dispositivo fundamentou-se na defesa do território nacional e na soberania. De acordo com as razões do veto:

O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.

[109] HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

[110] FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio; BURSZTYN, Marcel. **Tradição e territorialidade nos fundos de pasto na Bahia: do capital social ao capital político**. In: IV Encontro Nacional da Anppas, 2008, Brasília. Anais do IV Encontro Nacional da Anppas, 2008. v. 1. p. 1-16.

com territórios de ancestrais; b) auto/hetero identificação; c) linguagem própria; d) instituições sociais e políticas tradicionais; e) maior parte de sua produção voltada para a subsistência.

No que diz respeito a terras indígenas, vale ressaltar que o artigo 231 da Constituição Federal Brasileira traz várias proteções[111]. Alguns aspectos ligados a esses territórios são tratados também em leis infraconstitucionais e em constituições estaduais, mas esse tema específico será abordado adequadamente mais à frente neste trabalho.

A literatura mostra vários exemplos etnográficos da interação entre grupos tradicionais e territórios, além de severos conflitos envolvendo questões sobre territorialidade. Na Venezuela temos um claro exemplo dessa interação e preservação do território promovidas por grupos indígenas e tradicionais. A política de desenvolvimento da Venezuela, principalmente com a ocupação da sua região sul através do Programa de Desarrollo del Sur (conhecido como "La conquista del Sur"), por questão de segurança ou devido a ameaças do narcotráfico e da biopirataria, alterou significativamente os modos de viver e de fazer dos povos indígenas e tradicionais daquela região, além de trazer conseqüências negativas para o meio ambiente. Além dos conflitos territoriais, o deslocamento desses grupos dos territórios ocupados tradicionalmente para centros mais povoados alterou a dinâmica social e econômica da região, que passou a ser ocupada por população "criolla" para realizar as atividades agropecuárias e por indústrias de prospecção de Bauxita que provocaram uma séria degradação ambiental.[112]. Da mesma forma, há uma ampla degradação na mesorregião do Alto Solimões, na fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru, devido à ação ilegal de empresas mineradoras, madeireiros, grileiros e garimpeiros nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e outros grupos tradicionais, como comunidades agroextrativistas.[113]

---

[111] Cf. RICARDO, Beto. A Sociodiversidade nativa contemporânea no Brasil e a biodiversidade da Amazônia. In: CAPOBIANCO, João Paulo et al (org.) **Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefício**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2001. p. 202 e ss.

[112] MARIN, Rosa Acevedo. Entre a fronteira Venezuela-Brasil, os territórios de povos indígenas e de comunidades tradicionais. **Cienc. Cult**. [online]. v. 65, n.1, 2013. pp. 27-30. ISSN 0009-6725. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v65n1/a12v65n1.pdf.. Acesso em 07 mai 2017.

[113] SILVA, Reginaldo Conceição da. Conflitos por terra e água no Alto Solimões envolvendo povos e comunidades tradicionais**. Cult.**, São Paulo, v. 65, n. 1, Jan. 2013. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252013000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 maio 2017.

É importante ressaltar que Manuela Cunha e Mauro W. B. de Almeida[114] fazem uma diferenciação entre as "populações tradicionais" e as "populações indígenas". Segundo eles, a categoria populações tradicionais não inclui populações indígenas, por isso eles tratam de "populações indígenas e tradicionais". Uma diferença apresentada pelos autores diz respeito à forma com se lida com o território, pois se há uma preocupação com a conservação ambiental por parte das populações tradicionais, essa conservação não é fundamento para os direitos territoriais indígenas, conforme a legislação brasileira[115]. Populações tradicionais seriam então:

> [...] populações tradicionais são grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar (prática e simbolicamente) uma identidade pública conservacionista que inclui algumas das seguintes características: uso de técnicas ambientais de baixo impacto, formas equitativas de organização social, presença instituições com legitimidade para fazer cumprir suas leis, liderança local e, por fim, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados.[116]

Alfredo Wagner Berno de Almeida[117] também mostra preocupação com os conflitos que envolvem os grupos tradicionais e a sua interação com o território. Para ele, a questão econômica relacionada à expansão do agronegócio provocou uma reestruturação das questões de terra, com a conseqüente usurpação de direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais, principalmente em regiões de fronteiras, como aquelas em que o Brasil faz limite com a Guiana Francesa, com o Peru, com a Venezuela e com a Bolívia. Os desmatamentos, as devastações ilegais das florestas, as atividades de mineração e as queimadas provocam o deslocamento

---

[114] ALMEIDA, Mauro W. B., CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e conservação ambiental. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 277-300.
[115] ALMEIDA, Mauro W. B., CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e conservação ambiental... p. 279.
[116] ALMEIDA, Mauro W. B., CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e conservação ambiental... p. 300.
[117] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas. 1.º vol**. Manaus: Programa de Pós-Graduação da Universidade do Amazonas – uea / Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura da Amazônia / Fundação Ford / Fundação Universidade do Amazonas, 2008a. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombos, terras indígenas "babaçuais livres", "castanhais do povo", faxinas e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. 2.ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008b. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. **Cienc. Cult**. [online]. v. 65, n.1, 2013, pp. 22-23.

dessas populações e faz surgir severos conflitos como os que envolvem os "povos indígenas isolados", "os brasiguaios", os seringueiros brasileiros na Bolívia ou mesmo os garimpeiros brasileiros na Venezuela.

Sobre esse tipo de deslocamento de populações, Saskia Sassen[118] trata-o como expulsões, e não migrações, pois esses processos são brutais e feitos sob condições familiares extremas. Para a autora, a aquisição de terras e o processo de expulsão dos moradores possui vários motivos atualmente, e entre eles, a biotecnologia:

> The acquisition of local land by foreign governments and foreign firms is a centuries- old process in much of the world. But we can detect specific phases in the diverse histories and geographies of such acquisitions. A major such shift began in 2006, marked by a rapid increase in the volume and geographical spread of foreign acquisitions, as well as the diversity of the buyers. More than 200 million hectares of land are estimated to have been acquired from 2006 to 2011 by foreign governments and firms. Much of the purchased land is in Africa, but a growing share is now in Latin America and, a first since the post– World War II era, in several countries in Europe and Asia, notably Russia, Ukraine, Laos, and Vietnam. Finally the buyers are increasingly diverse, including purchasers from countries of origin that range from China to Sweden, and firms from sectors as different as biotechnology and finance.[119]

No caso das expulsões de pequenos agricultores envolvidos em conflitos territoriais, como esses citados por Alfredo Wagner Berno de Almeida[120], a consequência será a degradação das terras, de sua fauna e flora, e muitos desses agricultores se deslocarão e irão inflar as grande cidades, infelizmente vivendo amontoados nas periferias e gerando mais problemas urbanos:

> Finally, flora and fauna are expelled to make room for monocultures. All this brings degradation of the land and the earth itself, through loss of diversity of nutrients and of insect life. After a few decades, the land will be exhausted,

[118] SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy.** Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2014.
[119] SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy**...p. 80.
[120] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas...** ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. **Cienc. Cult**...

> clinically dead, as we have seen in older plantation zones in Central America, the Caribbean, and parts of Africa. In the very long term the land may recover, but the descendants of the expelled farmers and rural manufacturers will most likely not benefi t, and instead find themselves living in crammed slums at the edges of large cities.[121]

Alfredo Wagner Berno de Almeida também demonstra uma preocupação terminológica e conceitual com os chamados conhecimentos tradicionais. Esse antropólogo, ao abordar os conhecimentos tradicionais, traz o seguinte posicionamento:

> E o que são estes conhecimentos nativos também cognominados de "conhecimentos tradicionais" e de "saberes locais"? Eles não se restringem a um mero repertório de ervas medicinais. Tampouco consistem numa listagem de espécies vegetais. Em verdade, eles compreendem as fórmulas sofisticadas, o receituário e os respectivos procedimentos para realizar a transformação. Eles respondem a indagações de como uma determinada erva é coletada, tratada e transformada num processo de fusão.[122]

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO) trabalha os conhecimentos tradicionais sob três aspectos diferentes[123]:

a) conhecimentos tradicionais em sentido estrito, que seriam conhecimentos técnicos especializados, práticas e inovações relacionadas, como é o caso dos conhecimentos relacionados à biodiversidade, à agricultura e à saúde;

b) as expressões culturais tradicionais / expressões do folclore, como a música e a arte, por exemplo;

c) e os recursos genéticos, que seria o material genético encontrado em plantas e animais.

Para a OMPI/WIPO, conhecimento é "tradicional" não por ser antigo, mas por ser um conhecimento que está vinculado a uma comunidade tradicional, que

---

[121] SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy**...p. 82.
[122] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas**... p. 14.
[123] OMPI. **Reseña n. 1. Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual**. Genebra: OMPI, 2016b. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2016. p. 2.

realiza sua manutenção e difusão interna de geração a geração [124]. Esse conhecimento é criado e também preservado num contexto tradicional, parte da identidade cultural ou espiritual desse grupo, que segue normas sociais, inclusive acerca do uso e da transmissão desses conhecimentos. A comunidade tradicional[125] funcionará semelhantemente a um guardião da memória[126] desses conhecimentos para gerações futuras.

Se o sistema de proteção da propriedade internacional se desenvolveu durante o período de forte industrialização, em acordo com sociedades "avançadas" tecnologicamente, durante os anos mais recentes, a OMPI/WIPO foi instada por povos, indígenas, comunidades tradicionais e por governos de países em desenvolvimento a criar uma forma de proteção equivalente para os chamados conhecimentos tradicionais.

A OMPI/WIPO mostrou que os membros de uma comunidade tradicional podem se utilizar do aparato da OMPI para proteger suas inovações. Todavia, muitos conhecimentos tradicionais seguem regras sociais consuetudinárias, normalmente informais e passadas oralmente, o que dificulta a proteção pelo sistema convencional de proteção da Propriedade Intelectual. Devido a isso, alguns países possuem regras internas para proteger tais conhecimentos e que respeitam os princípios e valores do sistema de proteção da propriedade intelectual.[127].

Durante a 16ª e 17ª sessões da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 2010, o Comitê Intergovernamental sobre a Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicional e Folclore – CIG - pediu que a Secretaria da OMPI organizasse três glossários com os principais termos utilizados com a propriedade intelectual, os recursos genéticos, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais. Posteriormente, a Secretaria da OMPI sintetizou esses três glossários num único e atualizou o significado dos termos descritos nele. No anexo desse documento, constam os termos mais importantes, entre eles a definição, segundo a OMPI, de conhecimentos tradicionais:

---

[124] ABERCROMBIE, T. **Pathways of memory and power**. Madison: The Univ. of Wisconsin Press, 1998.
[125] HALBWACHS, M**. On collective memory**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1984.
[126] CONNERTON, P. **Como as sociedades recordam**. Celta Editora, Lisboa, 1999.
[127] OMPI. **Reseña n. 1. Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual**. p. 2.

> El término 'conocimientos tradicionales', como descripción amplia de la materia, incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso). Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren al contenido de los conocimientos propiamente dichos y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales.
>
> En el ámbito internacional, por 'conocimientos tradicionales' se entiende, en sentido estricto, conocimientos en sí, en particular, originados como resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, comprendiendo conocimientos técnicos, prácticas, aptitudes e innovaciones. Los conocimientos tradicionales pueden darse en una gran variedad de contextos, incluidos los medicamentos y remedios medicinales, conocimientos relacionados con la biodiversidad, etcétera.[128]

O glossário é um documento a mais sobre os conhecimentos tradicionais e traz a definição que é utilizada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI. Além desse termo, vários outros são listados, mas a OMPI deixa claro que a intenção do glossário é ser um instrumento apenas informativo e que não houve um acordo com todos os membros do Comitê (CIG) sobre a definição dos termos e nem mesmo para se escolher quais seriam os mais importantes e, portanto, deveriam constar no glossário. Se a definição e as características dos conhecimentos tradicionais trazem uma ampla discussão, não é diferente a comparação e diferenciações feitas entre os conhecimentos tradicionais e o conhecimento científico. Essas diferenças serão tratadas a seguir.

2.2.1 Conhecimentos tradicionais e conhecimento científico

Uma discussão que envolve a definição sobre o que seriam conhecimentos tradicionais é aquela que os relaciona com o conhecimento científico. Uma vez que se percebe que os conhecimentos tradicionais também possuem um caráter técnico

[128] OMPI. **Reseña n. 1. Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual**. p. 41.

e não apenas aqueles de natureza prática, caracterizar esse conhecimento epistemologicamente[129] tem sua razão de ser e produz consequências importantes no debate que se coloca como pano de fundo à discussão dos conhecimentos tradicionais. A relação entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional é envolvida de uma discussão ideológica, mas também uma discussão de ordem técnica e conceitual. A discussão ideológica está relacionada a um jogo de poder, principalmente para se saber qual dos conhecimentos teria mais autoridade[130]. Afinal, "a história das ciências é um tecido de juízos implícitos sobre o valor dos pensamentos e das descobertas científica. O papel da epistemologia é de explicitá-los".[131]

Ao envolver aspectos relacionados à repartição dos benefícios a partir dos resultados, por exemplo, não seria de se estranhar a descrença no conhecimento tradicional por profissionais da área da farmacologia e da biologia sintética. Por envolver questões sociais, econômicas e culturais muito mais profundas, principalmente tendo como pano de fundo disputas entre países do "Norte" e países do "Sul" frente ao processo de globalização[132] (inclusive no seu aspecto cultural[133]) em que vivemos, essa briga ideológica tem muito espaço para acontecer.[134]

---

[129] HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[130] "O papel singular que os povos e comunidades indígenas e camponesas têm desempenhado na sua preservação é hoje reconhecido com suspeita unanimidade. Aliás, o papel do conhecimento destes povos 'inferiores' não se limita à conservação da diversidade biológica da terra. Para além disso, é hoje aceite estar na base de muitos dos nossos alimentos e medicamentos. Trata-se, pois, de conhecimento importante pelo passado que nos legou e pela utilidade que tem hoje. Mas, como mostro a seguir, nada disto tem servido para mudar o paradigma das relações entre conhecimentos ou entre povos. Pelo contrário, o 'novo' reconhecimento do Outro transforma-se em mais uma versão do 'velho' processo colonial de o transformar em recurso a ser explorado." SANTOS, Boaventura de Souza. **Gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 302.

[131] JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992. p. 12.

[132] Segundo Boaventura de Souza Santos, "[...]a globalização é a expressão de uma hierarquia entre o centro e a periferia do sistema mundial num contexto em que a invisibilidade das colónias entregues "à guarda" do centro deu lugar à proliferação de actores estatais e não-estatais, constituídos no âmbito das relações desiguais entre o centro e a periferia, entre o Norte global e o Sul global, entre incluídos e excluídos." SANTOS, Boaventura de Souza. **Gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 144.

[133] Sobre a globalização cultural, Boaventura de Sousa Santos aspectos relevantes: "A globalização cultural assumiu um relevo especial com a chamada 'viragem cultural' da década de oitenta, ou seja, com a mudança de ênfase, nas ciências sociais, dos fenômenos sócio-económicos para os fenómenos culturais. A 'viragem cultural' veio reacender a questão da primazia causal na explicação da vida social e, com ela, a questão do impacto da globalização cultural. A questão consiste em saber se as dimensões normativa e cultural do processo de globalização desempenham um papel primário ou secundário. (2005, p. 44)

[134] Sobre a autoridade do conhecimento e a punição dos pensadores, Hilton Japiassu assim escreve "...Galileu teve que pagar um preço elevado por sua ousadia em desafiar a prepotência do saber oficial, escudado na força da Tradição e na 'violência' das Autoridades. Assim como Sócrates foi

Envolta nessa discussão de ordem ideológica, temos uma discussão de ordem técnica e conceitual. Afinal, um dos conceitos mais divergentes que tivemos na história moderna foi o de Ciência. O filósofo da ciência Hilton Japiassu, precursor dos estudos da interdisciplinaridade no Brasil [135] e que ao lado de Georges Gusdorf [136], precursor da interdisciplinaridade no mundo e um dos maiores estudiosos da temática, auxilia-nos nessa preocupação conceitual do conhecimento.

Os conhecimentos tradicionais muitas vezes são chamados de saberes tradicionais. O termo "saber", atualmente, apresenta um sentido mais amplo que o de "ciência". Para Hilton Japiassu,

> a) É considerado *saber*, hoje em dia, todo um conjunto de conhecimentos metodicamente adquiridos, mais ou menos sistematicamente organizados e susceptíveis de serem transmitidos por um processo pedagógico de ensino;
> b) Por ciência, no sentido atual do termo, deve ser considerado o conjunto das aquisições intelectuais, de um lado, das matemáticas, do outro, das disciplinas do lado natural e empírico, fazendo ou não uso das matemáticas, mas tendendo mais ou menos à matematização.[137]

Deve-se ter em mente também o chamado pré-saber, presente, por óbvio, antes do saber e antes mesmo da uma disciplina científica. "Todo saber humano relaciona-se a um pré-saber" e esses pré-saberes ou pré-noções estão presentes na cultura, são representações esquemáticas, frutos das práticas e vistas como primeiras opiniões.[138]

Claude Lévi-Strauss, em "Pensamento Selvagem" [139], estudou, através de fontes de etnógrafos, as características do pensamento de indivíduos pertencentes a sociedades de tecnologia simples[140]. Ele chama esse tipo de pensamento de ciência

---

condenado por corromper a juventude de seu tempo, que Galileu teria que ser condenado, pois ninguém mais do que ele semeou ou 'terrorismo intelectual' e a 'corrupção da Inteligência'. Prometeu já havia sido condenado por ter ousado roubar o fogo divino. Não estava Galileu tentando roubar o fogo da sabedoria divina sobre o mundo? Os guardiães patenteados dessa sabedoria não poderiam tolerar essa subversão" (JAPIASSU, 1982, p. 26-27)

[135] JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

[136] GUSDORF, Georges. Reflexões sobre a interdisciplinaridade. **Revista Convivium**, 01-85. p. 19-50, 1985.

[137] JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**... p. 15-16.

[138] JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**...

[139] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1976.

[140] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 39.

do concreto e, no livro, descreve a predisposição que as comunidades tradicionais possuem na busca de conhecimento no *habitat* em que vivem. Vai mais longe. Além de demonstrar uma série de argumentos tendenciosos e equivocados sobre o pensamento de grupos de tecnologia mais simples, Lévi-Strauss traz uma comparação com o pensamento científico.

Uma das falácias que, através de exemplos etnográficos, Lévi-Strauss demonstra estar equivocada é aquela que afirma que os indígenas só conceituam conhecimentos que lhes são úteis. Ao analisar diversas situações etnográficas dos "selvagens", prescreve: "De tais exemplos, que se poderiam tirar de todas as regiões do mundo, concluir-se-ia, de bom grado, que as espécies animais e vegetais não são conhecidas na medida em que sejam úteis; elas são classificadas úteis ou interessantes porque são primeiro conhecidas."[141]

Outra afirmação que comumente era atribuída aos indígenas de forma indevida seria a utilização por eles de termos menos abstratos, o que serviria para mostrar uma ideia de baixa capacidade intelectual. Lévi-Strauss também mostra através de exemplos etnográficos não ser verdadeira essa ilação:

> Os produtos naturais, utilizados pelos povos siberianos para fins medicinais, ilustram, por sua definição precisa e pelo valor específico que lhes é dado, o cuidado, a inventiva, a atenção à minucia, a preocupação das distinções que deve ter empregado os observadores e teóricos, nas sociedades desse tipo;[142]

O aspecto mais importante para esse trabalho é a comparação que Lévi-Strauss faz entre o conhecimento tradicional, a chamada ciência do concreto, e o pensamento científico. Para o antropólogo, o pensamento dos povos de tecnologia simples é objetivo, lógico e racional, como se percebe na afirmação abaixo:

> Para transformar uma erva silvestre em planta cultivada, um animal selvagem em doméstico, para fazer aparecer, num ou noutro, propriedades alimentícias ou tecnológicas que, na origem, estavam completamente ausentes, ou mal podiam ser suspeitadas; para fazer de uma argila instável, pronta a esboroar-se, a pulverizar-se ou a rachar-se, uma louça sólida e estanque (mas somente com a condição de haver determinado, entre uma multidão de matérias orgânicas e

[141] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem...** p. 29.
[142] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem...** p. 28.

> inorgânicas, a mais própria para servir de detergente, assim como o combustível conveniente, a temperatura e o tempo de cozimento, o grau de oxidação eficaz); para elaborar as técnicas, muitas vezes longas e complexas, que permitissem cultivar sem terra, ou então sem água, transformar grãos ou raízes tóxicas em alimentos, ou então, ainda, utilizar essa toxidade para a caça, a guerra, o ritual, foi preciso, não duvidamos, uma atitude de espírito verdadeiramente científica, uma curiosidade assídua e sempre desperta, uma vontade de conhecer pelo prazer de conhecer, porque uma pequena fração apenas das observações e das experiências (às quais é preciso supor que tenham sido inspiradas, então, e sobretudo, pelo gosto de saber) poderiam dar resultados práticos e imediatamente utilizáveis.[143]

A ciência do concreto e o conhecimento científico, segundo Lévi-Strauss, são muito semelhantes no que diz respeito às operações mentais e ambas trouxeram inovações importantes. Suas diferenças estão em outros níveis. Enquanto o conhecimento mítico, tradicional, se caracteriza por postular um determinismo global e integral, o conhecimento científico não atua dessa forma. O conhecimento científico seria conceitual, enquanto a ciência do concreto utilizaria percepções: "Esta ciência do concreto devia ser, essencialmente, limitada a outros resultados que os prometidos às ciências exatas e naturais, mas não foi menos científica e seus resultados não foram menos reais."[144]

Manuela Carneiro da Cunha tem uma visão diferente da apresentada por Lévi-Strauss. A antropóloga mostra que conhecimentos tradicionais e conhecimentos científicos são diferentes e possuem fortes distinções que vão além dos resultados que esses conhecimentos oferecem. As diferenças seriam, portanto, bem mais profundas. Mas as diferenças não impedem de se criar pontes[145] entre esses conhecimentos.[146]

Ao comparar que os conhecimentos tradicionais estão para o conhecimento científico assim como as religiões locais estão para as religiões universais, Manuela Carneiro da Cunha mostra que a universalidade do conhecimento científico não se aplica aos conhecimentos tradicionais. Se o conhecimento científico, segundo ela,

---

[143] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**... p. 35.
[144] LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem...** p. 37.
[145] Segundo May Waddington, essa noção de pontes entre esses conhecimentos já havia sido tratada por Darrel Posey.
[146] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 303.

firma-se como conhecimento absoluto até que outro paradigma o supere, como demonstrado por Thomas Kuhn, no caso dos conhecimentos tradicionais isso não se aplica. Essa universalidade seria mais "tolerante" no caso dos conhecimentos tradicionais, pois se aceitam explicações divergentes com validade apenas local. A frase apresentada por Manuela Carneiro da Cunha refletiria bem essa ideia: "Pode ser que, na sua terra, as pedras não tenham vida. Aqui elas crescem e estão portanto vivas".[147]

Manuela Carneiro da Cunha ainda questiona o fato de termos uma pluralidade de regimes para os conhecimentos tradicionais e apenas um único regime para a ciência. Alega que por chamarmos de conhecimento científico, no singular, e conhecimentos tradicionais, no plural, já demonstraria essa diversidade de regimes de conhecimentos tradicionais. Filósofos da ciência, como Hilton Japiassu, porém, tem uma visão oposta a essa colocada por Manuela Carneiro da Cunha. Para ele, a ciência (em geral) não existe, existem apenas "práticas científicas diferentes e desigualmente desenvolvidas". Aliás, segundo o epistemólogo, um discurso que desconsidere a pluralidade e as disparidades das práticas científicas diversas deve ser visto como um discurso de cunho idealista.

O autor vai além:

> Ora, falar de a ciência em geral, como de uma entidade que poderia ser tomada por objeto, não é fazer uso de um *conceito* científico (unidade de significação de um discurso científico) nem tampouco de uma *categoria* epistemológica (unidade de significação num discurso epistemológico), mas de uma noção ideológica (unidade de significação num discurso ideológico) ou de uma noção filosófica idealista.[148]

Manuela Carneiro da Cunha faz ainda questionamentos mais genéricos ao conhecimento tradicional:

> Em cada sociedade, inclusive na nossa, contemporânea, o que vem a ser de início de conversa, "conhecimento" ou "saber"? Em que campo se enquadram? Quais são suas subespécies, seus ramos, suas especialidades? E como se produz?

---

[147] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 301.
[148] JAPIASSU, Hilton. **Nascimento e morte das ciências humanas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982. p. 34.

> A quem é atribuído? Como é validado? Como circula? Como se transmite? Que direitos ou deveres gera? Todas essas dimensões separam já de saída o conhecimento tradicional e o conhecimento científico. Nada ou quase nada ocorre no primeiro da mesma forma em que ocorre no segundo.[149]

Apesar de afirmar na citação acima que "nada ou quase nada ocorre no primeiro da mesma forma em que ocorre no segundo", Manuela Carneiro da Cunha parece não demonstrar ou citar exemplos mostrando essas diferenciações. Sobre as perguntas sobre o que é "conhecimento" ou "saber" em cada sociedade, a antropóloga parece desconhecer a ampla bibliografia sobre epistemologia que se propõe a responder esses questionamentos com uma precisão conceitual. Mais uma vez, não se consegue chegar às conclusões da antropóloga segundo sua linha de explicação, pois não trouxe fortes argumentos, menos ainda demonstrações de ordem etnográfica, negligenciando até questões a rigor menos complexas, mas que são tratadas com profundidade por especialistas na filosofia da ciência. Apesar de não encontrarmos respaldo nessas diferenças profundas entre conhecimento tradicional e conhecimento científico propostas por Manuela Carneiro da Cunha, é interessante a necessidade que ela mostra em construirmos pontes entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional. E essa justificativa é feita por ela apresentando dados e depoimentos. Uma dessas pontes seria o que as ciências tradicionais podem aportar à ciência.

Apesar das críticas feitas por farmacólogos aos conhecimentos tradicionais, negando qualquer vantagem ou aceleração às pesquisas de produtos naturais ligados a conhecimentos tradicionais, chegando mesmo a afirmarem em nada contribuem para o progresso da Ciência, Manuela Carneiro da Cunha afirma categoricamente a importâncias desses conhecimentos.

> Se compararmos agora a frequência de acertos de atividade biológica em produtos naturais conhecidos e usados pelos saberes tradicionais com a de produtos naturais em geral, chega-se ao resultado seguinte: é várias centenas de vezes mais provável chegarmos a resultados positivos com os primeiros do que com estes últimos.[150]

---

[149] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 303.
[150] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 304.

Citando a postura de Elaine Elisabetsky, a antropóloga mostra que um caminho relevante é o reconhecimento das práticas de ciências tradicionais como fonte de inovação da ciência ocidental. A ideia de Manuela Carneiro da Cunha é de proporcionar uma convivência entre esses dois tipos de saberes, cada um com o seu valor, sem necessariamente significar fundi-los. E propõe isso através do preenchimento de uma tríplice condição:

> [...] reconhecer e valorizar as contribuições dos saberes tradicionais para o conhecimento científico; fazer participar as populações que as originaram nos seus benefícios; mas sobretudo, e essa é a mais complexa, preservar a vitalidade da produção do conhecimento tradicional.[151]

Se já mostramos algumas definições e características dos conhecimentos tradicionais, além de suas diferenças com o conhecimento científico, é relevante que analisemos alguns instrumentos internacionais relevantes para entendermos como os conhecimentos tradicionais são tratados internacionalmente. É o que veremos a seguir.

2.2.2 Conceito e características dos conhecimentos tradicionais nos instrumentos internacionais

2.2.2.1 Convenção sobre a Diversidade Biológica

É interessante abordar alguns marcos normativos no âmbito do direito internacional que propõem formas de proteção aos conhecimentos tradicionais e para tanto tentam definir com mais clareza o que significam tais conhecimentos, de forma que a proteção seja mais efetiva. Alguns desses instrumentos jurídicos internacionais serão estudados com maior profundidade quando tratarmos dos mecanismos propostos para a proteção dos conhecimentos tradicionais, mas a definição legal é um passo relevante para se proteger adequadamente e com maior clareza tais conhecimentos. Além disso, marcos internacionais são importantes para sabermos como e onde avançarmos na proteção jurídica, entre outros motivos, por

[151] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 309.

permitir um maior diálogo e visibilidade para os assuntos a que se buscam proteger. As análises neste momento estão relacionadas à parte conceitual de tais conhecimentos e das populações tradicionais. Alguns dos instrumentos internacionais tratados nesse momento serão retomados durante este trabalho com aprofundamentos justificados principalmente no que diz respeito à proteção dos conhecimentos tradicionais.

Convenção da Diversidade Biológica - CDB, acordada durante a reunião das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro, em 1992, é o primeiro instrumento internacional[152] que busca a conservação da diversidade biológica, e tenta isso tratando da diversidade genética, de espécies e de ecossistemas. E trata isso associando a diversidade biológica com a diversidade cultural. A CDB ainda tem uma importância de direcionar os avanços na área da biodiversidade, como o que é realizado através das metas de Aichi para a biodiversidade, através do Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Segundo o seu 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, 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 eqüitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas,

O artigo 8-J da CDB estabelece que os conhecimentos tradicionais estão relacionados com a biodiversidade, com as inovações e com as práticas tradicionais. Afirma ainda que cada parte signatária deve se comprometer com a proteção, preservação, fomento e manutenção desses conhecimentos.

---

[152] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 102.

2.2.2.2 Protocolo da Nagoya

O Protocolo de Nagoya, que é um acordo internacional suplementar à CDB, tem o objetivo de estabelecer as condições para o acesso aos recursos genéticos e à repartição dos benefícios. Esse instrumento garante uma maior segurança jurídica e transparência ao tratar dos objetivos traçados na CDB, fazendo referência explícita ao artigo 15 da CDB que dispõe sobre o acesso aos recursos genéticos e a necessidade do consentimento prévio fundamentado. Apesar de assinado pelo Brasil em 2011, apenas em 2020 o Congresso brasileiro o ratificou (através do Decreto legislativo 136/2020, de 11 de agosto de 2020), demora essa que causou prejuízo e apreensão aos povos indígenas e comunidades tradicionais. Em seu artigo 7°, o Protocolo de Nagoya estabelece:

> Artigo 7°:
> ACESSO A CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO A RECURSOS GENÉTICOS
> Em conformidade com a legislação doméstica, cada Parte tomará medidas, conforme adequado, com o objetivo de assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos detido por comunidades indígenas e locais seja acessado com consentimento prévio informado ou com aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados.

2.2.2.3 Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007) reconhece que povos indígenas são iguais aos demais povos e ao mesmo tempo tem direito de serem diferentes e respeitados pela lei. Nessa declaração, várias formas como os conhecimentos tradicionais se manifestam são descritas, além de expor algumas de suas relações, como aquelas com a cultura e o avanço tecnológico. Segundo o seu artigo 31:

> Artigo 31
> 1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões

> culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.
> 2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos.

2.2.2.4 Convenção das Nações Unidas de combate à desertificação

A Convenção das Nações Unidas de combate à Desertificação tem como uma de suas preocupações os problemas sociais que o processo de desertificação e a seca podem causar, como a pobreza, a migração desordenada, problemas sanitários e nutricionais. Os conhecimentos tradicionais são tratados nessa convenção, em seu artigo 16, letra g:

> Artigo 16º
> Coleta, Análise e Intercâmbio de Informação
> As Partes acordam, de conformidade com as respectivas capacidades, integrar e coordenar a coleta e intercâmbio de dados e informações relevantes, tanto para o curto como a longo prazos, para assegurar a observação sistemática da degradação das terras nas zonas afetadas e compreender e avaliar melhor os processos e efeitos da seca e desertificação. Isto ajudaria a promover, entre outros objetivos, o alerta rápido e o planejamento antecipado nos períodos de variação climática desfavorável, de uma forma que os usuários, em todos os níveis, incluindo especialmente as populações locais, pudessem utilizar em termos práticos, esses conhecimentos. Para tanto, as Partes deverão, conforme for apropriado:
> g) Em conformidade com as respectivas legislações e/ou políticas, permutar informações sobre o **conhecimento local e tradicional** zelando pela sua adequada proteção e assegurando às populações locais interessadas uma retribuição adequada em função dos benefícios resultantes desses

> conhecimentos, numa base eqüitativa e em condições mutuamente acordadas. [grifo nosso]

A Convenção das Nações Unidas de combate à Desertificação, ao tratar dos conhecimentos tradicionais, mostra indiretamente a diversidade de temáticas que pode envolver as questões que envolvem tais conhecimentos.

2.2.2.5 Acordo TRIPs

Segundo Edith Bastidas[153], a proteção de informação não divulgada presente no contexto dos chamados acordos secretos comerciais, estabelecida no artigo 39 do Acordo TRIPs (*Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights)* também pode ser utilizada para proteger os conhecimentos tradicionais.

> SEÇÃO 7:
> PROTEÇÃO DE INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL
> ARTIGO 39
> 1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no ARTIGO 10 'bis' da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo.
> 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação:
> a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;
> b) tenha valor comercial por ser secreta; e
> c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

[153] Essas informações foram apresentadas durante a palestra proferida por Edith Bastidas no ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

> Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal.

2.2.3 Conhecimentos tradicionais na visão dos povos indígenas e tradicionais

É relevante mostrar neste trabalho o posicionamento de grupos indígenas e tradicionais sobre a definição dos conhecimentos tradicionais. Nesse caso, citaremos algumas deliberações ocorridas durante o "Encuentro de saberes sobre la protección del conocimiento indígena y tradicional, como eje transversal al territorio, derechos y biodiversidad", ocorrido na cidade de Villa de Leyva, Colômbia, em novembro de 2015. O "Encuentro de saberes" foi promovido pelo Instituto Alexander von Humbolt e pelo Ministério do Interior – Direção de etnias e assuntos indígenas - da Colômbia. Durante três dias, autoridades indígenas, de grupos tradicionais e governamentais, representantes da ONU e pesquisadores de vários países debateram profundamente a temática "proteção aos conhecimentos indígenas e tradicionais". Um dos grupos de trabalho formado e que teve como relator Jeison Joropa, da Asociación de Autoridades Indígenas Spaliba de Orocué Casanare – ASAISOC respondeu o que é conhecimento tradicional e o que não é um conhecimento tradicional. Esse grupo era formado por membros de diferentes organizações e instituições, como a Organização Nacional Indígena de Colômbia – ONIC, Confederação Indígena Tayrona – CIT, Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana – OPIAC, o Instituto de investigaciones ambientales Del Pacifico – IAAP, Instituto Alexander Von Humbolt da Colômbia – IavH, Ministério do Interior da Colômbia, além da própria ASAISOC.

Sobre o que é conhecimento tradicional, o grupo de trabalho citado acima respondeu:

> Es un tema de amplia discusión ya que trasciende el espectro de lo cultural, llegando a niveles relacionados con la espiritualidad y el conocimiento ancestral sobre el uso, estos conocimientos se basan en el diálogo de generación en generación, está muy ligado a la formación de los jóvenes, la capacitación el mayor con el medico tradicional, que es uno de los aspectos que más preocupa ya que el no trabajar por la transmisión de estos conocimientos hace que se pierda lenguas o dialectos indígenas, sistemas propios de alimentación, danza, música y la espiritualidad. Es toda la riqueza que tenemos internamente entre matas, animales, viento y agua, siendo complemento de una gran riqueza cultural y tradicional relacionada con la pervivencia y el día al día, es el conjunto del conocimiento que hay en la comunidad y que permiten la armonía con su medio natural y sus territorios.
>
> El Conocimiento tradicional está ligado a un territorio diferencial pero también al individuo, vivencias prácticas que se desarrollan en un territorio. Los Conocimientos tradicionales son multi-conceptuales es decir que cada pueblo tiene su visión ya que existen conocimientos especializados dentro de los pueblos y el concepto para la protección jurídica, no es saber cuáles son las prácticas, sino un consenso del concepto para llegar a la protección.[154]

Foi-lhes perguntado ainda o que não é conhecimento tradicional. Essa pergunta é relevante para que os grupos indígenas e tradicionais mostrem obviamente o que não concordam que seja conhecimento tradicional e dessa forma consiga delimitar de uma melhor forma tais conhecimentos, facilitando sua caracterização. Como afirmamos, a definição dos conhecimentos tradicionais é uma das maiores dificuldades ao se trabalhar esse assunto. Tão importante como dizer o que são, é deixar claro o que não se enquadra, na visão dos representantes dos povos indígenas e dos grupos tradicionais presentes, como conhecimentos tradicionais. E a resposta foi a seguinte:

> La agro biodiversidad, porque esta enmarcado en el proyectos productivos de gran escala y desconoce la cultura, no es la explotación y extracción del territorio, no es la desinformación y el oído sordo del llamado de la tierra.

[154] Reflexões do grupo 1 de trabalho coordenado por Jeison Joropa, da Asociación de Autoridades Indígenas Sáliba de Orocué Casanara (ASAISOC), durante o ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

> No es el acceso a los genes de los recursos biológicos, ya que desprotege la vida de los Pueblo indígenas y la del territorio. El conocimiento no solo está en las comunidades indígenas sino en los afros, en los campesinos.
> Estos conceptos que nos dan recursos genéticos, biotecnología, propiedad intercultural eso está por fuera de los que es el conocimiento tradicional, pero estas son las políticas que se están construyendo. No es el desconocimiento de la integralidad, relación con la cultura con la vida de los pueblos y donde no hay esa separación. No es la separación de los elementos y de las formas de vida presentes en los territorios.[155]

A visão dos povos indígenas e comunidades tradicionais é fundamental também para conhecermos o aspecto integral dos conhecimentos tradicionais sobre os quais tanto se fala. A experiência nativa também mostra percepções que só podem ser vistas por aqueles que participam na criação e difusão dos conhecimentos tradicionais. Uma pergunta interessante feita a esse grupo formado por membros de comunidades indígenas e tradicionais que estamos a analisar agora diz respeito às ausências, ou seja, àquilo que na visão dos povos indígenas e comunidades tradicionais falta na definição dos conhecimentos tradicionais. Assim, temos a seguinte resposta a esse questionamento.

> ¿Qué falta en la definición?
> Que conocimiento tradicional es distinto a conocimiento científico, ya que el segundo ha visto que el conocimiento tradicional como un sistema inferior y que no tiene conexión con el territorio. Falta el compromiso de las instituciones y academia en implementar el concepto del conocimiento tradicional sin desligar de la cosmovisión y al territorio. Reconocer y valorar los aportes del conocimiento tradicional de los territorios, de nuestros ancestros, de nuestra comunidad en el departamento del Choco, ellos han dejado una herencia, saberes, formas de trabajar, reconocen que el subsuelo es nuestro, pero ahora hay explotación, contaminación total, se acabó con los peces y otros animales. Es necesario incentivar la investigación propia para saber cómo vivían nuestros ancestros, si existían enfermedades como ahora, porque nuestros mayores

[155] Reflexões do grupo 1 de trabalho coordenado por Jeison Joropa, da Asociación de Autoridades Indígenas Sáliba de Orocué Casanara (ASAISOC), durante o ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

> vivían antes sanos. La sabiduría sobre la naturaleza, la medina tradicional, las bebidas típicas, los bailes, danzas, cestería, orfebrería, todos manejan un sentido de pertenencia en todo lo que se diga sobre las historias tradicionales. Reconocer la importancia del dialogo acorde a sus propias dinámicas, al calendario ecológico para la siembra de maíz, plátano, yuca para seguir investigando y mantener la cultura viva, porque hablamos con indígenas de otros departamentos y otros pueblos indígenas. Es necesario generar un gran dialogo intercultural en pro de la tierra con las entidades gubernamentales y las ONG ya que tienen sus conocimientos y podemos hablar con ellos para buscar apoyo en esta tarea de proteger la vida. Los bienes intangibles, también tienen valor que no son del mercado pero que son importantes para la vida espiritual de los pueblos. 21 Las empresas no tienen intereses en estos conocimientos pero son importantes. Garantías territoriales La realidad que no podemos ocultar es que se está perdiendo los Conocimientos Tradicionales, ya los territorios no son los mismos, están sometidos a varias presiones desde afuera pero también desde adentro. No hay alternativas de subsistencia y por eso son lo que destruyen su territorio. Si no tengo alternativas que puedo hacer, qué es lo que ocurre ahí, la política pública es donde debe aportar y nosotros mismos somos los que debemos hacer la zonificación de nuestro territorio. La situación es compleja por el tema de la educación porque nuestros hijos se están educando en sistema de educación de blancos. Los pueblos indígenas tienen sus propias formas de educación. El conocimiento tradicional también está en la asamblea, en la reunión de sabedores.[156]

Cabe ressaltar que as respostas do grupo não mostram apenas a posição do seu relator, mas mostram uma visão relevante de um grupo significativo de lideranças indígenas e tradicionais sobre a visão que esses grupos possuem acerca dos conhecimentos tradicionais. Essa visão é essencial para que se possa ter uma proteção efetiva dos conhecimentos tradicionais. A opinião desses grupos, além de prevista em instrumentos internacionais, promove um respaldo para que se busque uma proteção efetiva desses conhecimentos e que se possa, de forma acentuada, propor formas de proteção que enxergue esses conhecimentos de forma integral e

156. Reflexões do grupo 1 de trabalho coordenado por Jeison Joropa, da Asociación de Autoridades Indígenas Sáliba de Orocué Casanara (ASAISOC), durante o ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

que, na medida do possível, se possa fazer pontes não apenas entre os conhecimentos tradicionais e o conhecimento científico, ocidental, mas também promover uma integração maior entre a sociedade ocidental e tais grupos, sempre, é claro, respeitando-se as diferenças culturais que são próprias da diversidade que caracteriza o ser humano.

PARTE II

3 OBJEÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

3.1 Biopirataria: realmente existe?

A discussão sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais abrange outra temática, igualmente polêmica e sensível, que diz respeito principalmente a situações em que essa proteção não é efetiva e transparente. Nesse capítulo trataremos da chamada biopirataria, ou seja, do acesso indevido aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional.

Com a biopirataria, há um risco elevado de depredação do patrimônio cultural imaterial e de usurpação dos recursos naturais do Brasil[1]. A comercialização internacional de recursos naturais que utilizaram o conhecimento tradicional de povos indígenas e comunidades tradicionais provoca enorme prejuízo ao Brasil quando é realizada sem a repartição dos benefícios, sem consentimento prévio e informado das comunidades e com produtos que são patenteados e comercializados por empresas multinacionais que descumprem as normas da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Da mesma forma, provoca prejuízo aos detentores desse conhecimento tradicional que foi utilizado para descobrir, desenvolver ou utilizar esses recursos naturais, como afirma Samia Borges Jordy Barbieri[2]. Segundo essa autora, há casos de recursos naturais do Brasil que sofrem a biopirataria e que ao retornarem ao país, há ainda a obrigação de se pagar *royalties*. Esse seria o caso do açaí, da andiroba, copaíba cupuaçu, jambu e tantos outros produtos.

Para Vladimir Garcia Magalhães[3], há uma tentativa das empresas de países desenvolvidos de se apossar de recursos naturais através da chamada biopirataria. Existiria, portanto, uma potencialização dos lucros obtidos por empresas de países

---

[1] Segundo Juliana Santilli, a biopirataria ainda não é considerada crime no Brasil, sendo possível aplicar à sua prática apenas sanções de ordem administrativas ou cíveis. O artigo 47 da chamada Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) que previa o crime de biopirataria foi vetado pelo presidente da República por considerar o dispositivo mal redigido e bastante abrangente, permitindo-se interpretar a biopirataria a partir de exportações de qualquer espécie de vegetais sem a respectiva licença ou autorização administrativa. Cf. SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília-DF, n. 9, 2015. p. 61.

[2] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**. São Paulo: Almedina, 2014.

[3] MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade Intelectual: Biotecnologia e Biodiversidade**. São Paulo: Editora Fiuza, 2011.

desenvolvidos que se utilizariam, de forma indevida e ilícita, de conhecimentos tradicionais, sem a justa valorização daqueles que inicialmente desenvolveram esses conhecimentos sobre tais recursos biológicos. Se a biotecnologia se utiliza de disciplinas como genética, biologia molecular, engenharia química, por exemplo, é clara também a utilização de conhecimentos tradicionais, que infelizmente não recebem o devido reconhecimento sobre o produto que foi ao final elaborado. Ou seja, a biotecnologia moderna muitas vezes se aproveita do produto de conhecimentos tradicionais sem que haja o benefício das respectivas comunidades que produziram esse conhecimento. Segundo Vladimir Garcia Magalhães[4], de modo ilícito e violando as normas internas dos países ricos em recursos naturais, como os chamados países megadiversos, e contrariando também as normas de tratados internacionais, como a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Agricultura e Alimentação, empresas tentam legalizar a exploração, manipulação e comercialização dos recursos naturais, cujas amostras foram conseguidas com a utilização da biopirataria. Essa tentativa de legalização é feita através de mecanismos do Direito de Propriedade Intelectual, como, por exemplo, por meio da utilização de patentes que protegem as aquisições vegetais.[5]

Sobre as patentes de recursos naturais possivelmente biopirateados, há um aspecto que torna a fiscalização ainda mais difícil. No caso de recursos biológicos de animais, a fiscalização se depara muitas vezes com espécies presentes em vários países ou que passam por diversos países em rotas migratórias, como é o caso de aves, peixes ou mesmo mamíferos, como baleias e golfinhos. Nessas situações, mesmo que identificado o material genético biopirateado, haveria um segundo problema complexo a se resolver que seria identificar, com elevado grau de precisão, o local ou mesmo o país onde esse material foi coletado e, dessa forma, verificar se as exigências da Convenção sobre a Diversidade Biológica foram realmente cumpridas para que se proceda, por exemplo, a repartição dos benefícios.[6]

Com o processo de globalização e a maior facilidade de acesso a informações, entre elas as que tratam de riquezas culturais e biológicas, houve um aumento da chamada biopirataria. Os avanços tecnológicos produziram novas tecnologias e

[4] MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade Intelectual**...
[5] MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade Intelectual**... p. 65.
[6] MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade Intelectual**... p. 69-72.

dentre elas situa-se a biotecnologia. Se por um lado, com a biotecnologia há um aumento de valor agregado aos recursos naturais e à biodiversidade de uma forma geral, por outro lado temos também o desenvolvimento de procedimentos que caracterizam a biopirataria com o intuito de diminuição de custos e compensação de benefícios[7]

O conceito de biopirataria teria sido utilizado pela primeira vez[8] pelo ETC Group, como uma resposta à argumentação retórica dos países industrializados que acusavam os países em desenvolvimento de violarem e se apropriarem indevidamente dos direitos de propriedade intelectual dos países industrializados[9]. De acordo com Daniel F. Robinson (2010):

> Biopiracy is a term that was first coined by th Canada-based NGO Rural Advancement Foundation International (RAFI, now the Action Group on Erosion, Technology and Concentration [ETC] and is usually attributed to activist Pat Mooney (see RAFI, 1993; 1995; Mooney, 2000). The term was developed due to growing frustrations about the appropriation and monopolization of long-held medicinal and agricultural knowledge about nature, as well as the related physical resourses (plants, animals na their compontents). The flow of these resources and knowledge, often 'from biodiversity in the South to medicine [cosmetic and crops] in the North' (Svarstad and Dhillion, 2000, p. 9), has been targeted by NGOs as a hypocritical injustice on the part of corporations and researches predominantly from Janpan, the US, Europe na other paarts of the Western world.[10]

Dirigido por Pat Mooney, o ETC Group (conhecido anteriormente por RAFI) é uma organização da sociedade civil que atua internacionalmente e que trata de questões socioeconômicas e ecológicas que envolvem as novas tecnologias. Segundo

---

[7] PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário: estudo de caso. In: FREIRE, Alexandre; ASSAFIM, João Marcelo; CASTRO, Marcello Soares (orgs.). **Direito, Inovação e Desenvolvimento: tópicos de propriedade intelectual e concorrência**. Belo Horizonte: Conpedi, Arraes, 2013. p. 195-214.

[8] ROBINSON, Daniel. Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p.77.

[9] Cf. RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore...** p. 79.

[10] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**. London – New York: Earthscan, 2010. p. 14.

informações contidas em seu site:

> ETC Group works to address the socioeconomic and ecological issues surrounding new technologies that could have an impact on the world's poorest and most vulnerable people. We investigate ecological erosion (including the erosion of cultures and human rights); the development of new technologies (especially agricultural but also other technologies that work with genomics and matter); and we monitor global governance issues including corporate concentration and trade in technologies. We operate at the global political level. We work closely with partner civil society organizations (CSOs) and social movements, especially in Africa, Asia and Latin America.[11]

A ideia era tratar como atividade "pirata" aquela feita pela indústria farmacêutica e biotecnológica dos países industrializados quando se apropriavam dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais.[12]. Posteriormente, a biopirataria foi popularizada por Vandana Shiva[13]. O conceito original seria o seguinte, retirado do site do ETC Group:

> Biopiracy, a term originally coined by ETC Group, refers to the appropriation of the knowledge and genetic resources of farming and indigenous communities by individuals or institutions that seek exclusive monopoly control (patents or intellectual property) over these resources and knowledge. ETC Group believes that intellectual property is predatory on the rights and knowledge of farming communities and indigenous peoples. Through nanotechnology- and synthetic biology-related patents, intellectual property claims are now being extended to elements of the periodic table and to key metabolic pathways involved in cellular functioning (and resulting in natural products with high commercial value).[14]

Pesquisadora relevante na pesquisa sobre a biodiversidade, Juliana Santilli

---

[11] ETC GROUP. **Mission & Current focus**. Disponível em: <http://www.etcgroup.org/mission>. Acesso em: 30 mai 2017.
[12] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 79.
[13] TOLEDO, André de Paiva. Biopirataria e Direito Internacional. SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (Coords.). **Direito, Tecnologia e Sociedades Tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 131.
[14] ETC GROUP. **Patents & Biopiracy**. Disponível em: <http://www.etcgroup.org/issues/patents-biopiracy>. Acesso em: 24 mai 2017.

define biopirataria da seguinte forma:

> [...] a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção da Diversidade Biológica, a saber: a soberania dos Estados sobre os seus recursos genéticos e a necessidade de consentimento prévio e informado dos países de origem dos recursos genéticos para as atividades de acesso, bem como a repartição justa e eqüitativa (sic) dos benefícios derivados de sua utilização.[15]

Sâmia Barbieri, ao definir biopirataria, chama a atenção à legislação brasileira, que seria extremamente burocrática, e à fiscalização deficiente do Brasil em relação ao patrimônio cultural. Segundo ela: "Biopirataria é o aproveitamento do conhecimento tradicional pelo mercado consumidor, diante de uma legislação burocrática e também pela falta de fiscalização do nosso patrimônio cultural".[16]

Relevante abordarmos a chamada biofraude. Para Edson Beas Rodrigues Júnior[17], biofraude seria um caso específico de biopirataria. Nessa situação, haveria a repartição de benefícios econômicos, mas feita de forma extremamente reduzida, paga apenas para conter possíveis demandas judiciais. A biofraude é possível quando há diversas fontes de um mesmo recurso biológico de forma a permitir a escolha daquela que possivelmente seja a mais fácil de ser manipulada.[18]

O termo biopirataria também sofre uma série de críticas. Umas das mais contundentes é a feita por Daniel F. Robinson[19]. Segundo esse autor, haveria uma série de polêmicas sobre o termo "biopirataria", que segundo ele deveria ser evitado. Segundo ele, o termo teria sido cunhado diante do descontentamento com o avanço dos direitos individuais exclusivos de propriedade intelectual que envolveriam a biodiversidade. O termo seria utilizado de forma inadequada e "estrategicamente" vaga para servir como meio de negociação a favor de países com menor alavancagem econômica durante as negociações sobre comércio internacional e propriedade

---

[15] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005. p. 138-139.
[16] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**... p. 171
[17] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**...
[18] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 77-78.
[19] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**. London – New York: Earthscan, 2010.

intelectual, que envolvia países do "Sul" global e países do "Norte" global. Essa seria, então, uma discussão de cunho emocional e até certo ponto compreensiva, uma vez que afeta os meios de subsistência dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Interessante a diferenciação entre biopirataria e bioprospecção feita nos estudos de Clarissa Buenos Wandscheer[20]. Segundo a autora, a diferença entre elas é tênue, e envolve uma questão legal, no caso da bioprospecção, e uma ideia doutrinária, no caso da biopirataria. Segundo essa autora, a bioprospecção está definida no artigo 7°, VII, da MP 2186[21]:

> Art. 7. Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória: [...]
> VII – bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componentes do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial;

Biopirataria teria um sentido mais grave, ligado à apropriação feita de forma imprópria, ou seja, "[...] de materiais biológicos, genéticos e/ou dos conhecimentos comunitários associados a eles em desacordo com as normas sociais, ambientais e culturais vigentes, e sem o consentimento prévio fundamentado de todas as partes interessadas."[22]

Sobre esse assunto mais uma vez Daniel F. Robinson[23] traz pontos em favor da biopirataria e a bioprospecção. Segundo esse autor, a bioprospecção seria um nome novo para uma prática antiga. Citando Cori Hayden, Daniel F. Robinson afirma que a bioprospecção é o desenvolvimento de fármacos a partir de plantas medicinais e de conhecimentos tradicionais de regiões ricas em biodiversidade. Segundo ainda Daniel F. Robinson[24], diversos autores, como. V. Reid, S. A. Laird e C. A. Meyer do World Resources Institute, mostram que a bioprospecção pode ser

---

[20] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade intelectual**. v. 2, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
[21] Apesar de revogada, a MP 2186 mostra uma definição interessante de bioprospecção. Cabe ressaltar também que o texto de Clarissa Bueno Wandscheer (WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional...) é anterior à Lei n. 13.123/15, porém mostra aspectos conceituais interessantes para o entendimento das figuras tratadas nesse capítulo, entendimento este que independe a revogação da MP.
[22] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional... p. 339.
[23] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**...
[24] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**... p. 11.

positiva e contribuir para o desenvolvimento ambiental e com benefícios para os povos indígenas e para as comunidades tradicionais que mantém tais recursos. E que a coleta dos recursos naturais pode ter grandes impactos e motivos científicos, econômicos e políticos. Além disso, Daniel F. Robinson[25] mostra que a biopirataria e a bioprospecção não teriam nada de diferente das explorações de recursos naturais que foram feitas no passado histórico. Claro que atualmente, com os processos de independência e descolonização, existe um respeito maior aos direitos humanos e especificamente dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Juliana Santilli[26] também aborda a discussão sobre o termo "biopirataria", que seria ambíguo por ser utilizado tanto para se garantir a função sócio-ambiental e proteger os recursos e conhecimentos tradicionais como para criminalizar empresas e pesquisadores sérios. Daniel F. Robinson[27] propõe ainda uma revisão da definição de biopirataria, para abordar os diferentes casos que a envolvem. Segundo esse autor, teríamos as seguintes categorias:

> Patent-based Biopiracy: The patent of (often spurius) inventions based on biological resources and/or traditional knowledge that are extracted without adequate authorization and benefit-sharing from other (usually developing) countries, indigenous or local communities.
>
> Non-patent Biopiracy: Other intellectual property control (through PV or deceptive trademarks) based on biological resources and/or traditional knowledge that have been extracted without adequate authorization and benefit-sharing from other (usually developing) countries, indigenous or local communities.
>
> Misappropriations: The unauthorized extraction of biological resources and/or traditional knowledge from other (usually developing) countries, indigenous or local communities, without adequate benefit-sharing. Note: 'Authorization' involves obtaining (free) prior informed consent of the appropriate government authorities and, where relevant, local communities.[28]

Há uma série de produtos advindos de conhecimentos tradicionais que são utilizados no mundo e que há dúvidas sobre suas origens, sobre seu surgimento,

[25] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**...
[26] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**...
[27] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**...
[28] ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**... p. 21.

além de reclamações sobre possíveis apropriações feitas por terceiros a esses conhecimentos. A seguir vamos mostrar alguns produtos utilizados inicialmente através do conhecimento tradicional de diversos grupos, alguns deles da América Latina.

Segundo os estudos de Clarissa Bueno Wandscheer[29], a cerveja seria o primeiro desses produtos, que teria surgido nos momentos iniciais em que os seres humanos desenvolveram tecnologia de armazenamento de alimentos excedentes das colheitas. Apesar de se considerar de extrema dificuldade a identificação de suas origens, a cerveja foi aperfeiçoada e difundida por egípcios e mesopotâmicos e em seguida consumida popularmente em várias partes do mundo.

Para os brasileiros o café tem uma importância cultural e econômica enorme. E o seu cultivo e utilização também foram consequência de conhecimentos tradicionais. Esse produto teria se popularizado no Iêmen e depois se difundido pelo mundo árabe. Ainda segundo Clarissa Bueno Wandscheer[30], a popularização do café criou um interesse de países europeus pelo monopólio do seu fornecimento.

A seringueira seria outro exemplo de produto utilizado inicialmente com conhecimentos tradicionais e que posteriormente passou a ser utilizado para fabricação de outros produtos através de processos, agora, ligados à indústria. A produção de roupas, calçados e pneus foi industrialmente realizada com a utilização da seringueira cujo processamento foi primeiramente desenvolvido pelos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas das Américas.

Temos ainda outros exemplos, como o quinino, de origem equatoriana, utilizado no tratamento da malária e desenvolvido a partir de conhecimentos tradicionais de povos indígenas sobre planta originária do Equador. Exemplo também é o cacau, cuja árvore cacaueira é de origem das Américas, mas que teve o consumo popularizado em várias partes do mundo.

É preocupante a apropriação que o mercado faz dos conhecimentos tradicionais e dos bens culturais, inclusive através do registro e posterior retorno ao mercado desses conhecimentos em forma de mercadoria que muitas vezes não dá importância a conhecimentos seculares originados de comunidades tradicionais. Segundo Samia Barbieri[31], há vários trabalhos que mostram o desenvolvimento

[29] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional...
[30] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional...
[31] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**...

promovido por grupos indígenas e tradicionais através de pesquisas sobre a fauna e a flora.

Ainda mais sabendo-se que as práticas indígenas buscam não agredir os solos, mas preservar a natureza para que gerações futuras possam dela usufruir. A preocupação com o desenvolvimento sustentável é tema de discussão em vários países, uma vez que a preservação do meio ambiente é pauta internacional e tratada com atenção pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Essa preocupação com o desenvolvimento sustentável é atrelada ao comprometimento dos países com as futuras gerações.

Esses conhecimentos, segundo Samia Barbieri[32], recebem a proteção de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, principalmente nos artigos XXII e XXVII e a Declaração Universal dos Povos Indígenas, nos artigos 23, 31,1 e 32 (1,2 e 3). E segundo ela, os conhecimentos tradicionais seriam considerados direitos humanos: "Podemos constatar que os conhecimentos tradicionais associados são direitos humanos, e se constituem em direito inalienável, imprescritível e irrenunciável, inserido no subprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, dentro da universalidade de direitos fundamentais."[33]

Os conhecimentos tradicionais protegem o desenvolvimento sustentável e resguardam as gerações futuras, mas para tanto há a necessidade de controlar a biopirataria. Temos, dessa forma, uma ligação entre a biopirataria, direitos humanos, desenvolvimento e poder. Como afirma Samia Barbieri:

> Portanto, não existe exercício de liberdade sem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sem o reconhecimento da proteção aos grupos vulneráveis que são os povos indígenas na luta por mercados e no esvaziamento de sua cultura, alijados do processo de desenvolvimento desde a questão territorial pela demarcação de suas terras e de conhecimentos tradicionais que são esvaídos impunemente pela prática da biopirataria.[34]

Para Samia Barbieri[35], a Declaração de Viena de 1993 reconheceu como fundamental e inalienável o direito ao desenvolvimento, fazendo parte assim do rol

---

[32] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**...
[33] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**... p. 63.
[34] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**... p. 66.
[35] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**...

de direitos humanos. E só há direitos humanos se forem garantidos os direitos econômicos, sociais e culturais.

A autora chama a atenção para o etnodesenvolvimento, fenômeno em que o desenvolvimento respeita a identidade cultural. Com a ideia de etnodesenvolvimento[36], os povos indígenas, que anteriormente eram vistos como um obstáculo para o desenvolvimento e o progresso, passam a ser vistos pelos estados nacionais com protagonismo no desenvolvimento sustentável. Dessa forma, a proteção aos conhecimentos tradicionais e o combate à biopirataria devem ser promovidos pelo próprio Estado, buscando-se a promoção do desenvolvimento agregado ao respeito às identidades culturais.

A preocupação com o desenvolvimento socioeconômico e industrial aliado à conservação do meio ambiente promoveu a visão de se ter um desenvolvimento sustentável com o cuidado de se proteger os conhecimentos tradicionais. Na Rio 92, por exemplo, essa visão que unia desenvolvimento e conservação dos ecossistemas era evidente e já havia uma discussão a respeito da biopirataria e dos conhecimentos tradicionais. O desenvolvimento econômico passa a ser visto numa outra ordem e entendido numa estreita relação com o desenvolvimento sustentável, contudo agora com foco tanto nas gerações atuais como nas futuras gerações.

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho[37], sobre a questão da diversidade biológica nos chamados países megadiversos, principalmente nos países da América Latina, temos a questão dos direitos dos povos indígenas passando diretamente pela proteção das terras indígenas, uma vez que é nelas que as tradições são praticadas e assim os conhecimentos tradicionais se conservam e se mantêm.

Infelizmente a falta de legislação adequada, além de não proteger o direito dos povos indígenas, favorece a biopirataria. Como afirma Samia Barbieri:

> A ausência de legislação favorece a biopirataria, que é nefasto para o país, pois há perda de milhares e milhões de dólares em produtos da nossa megadiversidade, que contêm conhecimentos tradicionais indígenas milenares

[36] Paul E. Little discute profundamente o conceito de etnodesenvolvimento em: LITTLE, Paul E. Etnodesenvolvimento local: autonomia cultural na era do neoliberalismo global. **Tellus**, ano 2, Campo Grande-MS, out. 2002. p.33-52.
[37] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

> e que saem do país, impunemente. Esses direitos coletivos com os direitos advindos dos saberes indígenas e tradicionais associados à biodiversidade precisam de uma forma coletiva de administração, na arrecadação e repartição de benefícios a essas comunidades, senão será apenas mais um arcabouço de leis no plano formal, sem aplicabilidade no mundo material, pois trata-se do nosso patrimônio cultural imaterial.[38]

Interessante citar a cotejo que Manuela Carneiro da Cunha[39] faz entre a biopirataria e o Brasil. Para ela, as comunidades indígenas e tradicionais estão para o Brasil, assim como o Brasil está para o grupo de países mais industrializados. Isto é, se o Brasil por um lado reclama por sofrer biopirataria e tenta reunir os povos indígenas e as comunidades tradicionais para ficarem atentos e lutarem contra essa prática, por outro lado, o país trata os povos indígenas e tradicionais de maneira igual, achando-se no direito de tratá-los com um "colonialismo interno". Ou seja, apesar de o Brasil reclamar que os demais países tentam utilizar os recursos brasileiros como se fossem "recursos da humanidade", internamente ele utiliza da mesma fórmula, considerando os conhecimentos indígenas e tradicionais como um patrimônio comum a todos os brasileiros. Dessa forma, para os povos indígenas e grupos tradicionais não faz diferença sofrer biopirataria de estrangeiros ou sofrer biopirataria nacional. Ainda sobre essa autora, em entrevista concedida a Spensy Pimentel, repórter da Agência Brasil, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha ao tratar da pirataria e dos direitos de propriedade intelectual afirmou: "Entre os autores não receberem fruto da sua criação e um controle total dessa criação por meio da propriedade intelectual, temos que ficar, novamente, no que o bom senso manda".[40]

Vandana Shiva é uma das mais críticas do fenômeno da biopirataria. A autora indiana, que possui contato próximo com comunidades de pequenos lavradores, luta contra a biopirataria por acreditar que a biopirataria significa uma colonização da própria vida. Seria então "uma luta para proteger a liberdade de evolução de

---

[38] BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**... p. 109.
[39] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**... p. 308-309.
[40] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Propriedade intelectual pode "engessar" conhecimento tradicional, alerta antropóloga**. [28 ago.2003]. Entrevistadora: Spensy Pimentel, Agência Brasil, 2003. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/materia.phtml?materia=146825&editoria=> Acesso em:12 mar 2015. p. 3.

culturas diferentes. É uma luta pela conservação da diversidade, tanto cultural quanto biológica"[41].

Segundo essa autora, a biopirataria afetaria a criatividade humana. Seriam três os níveis de criatividade:

> 1. A criatividade inerente aos seres vivos, que lhes permite evoluir, recriar-se e regenerar-se.
> 2. A criatividade de comunidades indígenas que desenvolveram sistemas de conhecimento para conservar e utilizar a rica diversidade biológica do nosso planeta.
> 3. A criatividade dos cientistas modernos nos laboratórios de universidades ou grandes empresas, que descobrem maneiras de usar os seres vivos para gerar lucro.
> O reconhecimento dessas diferentes criatividades é essencial para a conservação tanto da biodiversidade quanto da diversidade intelectual – através de culturas e dentro do mundo universitário.[42]

A biodiversidade, de acordo com Vandana Shiva[43], seria um recurso do povo, pois na atualidade, os pobres dos países do Terceiro Mundo dependem cada vez mais dos recursos biológicos para conseguir comida e cuidar da saúde. E com os sistemas de propriedade intelectual e a exploração da biodiversidade, os conflitos entre o uso local e o uso global tornaram-se mais presentes[44]. Se de um lado, por exemplo, temos a proteção da biodiversidade pela diversidade cultural e pelo sistema de conhecimentos tradicionais que reproduzem a biodiversidade, por outro lado, temos as monoculturas que consomem a biodiversidade. Para Vandana Shiva, a conservação da biodiversidade dependeria das comunidades tradicionais usufruírem dos resultados dos conhecimentos que produziram, uma vez que a alienação dos direitos sobre esses conhecimentos, feitos através da biopirataria, por exemplo, ameaçaria a própria sobrevivência do meio ambiente. Assim, essa conservação dependeria consequentemente da ampliação do alcance das economias

---

[41] SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 28.
[42] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**... p. 30-31.
[43] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**...
[44] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**... p. 92.

baseadas na diversidade e na redução das economias baseadas na não-sustentabilidade.

Edson Beas Rodrigues Júnior[45] constrói crítica interessante sobre o combate (ou falta dele) da biopirataria por países industrializados. Se por um lado os países desenvolvidos rebatem com todo o vigor qualquer possível ataque ou violação aos direitos intelectuais, principalmente se praticados por organizações ou indivíduos de países em desenvolvimento, por outro, esse rigor diminui significativamente quando os países industrializados passam da situação de vítima para agressor de direitos, como no caso em que esses mesmos países industrializados se valem da biopirataria, ou de outra categoria de pirataria intelectual, para usurpar direitos sobre recursos biológicos produzidos através da utilização de conhecimento tradicional.

André de Paiva Toledo[46] deixa claro que não se deve confundir a biopirataria com a apropriação dos recursos biológicos ou conhecimentos tradicionais feita através dos instrumentos do direito da propriedade intelectual nas bases da OMC. E explica a diferença. A biopirataria ocorre antes do patenteamento do recurso biológico, no momento em que há o acesso ao recurso natural sem o consentimento prévio do Estado de origem. Há, portanto, uma violação às regras legais impostas pelo Estado de origem para o acesso ao bem, o que caracteriza uma transgressão à soberania daquele Estado, ato ilegal que nesse caso é chamado de biopirataria. O que estaria na origem da biopirataria seria o acesso ao recurso biológico feito de forma irregular, por transgredir as normas reguladoras desse acesso segundo estabelece a legislação do país de origem do recurso e que pode gerar conseqüências tanto na esfera nacional, quanto internacionalmente, caso esse recurso biológico, por exemplo, perpasse as fronteiras e seja transferido, se for o caso, para um país desenvolvido. Dessa forma, o autor explica que o patenteamento pode ser entendido como uma apropriação particular da propriedade intelectual, mas não é um requisito da biopirataria.[47]

---

[45] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 79.
[46] TOLEDO, André de Paiva. Biopirataria e Direito Internacional. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.) **Direito, Tecnologia e Sociedades Tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123-144.
[47] TOLEDO, André de Paiva. Biopirataria e Direito Internacional... p.134.

Ao tratar dos instrumentos internacionais de proteção dos conhecimentos tradicionais, durante o "Encuentro de saberes sobre la protección del conocimiento indígena y tradicional, com eje transversal al território, derechos y biodiversidad", em Villa de Leyva, na Colômbia, em novembro de 2015, Edith Bastidas[48] mostra que o fortalecimento dos sistemas de controle social e territorial dos grupos indígenas e tradicionais são fundamentais para dificultar a biopirataria. Além da formação jurídica, Edith Bastidas é indígena e sua visão reflete observações presentes entre os grupos indígenas, o que enriquece a discussão sobre os conhecimentos tradicionais e, no caso específico, aborda a biopirataria a partir da visão "nativa".

Manuel Ruiz Muller [49] também aborda a visão de povos indígenas e comunidades tradicionais sobre a biopirataria. Segundo esse autor, os representantes de povos indígenas e comunidades tradicionais de diversas partes do mundo possuem firme posição sobre dois temas específicos: garantia do direito ao território e eliminação dos atos de biopirataria. Ainda segundo esse autor, representantes de povos indígenas e comunidades tradicionais já teriam defendido uma moratória mundial das atividades de bioprospecção até que regras eficazes e um sistema legal eficiente reconheçam os direitos sobre os recursos naturais em territórios tradicionais e sobre os conhecimentos tradicionais associados.

Segundo Manuel Ruiz Muller [50], desde 1984 uma série de declarações políticas de povos indígenas questionam o uso ilegal dos recursos naturais e do conhecimento tradicional, dentre os quais a Declaração de Princípios do Conselho Mundial de Povos Indígenas, de 1984, a Declaração Kari Oca e Carta da terra dos Povos Indígenas, de 1992, o Foro Global Indígena, de 1992, e o Foro Internacional Indígena sobre a Biodiversidade, de 2004. Agora, porém, há uma maior conscientização dos povos indígenas e tradicionais que seus conhecimentos são utilizados sem o seu consentimento, sem repartição de benefícios sobre o resultado gerado pelos conhecimentos tradicionais sobre os recursos naturais e ainda de forma ilícita. Essa conscientização tem provocado a documentação dos casos de

[48] Indígena do Pueblo de los Pastos, do departamento de Nariño, Colômbia, advogada formada pela Universidade Nacional da Colômbia, especialista em direito constitucional e parlamentar, mestre em estudos políticos.
[49] RUIZ MULLER, Manuel. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina**. Lima-Perú: UICN, BMZ, SPDA, 2006.
[50] RUIZ MULLER, Manuel. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales**... p. 56-58.

biopirataria e uma reação mais intensa e com maior unidade por parte dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Se atualmente há uma forte conscientização a respeito da prática nociva da biopirataria e as perdas que provoca aos países em desenvolvimento e a suas comunidades tradicionais, há também aqueles que defendem tal prática, como vimos nesse capítulo, e que afirmam que a biopirataria não passaria de um mito, sem nenhuma base legal regulamentada. Alegam, além disso, que fundamentos legais e econômicos justificariam essa prática quando explicitados e contextualizados. Mas há outra forma de objeção à proteção dos conhecimentos tradicionais, que é o domínio público. Justificado pela necessidade de maior acesso à cultura e de ampla liberdade de criação, ao entrar em domínio público, uma obra pode ser utilizada pela sociedade em geral sem a necessidade de autorização para isso. É o que veremos a seguir.

3.2 Domínio público, acesso à cultura e conhecimentos tradicionais

O acesso à produção e divulgação de aspectos culturais e a trabalhos intelectuais de terceiros produz vários debates e provoca reações fortes em várias áreas da sociedade. Para Sérgio Branco[51], há aqueles que defendem o acesso cada vez mais amplo às obras intelectuais e assim buscam maior liberdade de criação, e temos também aqueles que defendem uma posição contrária e pregam uma proteção mais intensa dos direitos autorais, então, limitando o acesso a essas obras.

Diante dessa situação, temos um vasto tema que trata da proteção patrimonial dos direitos do autor, ou melhor, à falta dessa proteção, que é o chamado domínio público. Quando uma obra entra em domínio público, normalmente por se atingir o prazo estipulado na lei de direitos autorais, a sociedade pode se utilizar das obras sem a necessidade de autorização ou anuência dos seus autores ou demais titulares dos direitos autorais, podendo inclusive realizar seu uso de cunho comercial e até auferir lucros com isso. Segundo Sergio Branco, "o domínio público representa o fim dos direitos patrimoniais do autor, normalmente em razão de ter sido atingido o prazo previsto em lei"[52].

---

[51] BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro – uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
[52] BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**... p. 02

Quando uma obra entra em domínio público, temos um estímulo à criação intelectual e com isso a sociedade como um todo não precisa de autorização, nem de licença ou mesmo de pagamento de direitos autorais para a utilização da obra. Esse é um tema que se torna relevante por abordar questões que envolvem a educação, a cultura e o acesso ao conhecimento. E é complexo, pois envolve diferentes áreas do Direito, tanto do direito civil, como personalidade, propriedade e sucessão, por exemplo, como do próprio direito autoral, do direito internacional e do direito constitucional, além de envolver aspectos econômicos e sociais.

Diversas são as decorrências que a divulgação de obra em domínio público pode provocar. Conforme cita Sérgio Branco, essas são algumas das possíveis consequências:

> a) maior acesso à cultura e à informação, promovendo desenvolvimento educacional e cultural do país;
> b) maior efetividade ao princípio constitucional da liberdade de expressão;
> c) crescimento econômico por conta da maior circulação de obras culturais;
> d) maior segurança jurídica quanto ao uso de obras de terceiros que tenham ingressado em domínio público.[53]

Não podemos confundir o domínio público do direito autoral com o domínio público do direito administrativo. Para o administrativista José Cretella Junior, domínio público é o "o conjunto dos bens móveis e imóveis de que é detentora a Administração Pública, afetados quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico público derrogatório e exorbitante do direito comum e, portanto, informado por princípios publicísticos"[54]

Apesar de homônimos, segundo Sérgio Branco[55], são institutos diferentes. O domínio público do direito autoral não é regido por normas do direito público e é impossível a sua apropriação por terceiros em decorrência de autorização estatal. Diferentemente do domínio público do direito administrativo, o bem poderá, em algumas situações, sofrer desafetação[56].

---

[53] BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**... p. 04
[54] CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 204.
[55] BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**...
[56] BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**... p. 56. Destaca-se que, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, desafetação é o "fato administrativo pelo qual um

Sérgio Branco, ao referir-se sobre o domínio público, ressalta ainda a necessidade de se abordar a perspectiva da sociedade sobre esse instituto. Isto é, se por um lado, temos a perspectiva do autor da obra, da criação intelectual, de usufruir dos direitos do autor, como estabelece a legislação, por outro percebemos que esses direitos patrimoniais não são perpétuos e que, com o transcurso do tempo, a obra pode entrar em domínio público e não ter mais a proteção econômica que a lei do direito do autor determina.

Cabe ressaltar, conforme afirma Sérgio Branco, que os motivos para uma obra entrar em domínio público não são apenas aqueles que são impostos legalmente, isto é, o domínio público não se justifica apenas pela imposição legal. O direito autoral é construído socialmente e a explicação para o domínio público também tem respaldo social. Dessa forma, o domínio público seria uma forma de se devolver à sociedade a inspiração proporcionada por ela ao autor.

Além disso, com o domínio público, alguns preceitos constitucionais a ele conexos se efetivam, como o acesso à informação, liberdade de expressão ou mesmo a dignidade da pessoa humana. Mas é salutar mostrarmos a observação de Manoel J. Pereira dos Santos[57] ao afirmar que, no âmbito constitucional, o aspecto mais controvertido diz respeito à possível colisão entre os direitos fundamentais e os princípios informadores do Direito Autoral. Para esse autor, com a globalização da economia e o aumento da importância econômica do direito autoral, a proteção aos direitos do autor é mais relacionada a interesses da sociedade do que a uma questão eminentemente de regulação de direitos privados. E mais, se tínhamos a necessidade de harmonizar o interesse da coletividade com a difusão do conhecimento e o interesse privado do particular com o seu investimento, agora há também a preocupação de se garantir o livre-comércio, a livre iniciativa e o desenvolvimento dos povos.

Se por um lado temos a necessidade de proteger o conhecimento tradicional, que está diretamente ligado à cultura, por outro temos que considerar que o acesso adequado a esses conhecimentos e à cultura de uma forma geral é importante para

bem público é desativado deixando de servir à finalidade pública anterior". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1191)

[57] SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Siva; WACHOWICZ, Marcos. (coord.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 30.

o fortalecimento da diversidade cultural no regime democrático. Para Denis Barbosa[58], há uma tensão inevitável e necessária entre a propriedade intelectual e o domínio público. Os mecanismos de propriedade intelectual que temos atualmente teriam sido estabelecidos com o intuito de se fugir do domínio público e de algumas características da produção criativa.

O domínio público se insere nesse contexto de preservação dos direitos da propriedade intelectual, mas ao mesmo tempo de valorização do conhecimento e de salvaguarda do acesso à cultura. De acordo com Denis Barbosa[59], o acesso à cultura é tema complexo que pode ser dividido em três tipos diferentes de acesso, para melhor análise: acesso à educação, acesso à ciência e acesso à arte.

a) O acesso à cultura – educação. Sobre esse assunto, Denis Barbosa[60] mostra o aspecto negativo do direito autoral brasileiro em relação aos demais países. Aqui temos um conjunto muito exíguo de limitações ao direito autoral, inclusive com uma forte política de proibição de cópias de material educacional. Apesar da recente iniciativa de uma política institucional a fim de se equilibrar o interesse dos autores com o interesse da sociedade, há ainda um forte questionamento sobre a possibilidade de tais cópias em vários setores sociais, apesar de a Lei de Direitos Autorais permitir essas cópias em determinadas situações, como afirma Sonia Maria D'Elboux[61].

b) Acesso à cultura – ciência. O acesso ao domínio público teve como exemplo durante muito tempo o acesso ao conhecimento científico. O progresso da ciência tem como um de seus pilares a circulação de informações científicas, porém, esse fluxo de informações sofreu sérias restrições a partir de questões estratégico-militares e econômicas, principalmente com a utilização das patentes como forma de monopolizar técnicas de investigação científicas. No caso das questões militares, Denis Barbosa[62] explica que a partir de 1966 houve uma intensa política norte americana de controle de conhecimentos em áreas de interesse militar. Esse

[58] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (coord.). **Direito da propriedade intelectual**: **estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 113-163. p. 116.
[59] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural...
[60] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural...
[61] D'ELBOUX, Sonia Maria. "Pirataria" e acesso ao conhecimento: a questão das cópias destinadas ao ensino. In: ABRAÃO, Eliane Yachoub (org.). **Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade intelectual e bens de personalidade**. São Paulo: Senac, 2006.
[62] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural...p.150.

controle foi ampliado posteriormente para tecnologias de áreas não bélicas e com controle ainda maior aos possíveis estudantes estrangeiros que teriam acesso a esses conhecimentos.

c) Acesso à cultura – a especificidade da arte. Segundo Denis Barbosa, "O direito de exclusiva autoral tem inevitavelmente um custo social: a negativa de acesso aos bens artísticos"[63]. Para esse autor, o acesso à obra é algo insubstituível, pois ela engloba tanto a forma quanto o conteúdo, diferentemente do que ocorre com as informações de cunho jornalístico ou científico. Nessa situação, o domínio público, ao garantir o acesso à obra, irá promover uma distinção entre obra duradoura e obra efêmera.

Ao analisarmos alguns tratados ou convenções internacionais, percebemos a presença de mecanismos que protegem o direito do autor, mas verificamos também instrumentos que promovem o respeito e a importância do acesso à cultura e à liberdade de criação dos membros da sociedade como forma de se proteger o interesse social. Vejamos a seguir algumas dessas convenções e tratados internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 27, deixa clara essas posições tratadas acima:

> Artigo 27
> 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.
> 2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica também prevê a necessidade de se harmonizar os interesses dos estados nacionais e das comunidades tradicionais com os da sociedade em geral. É o que prevêem os artigos 15, item 2, artigo 17, item 2 e artigo 18, item 4. Vejamos:

> **Artigo 15 - Acesso a Recursos Genéticos**

[63] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural...p.151.

> Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.
> 2. Cada Parte Contratante deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras Partes Contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção.
>
> **Artigo 17 - Intercâmbio de Informações**
> 2. Esse intercâmbio de Informações deve incluir o intercâmbio dos resultados de pesquisas técnicas, científicas, e sócio-econômicas, como também informações sobre programas de treinamento e de pesquisa, conhecimento especializado, conhecimento indígena e tradicional como tais e associados às tecnologias a que se refere o § l do Art. 16. Deve também, quando possível, incluir a repatriação das Informações.
>
> **Artigo 18 - Cooperação Técnica e Científica**
> 4. As Partes Contratantes devem, em conformidade com sua legislação e suas políticas nacionais, elaborar e estimular modalidades de cooperação para o desenvolvimento e utilização de tecnologias, inclusive tecnologias indígenas e tradicionais, para alcançar os objetivos desta Convenção. Com esse fim, as Partes Contratantes devem também promover a cooperação para a capacitação de pessoal e o intercâmbio de técnicos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, protege e assegura o interesse das comunidades tradicionais em relação aos seus conhecimentos, mas determina também o respeito à participação na vida cultural e respeito à pesquisa atividade criadora. Como estabelece o artigo 15, item 1, alínea “a” e item 3 do PIDESC:

> ARTIGO 15
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
> a) Participar da vida cultural;
> 3.Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa cientifica e à atividade criadora.

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que tem entre os objetivos no seu artigo 1º "encorajar o diálogo entre culturas a fim de assegurar intercâmbios culturais mais amplos e equilibrados no mundo em favor do respeito intercultural e de uma cultura da paz" e "fomentar a interculturalidade de forma a desenvolver a interação cultural, no espírito de construir pontes entre os povos", estabelece algumas medidas para fomentar a cultura e promover as expressões culturais em seu artigo 7º:

> Artigo 7° - Medidas para promover as expressões culturais
> 1. As Partes procurarão criar no seu território um ambiente que encoraje os indivíduos e os grupos sociais a:
> a) Criar, produzir, divulgar e distribuir as suas pró- prias expressões culturais e a elas ter acesso, atendendo devidamente às condições e necessidades específicas das mulheres, assim como de diversos grupos sociais, incluindo as pessoas pertencentes a minorias e os povos autóctones;
> b) Ter acesso às diversas expressões culturais provenientes do respectivo território e dos outros países do mundo.

Esses tratados e convenções internacionais tratados acima, mesmo abordando temas diferentes, mostram a importância do acesso à cultura. Apesar de considerar os direitos patrimoniais do autor e de seus representantes em diversas situações, o acesso à cultura é fundamental para o desenvolvimento social no estado democrático. Apesar de diversos tratados internacionais abordarem a proteção ao conhecimento tradicional e a preocupação com o acesso à cultura, essa discussão nem sempre foi tão clara. A seguir, mostraremos a dificuldade de inserção da proteção do folclore na Convenção de Berna de 1967 e uma discussão acadêmica entre os professores José de Oliveira Ascensão e Carlos Rogel Vide.

3.2.1 Domínio público, folclore e patrimônio cultural

Ao tratar sobre o tema do folclore, José de Oliveira Ascensão[64] afirma que os textos fundamentais de Direito do Autor não contemplam essa matéria. Conforme

[64] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**. Reimpressão: Coimbra - Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

explica esse autor, os países africanos na revisão da Convenção de Berna em 1967 fizeram uma proposta que continha a inclusão de elementos do patrimônio cultural em obras literárias e artísticas. Esses países africanos reclamavam de uma verdadeira "rapina" que seus patrimônios culturais sofriam. Cânticos característicos dessas populações eram explorados por americanos e europeus através da venda de discos fonográficos sem que houvesse qualquer benefício desses povos em relação aos resultados econômicos e financeiros.[65]

Houve, diante dessa situação, uma clara objeção dos países industrializados alegando-se que a matéria não respeitava o Direito do Autor, pois este seria uma produção individualista, com um titular determinado, e o folclore seria resultado de uma manifestação coletiva de um povo e estaria fora do que seria tratado na Convenção de Berna.

Obviamente os países africanos não concordaram com essa objeção, porém foi feita uma referência (vaga referência) sobre a temática à margem da Convenção.

Interessante a justificativa de José de Oliveira Ascensão sobre a não proteção de elementos do patrimônio cultural e do folclore perante essa resposta dos países industrializados. Segundo o autor, a resposta dos países industrializados estava tecnicamente correta. Ascensão ainda lembra que a legislação portuguesa não contempla a matéria. Seus comentários são os seguintes:

> A lei portuguesa não contempla essa matéria. Poderão considerar-se as obras, relativas ao folclore tombadas no domínio público. E isto porque um dos processos de enquadramento do problema nas leis do Direito do Autor estaria na assimilação destas criações às obras do domínio público, conseguindo-se assim uma remuneração a título de domínio público remunerado.
>
> Também se poderia procurar uma aproximação da obra de autor anónimo. Mas esta é sempre obra de criação individual. Ora, o folclore escapa à própria noção de obra literária ou artística. Embora se não dispensem os actos individuais de criação, esses actos vêm dissolvidos numa verdadeira criação colectiva. Por natureza, estamos por isso fora do Direito do Autor.

[65] Carlos Rogel Vide relembra esse momento exposto pelo professor José de Oliveira Ascensão. Diante desse problema, a UNESCO e a OMPI, segundo Rogel Vide, patrocinaram a Lei Tipo de Tunes sobre o direito do autor para países em desenvolvimento de 1976, respeitando o Convênio de Berna, e traz em seu comentário oficial: "Em los países em desarrollo, el folklore constituye uma parte muy apreciable de su patrimônio cultural, susceptible de explotación económica, cuyos frutos no deberían escapar a otros países" (ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual.** Volumen cuarto. Madrid: Aseda, 2013. p. 38)

> A obra de folclore é assim patrimônio comum do povo. Mesmo que tenha sido criada há menos tempo do que o necessário para a queda no domínio público, o problema de uma proteção individualizada não se coloca. Se suscitasse providências legislativas, teria de ser através de providências especiais, e não por aplicação da disciplina do Direito do Autor.[66]

Carlos Rogel Vide[67] possui entendimento inteiramente contrário ao exposto por José de Oliveira Ascensão. Para Carlos Rogel Vide, que expõe claramente ter posicionamento contrário à doutrina majoritária, o povo, como entidade, não cria nada, mas apenas conhece e repete as lendas, as notícias e histórias sobre acontecimentos, sejam elas reais ou fictícias. Essas histórias são criadas por alguém e posteriormente transmitidas a outras pessoas, de forma oral ou através de fontes escritas. Isto é, são as pessoas que criam as histórias e lendas e não o povo ou a comunidade onde habitam. Com base nesse pensamento, afirma que é incorreto se dizer que a obras advindas da cultura popular não poderiam gerar direitos de propriedade intelectual por não ser possível a identificação de seus autores. E então mostra alguns meios para se proteger tais obras e garantir a existência de direitos patrimoniais e morais que podem ser exercidos pelos autores ou por entidades por eles legitimadas, recorrendo-se, porém, a elementos do Direito Civil. Esse autor deixa explícitas as dificuldades técnicas na utilização desses meios, porém, segundo ele, há a necessidade de se determinar maneiras para se proteger as valiosas "obras del espíritu" e assim evitar a sua espoliação. Primeiramente, Carlos Rogel Vide busca equiparar a figura do autor desconhecido com a do autor ausente do Direito Civil, de tal modo, utilizando-se das regras da ausência, poderia se designar um representante para gerir os direitos sobre as referidas obras. Afirma esse autor:

> En primer lugar, podría intentarse 'mutatis mutandis' la equiparación del autor desconocido com el autor ausente, viendo la posibilidad aplicar, entonces, las reglas propias de la ausência como instituición, contenidas em los artículos 181 y siguientes del Código civil español, designando um representante que se ocupe de la gestión de los derechos sobre las obras creadas por el autor desonocido, que no se sabe quien es ni donde está, a la espera de que aparezca.

---

[66] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**. Reimpressão: Coimbra - Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p. 98-99.
[67] ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual**...

> Em esta línea se mueve, por outra parte, el artículo 15, párrafo 4) del Convenio de Berna, introducido em el mismo a requerimento de determinados países, entre los que destacan los africanos, em la Revisión del Convenio hecha el 1967 en Estocolmo, confirmada en la de París de 1971. Dicho párrafo, titulado expressamente *Caso de las obras folklóricas*, reza así: 'Para las obras no publicadas – esto es y en base al artículo 3, párrafo 3 de Convenio, no editadas com el consentimiento de sus autores, cualquiera que sea el modo de fabricación de los ejemplares – de las que resulte desconocida la identidade del autor, pero, respecto de las que se pueda suponder que éste es nacional de um país de la Unión, queda reservada a la legislación de esse país la faculdad de designar la autoridad competente para representar a esse autor y hacer valer los derecehos de mismo em los países de la Unión'.
>
> La ausência, andando el tempo y como es sabido, puede conducir a la declaracion de fallecimiento, situación, esta última, a la que también se puede llegar diretamente, permitiendo, ello, la apertura de uma sucesión de autor desconocido, por definición intestada, que se cierra com la sucesión del Estado a que se refieren los artículos 956 y seguientes del Código antes dicho.[68]

Outra alternativa proposta para proteger os direitos sobre tais obras seria a utilização de ideias como a solidariedade nas obrigações ou nos danos decorrentes da responsabilidade civil extracontratual. Como aborda o autor:

> En la línea dicha, cabría recurrir también, llegado el caso y 'mutatis mutandis' a ideas tales como la solidaridad en las obligaciones o en los daños determinantes de responsabilidad civil extracontractual. Si, en determinadas circunstancias e ignorándose, pongo por caso, quien, de los integrantes de una partida de caza, hizo el disparo que causó daños a una persona, llega a imputarse la responsabilidad a todos los miembros de la partida dicha, también podría imputarse, en el caso de que se ignore el concreto autor de una obra del espíritu, la autoria de la misma al grupo de personas dentro del cual se sabe, a ciencia cierta o por conjeturas razonables, que está el autor de la obra en cuestión.
>
> Para faciliar tal, bien estaría exigir, cual hace el artículo 5 de las Disposiciones tipo UNESCO/OMPI sobre la protección de las expresiones del folclore de 1982, que, cuando se utilicen éstas, se cite la fuente, simpre que sea identificable,

[68] ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual**... p. 32.

> consignando la comunidade y su lugar geográfico, eN el caso de que no conste el nombre del concreto autor o autores.[69]

O professor Carlos Rogel Vide deixa claro que as obras da cultura popular são obras do espírito que merecem toda a proteção. Obviamente seria mais fácil e interessante haver o prévio registro tanto da obra quanto de seus autores ou das pessoas ou entidades que possam exercitar os direitos patrimoniais. Mas, se devido à antiguidade da obra, por exemplo, ela se torna de domínio público, algumas questões precisam ser esclarecidas, segundo Carlos Rogel Vide. Vejamos:

> Ahora bien, incluso em tales circunstancias varias cosas pueden decirse y han sido dichas, em defensa de las obras em cuestión. Son las siguientes.
> - Tan solo los derechos patrimoniales caen en el domínio público, y ello desde finales el Siglo XIX tan solo, siendo antes perpetua la propiedad intelectual em bloque, sin que sean definitivos los argumentos esgrimidos em el XX para predicar la temporalidade, como he tenido ocasión de señalar en alguna ocasión. Los derechos Morales, em todo caso, permanecen sin limite de tempo.
> - Por outra parte y para evitar la caída em el domínio público de los derechos patrimoniales – domínio público, no se olvide, que puede ser de pago, cual ha sucedido o sucede en Portugal o la Argentina, pago que muchos juzgan idóneo respecto de determinadas obras integradas en la cultura popular.[70]

A questão envolvendo patrimônio cultural e o folclore é tão séria que um fato aparentemente simples causou um incidente diplomático que poderia ter consequências gravíssimas. Em reportagem de Jaime Cordero[71], do Jornal El País, o governo boliviano de Evo Morales acusou o governo peruano de cometer plágio e apropriação do patrimônio cultural depois que a candidata peruana ao concurso Miss Universo, Karen Schwarz, vestiu-se com roupas inspiradas na dança típica boliviana Diablada, que é característica da cidade de Oruro, onde a festa de Carnaval é reconhecida como patrimônio da humanidade pela UNESCO. Essas acusações

---

[69] ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual**... p. 33-34.
[70] ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual**... p.36.
[71] CORDERO, Jaime. El traje típico de uma 'miss' enfrenta a Bolivia y Perú. **Jornal El País**. Lima. 22 ago 2009. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2009/08/22/revistaverano/1250892014_850215.html>. Acesso em 24 mai 2017.

aconteceram no momento em que as relações diplomáticas entre Peru e Bolívia passavam por momentos de instabilidades, entre outros motivos, por ter o Peru concedido asilo a três ex-ministros bolivianos processados na Bolívia e pelas críticas que o presidente da Bolívia Evo Morales fez ao presidente peruano Alan Garcia por permitir a instalação de bases norte-americanas em seu país. Se os países africanos em 1967 reclamaram da "rapina" que seu patrimônio cultural estava sofrendo, a reação não foi tão diferente em 2009 com o incidente que envolveu os dois países sul-americanos citados acima.

3.2.2 Conhecimentos tradicionais, domínio público e Judiciário

A discussão acerca do domínio público, biopirataria e conhecimentos indígenas e tradicionais, apesar de repleto de situações polêmicas, possui poucos embates nos tribunais brasileiros, como afirmam Giovanna Burgos Ribeiro da Penha e Tarin Frota Mont'Alverne[72]. De acordo com as autoras, a provável justificativa de termos uma pequena quantidade de decisões judiciais reiteradas e consolidadas sobre isso é por serem relativamente recentes temáticas como a biopirataria e a apropriação indébita dos conhecimentos tradicionais, de forma que a proteção à sociobiodiversidade seria ainda um direito em construção nos tribunais brasileiros.

Diante desse quadro, para ilustrar a visão do judiciário brasileiro sobre essas temáticas, mostraremos resumidamente decisão judicial analisada pelas autoras Giovanna Burgos Ribeiro da Penha e Tarin Frota Mont'Alverne[73] e as questões relevantes que foram apresentadas. Trata-se da Apelação Cível 70001422948, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 13/06/2002.

Com base nas autoras e de acordo com o relatório do referido acórdão, trata-se de ação de indenização ajuizada por Maria Bernadete Conte em face da empresa H. Stern Comércio e Indústria S/A. Alega a autora, ora apelante, ter feito amplo estudo sobre temática indígena para aplicá-la em jóias que foram expostas em

[72] PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário...p.194.
[73] PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário...

Galeria especializada. Posteriormente, a autora entrou em contato com gerente de marketing da empresa ré, ora apelada, deixando com a mesma o projeto de confecção das joias, com o objetivo de posterior contratação. Alega a apelante que a empresa lançou, cerca de 6 anos depois, coleção de joias inspiradas em tradições indígenas, o que seria considerado prática de plágio por ser inspirada no projeto anteriormente apresentado, segundo afirma a apelante. A empresa recorrida, por sua vez, alegou que a gerente de marketing que tratou com a autora foi desligada em 1991 e que não repassou o projeto para a empresa. E que as joias da coleção tiveram design produzido pelos desenhistas da empresa, com base em diversas publicações sobre o tema. A ação foi julgada improcedente em 1º grau, mas considerada procedente no 2º grau, em votação que se deu por maioria, devendo a autora, ora apelante, ser indenizada por danos morais e materiais. Segue a ementa do acórdão referido:

> DIREITO AUTORAL. COLEÇÃO DE JÓIAS. TRABALHO ANTERIORMENTE ENTREGUE À DEMANDADA PARA EXAME. LINHAS COMUNS DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA. PLÁGIO. OBRA DERIVADA. PESQUISA. DANOS MATERIAIS E MORAIS.
>
> Dá-se relevância à circunstância fática de que o trabalho da autora esteve, em sua inteireza, submetido, mesmo que por 24 horas, a exame da gerente de marketing da demandada.
>
> Conhecida a dinâmica de criação dessas empresas de grande porte, o improvável seria que aquela não se tenha aproveitado da ocasião, para, no mínimo, transferir a obra para o seu banco de dados, manejável, assim, o disposto no art. 355, do CPC.
>
> Há que se distinguir, por outro lado, a contrafação do plágio. No primeiro a obra é simplesmente copiada. Na segunda, ao contrário, a despeito de certa diversidade material, as linhas de criação apresentam algo em comum, sendo que as semelhanças, em verdade, "coincidências", estão exaustivamente apontadas no laudo pericial da assistente técnica da apelante, o qual, por sua precisão e rigor metodológico, merece prevalecer sobre as conclusões genéricas e subjetivas do louvado oficial.
>
> Não se trata, pois, de utilização de tema de domínio público, ou do folclore indígena, mas do próprio espírito da manifestação artística, segundo os ditames da Lei 5.988/73, art. 6º., XII, aqui aplicável.

> Esta também protege a obra derivada, que se constitui em adaptações do trabalho originário, cuja utilização também dependeria da autorização do seu autor.
> A pesquisa apresentada pela ré, além disso, não foi suficientemente convincente, para descaracterizar a presunção acima erigida. Ao contrário, por sua precariedade, mais destacou a situação que essa parte pretendeu negar.
> Caracterizado, portanto, o uso indevido da obra da autora, merece ser esta indenizada pelos danos materiais e morais decorrentes do ilícito praticado.
> APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.
>
> VOTO VENCIDO.
> RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. COLEÇÃO DE JÓIAS COM TEMÁTICAS INDÍGENAS. PLÁGIO NÃO RECONHECIDO.
> Ação de Indenização. Lançamento de jóias com a temática indígena. Alegação de que houve cópia das idéias projetadas e apresentadas anteriormente à empresa joalheira. Plágio não caracterizado em virtude de que a temática dos indígenas brasileiros constitui patrimônio de domínio público. Laudo pericial a atestar que as duas coleções de jóias são distintas. Nexo causal não configurado. (Apelação Cível nº 70001422948, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, Redator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 13/06/2002.)

Nesse Acórdão, o julgamento se deu por maioria, vencido o Desembargador Relator. É interessante a discussão dos argumentos do Relator e do Revisor sobre a existência ou não de plágio e a consequente indenização por uso indevido da obra da autora. Em seu voto, o Desembargador Relator manteve a decisão de 1º grau por suas razões, decidindo pela não ocorrência de plágio e transcreveu partes consideradas relevantes da decisão monocrática. Vejamos algumas das partes transcritas da decisão de 1º grau no voto do Desembargador Relator:

> Entendo que não procede a ação.
> Embora as minuciosas e contundentes razões da autora, em seu memorial de fls. 872/896, não consegui vislumbrar, ao encontro da sua tese, a ocorrência do plágio.
> Não se trata de abordar a questão sob enfoque de que o transcurso dos anos (outubro de **1988**, data em que a autora apresentou à ré o seu trabalho até o

> lançamento da coleção, em setembro de **1994**) não torna inverossímil a afirmação de que o trabalho de Bernadete Conte tenha a ver com a coleção de jóias desenvolvidas pela ré.
>
> O raciocínio trilhado pela autora, no sentido de que, em verdade, as idéias são armazenadas em um banco de dados e, por isso mesmo, crível que a demandada tenha se utilizado da pesquisa e trabalho desenvolvidos por Maria Bernadete – a autora, em suas razões finais, foi pródiga na dissertação de que, na ânsia do dever de criar, tudo é observado, até mesmo o vôo de um inseto, ante o pânico de que, em crise a criatividade, ocorra a crise de produção - não comprova a ocorrência do plágio.
>
> Até porque todo cérebro humano vive povoado de idéias e forma seu próprio banco de dados a partir das experiências vividas, situações observadas, momentos absorvidos, cultura armazenada, não sendo possível, é fato, e daí assistir à ré, alguém passar a ter titularidade sobre idéias, quando mais que tais idéias se desenvolveram com a pesquisa da arte indígena.
>
> Não se discute a permanente necessidade de idéias e o natural esgotamento criativo.
>
> Ocorre que a autora não pode, pois isso será forçar o nexo causal para impingir responsabilidade civil à demandada, simplesmente afirmar "Não é mesmo possível acreditar que não fosse copiado para, pelo menos, compor o banco de idéias da empresa".
>
> Daí indago: e a autora, em sua leitura da arte indígena e afirmação textual de que tentou resgatá-la com vista à área da joalheria, por certo não se utilizou do **banco de dados da própria humanidade**, **já que tais expressões culturais são patrimônio comum de todos os homens indistintamente?**
>
> É fato, e isso não pode ser controvertido, todos temos bancos de dados formados a partir de milhares de pequenas frações do conhecimento, onde se inclui aquilo que extraímos do dia-a-dia, até mesmo da Arte observada (música, pintura, escultura, dança, artesanato e outros). (fls. 5-6) [grifo nosso]

Em seguida, afirma ainda o Desembargador Relator em seu voto, já com suas próprias razões:

> [...]
>
> Pouco se teria a acrescentar aos fundamentos da sentença, senão o fato de que,

> como sói acontecer em casos similares, registra presença maciça o subjetivismo do decisor, que vê e observa os fatos, dando-lhes interpretação segundo seu livre convencimento, ditado, por certo, por sua bagagem cultural, sua idiossincrasia, nunca se afastando do princípio da razoabilidade e da crítica sã a respeito da prova coligida aos autos.
>
> Se a interpretação única e verdadeira é aquela formada no silogismo da inicial, então não seria dado a ninguém explorar, em todas as formas de expressão cultural e plástica, outras formas e origens presentes na natureza.
>
> Não mais se poderia pintar, esculpir, fotografar, e mesmo desenhar uma pena, um arco, um vaso.
>
> Mas, penso, não é assim que se passa na realidade cultural em que vivemos, - e tampouco na realidade legal – onde as elucubrações mentais partem sempre de um ponto pré-existente, seja ele de qualquer origem.
>
> E nem por isso se estará sempre frente ao plágio, à contrafação.
>
> **Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma, como diria Lavoisier.**
>
> Apreciei demoradamente os desenhos feitos pela autora, analisando-os em cotejo com as idéias ditas originais. Em verdade de original nada têm eles, já que, em alguns casos, chegam a ser expressão fiel, cópia idêntica dos modelos de onde partiram. Nesse caso, onde estariam os direitos dos indígenas? Teriam eles proteção idêntica à da autora, mesmo sem a presença de um depósito no álbum próprio?
>
> Diria a autora que foram tão somente copiadas as idéias. Contudo, em nada estariam alterados os fatos. (fl. 12) [grifo nosso]

O Desembargador Revisor-redator para o acórdão por expressar o voto vencedor trata a questão de forma diversa, entendendo que houve o plágio e consequentemente o uso indevido da obra da autora. Segundo seu voto:

> Quanto ao apelo, também não vejo – da mesma forma que o nobre advogado já mencionado – como se poderia não dar valor à circunstância fática de que o trabalho da autora esteve, em sua inteireza, submetido, mesmo que por 24 horas, a exame da gerente de marketing da demandada.
>
> Conhecida a dinâmica de criação dessas empresas de grande porte, o improvável seria que aquela não se tenha aproveitado da ocasião, para, no mínimo, transferir a obra para o seu banco de dados.

Nesse sentido, foi muito bem lembrado o disposto no art. 335, do CPC, que por encerrar princípio geral, muitas vezes é esquecido pelos operadores do direito, cuja redação vale a pena aqui ser lembrada:

Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Não fosse assim, como se explicaria, então, que cerca de seis anos depois, a poderosa demandada apresentasse, ao público, coleção "inédita" de jóias, portadora de inegáveis semelhanças com a linha de expressão artística adotada pela autora e que, sem dúvida, transbordaram a alegada identidade temática.

Tais semelhanças, em verdade, "coincidências", estão exaustivamente apontadas no laudo pericial da assistente técnica da apelante, o qual, por sua precisão e rigor metodológico, merece prevalecer sobre as conclusões genéricas e subjetivas do louvado oficial.

Para que se evite repetições indevidas, reporto-me a esse laudo, que pode ser localizado a fls. 750/852 dos autos.

Há que se distinguir, por outro lado, a contrafação do plágio. No primeiro a obra é simplesmente copiada. Na segunda, ao contrário, a despeito de certa diversidade material, as linhas de criação apresentam algo em comum. Não se trata, pois, de utilização de tema **de domínio público**, ou do folclore indígena. Mas do próprio espírito da manifestação artística.

A Lei 5.988/73, aplicável ao caso, em seu art. 6º, deixa claro que "são obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, XII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura e litografia."

Mas não é só: mesmo que não se pudesse alçar a figura em exame à categoria acima declinada, a lei também protege a obra derivada, que se constitui em adaptações do trabalho originário, cuja utilização também dependeria da autorização do seu autor.

Por fim, a pesquisa apresentada pela ré não foi suficientemente convincente, para descaracterizar a presunção acima erigida. Ao contrário, por sua precariedade, mais destacou a situação que essa parte pretendeu negar. A respeito, do trabalho acima referido, destaco a sua primeira conclusão (fl. 847):

Resta-nos concluir que tornou-se necessário "aumentar" o volume das "pesquisas" realizadas, para "impressionar" a quem não tem familiaridade com este tipo de trabalho. Passar a idéia de que havia sido feita uma "vasta"

> *pesquisa. Como isto não ocorreu, como esta pesquisa não foi tão aprofundada assim, restou este artifício.*
> *Conclui-se, portanto, que não houve uma pesquisa aprofundada pela simples razão de que ela já havia sido feita e "apresentada" à empresa. Restava a esta escolher apenas alguns caminhos alternativos para que não se configurasse uma "réplica" completa dos trabalhos da autora. A meu ver, esta atitude evidencia a necessidade de "disfarçar".*
> Caracterizado, portanto, o uso indevido da obra da autora, merece ser esta indenizada pelos danos decorrentes do ilícito praticado, sendo que o percentual pretendido – 6% sobre o valor de toda a produção dos modelos de jóias da linha indígena colocados no mercado pela ré, pelo preço de venda ao consumidor – apresenta-se razoável, até porque apenas impugnados genericamente em contestação, o que deverá ser objeto de regular liquidação de sentença, por arbitramento, atualizando-se oportunamente os valores a serem considerados, com juros legais desde a citação.
> Também devidos os danos morais, que, no caso, defluem automaticamente do fato indigitado, desnecessitando de maiores comprovações. **Basta que se imagine a situação da autora, que teve sua condição de criadora invertida, vendo sua obra praticamente inviabilizada para o mercado [grifo nosso]**, em face da similitude com a coleção lançada pela demandada. (fls. 16-18) [grifo nosso]

Sem adentrar no mérito da decisão em si, no caso a concessão da indenização, mas abordando diversas questões sobre o direito de propriedade intelectual, domínio público e os conhecimentos indígenas e tradicionais tratadas no acórdão de segundo grau e nos trechos da decisão de primeiro grau transcritos no acórdão, Giovanna Burgos Ribeiro da Penha e Tarin Frota Mont'Alverne[74] fazem uma análise crítica dessa decisão judicial e expõem observações relevantes.

As autoras criticam o voto vencido do Desembargador Relator. Sobre a titularidade dos direitos intelectuais associados aos conhecimentos indígenas e tradicionais há um ponto relevante e que é tratado com destaque na referida decisão. Trata-se da titularidade dos bens culturais imateriais. A despeito de uma profunda discussão sobre essa titularidade, refletida nos debates sobre proteção do

[74] PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário...

conhecimento tradicional, a decisão não entende que as expressões culturais indígenas são propriedade intelectual dos povos indígenas. O voto do Desembargador Relator estabelece, transcrevendo a decisão de primeiro grau, que as expressões culturais são patrimônio comum de todos os homens indistintamente, ou seja, "patrimônio da humanidade, passível de apropriação por terceiros de forma simplista e reduzida"[75].

Mas Giovanna Burgos Ribeiro da Penha e Tarin Frota Mont'Alverne também criticam o voto do Desembargador Revisor considerado vencedor. Para justificar a incidência de danos morais, o Desembargador Revisor afirma: "Basta que se imagine a situação da autora, que teve sua condição de criadora invertida" (fl. 18). Essa afirmação é criticada, pois seria direcionada para a autora da ação judicial, no caso a autora do projeto de joias inspiradas no conhecimento indígena. E em momento algum é direcionada para os povos indígenas, verdadeiros autores, criadores dos conhecimentos indígenas.

3.2.3 Enfraquecimento do domínio público

O surgimento de novos meios digitais, especialmente os relacionados à internet, gerou inicialmente uma esperança de acesso livre à informação, com a expectativa de uma nova relação com o conhecimento, sem intensa proteção do sistema jurídico autoral. Apesar dessa expectativa, o que se percebeu foi um recrudescimento dos meios técnicos de proteção e do sistema jurídico autoral devido a experiências comerciais consideradas positivas.[76].

No caso da ciência, por exemplo, tivemos a experiência da mudança da ideia de ciência livre para uma ciência comercial e consequentemente uma substituição de uma cooperação entre os cientistas para uma postura de competição. Principalmente com base em mudanças legislativas nos EUA, que permitiram o patenteamento de organismos vivos (caso *Diamond v. Chakrabarty*) e a autorização das universidades em patentear inovações financiadas com recursos públicos (*Bayh-Dole Act*), agora os cientistas e centros de pesquisa focam suas pesquisas para

[75] PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário...p. 204.
[76] BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Siva, WACHOWICZ, Marcos. (Coord.). **Direito da propriedade intelectual**: **estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 113-163. p. 153.

projetos que gerem patentes e *royalties*. Um projeto inicial que rendeu dividendos comerciais para os Estados Unidos posteriormente influenciou outros países do mundo, o que gerou uma verdadeira privatização do domínio público.[77]

[77] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 172.

4 POSSÍVEIS ABORDAGENS NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

4.1 Direitos culturais

Os direitos culturais[1] são normalmente estudados de forma conjunta com os direitos econômicos e sociais, seguindo a linha da já conhecida sigla DESC, que é utilizada nos tratados e em legislações internas de diversos países ao se referirem a tais direitos. Porém, se por um lado temos uma vasta bibliografia sobre os direitos econômicos e uma abordagem ainda mais ampla sobre os direitos sociais, temáticas muito abordadas em tempos de crises, por outro lado não percebemos a mesma desenvoltura e amplitude da doutrina ao tratar dos chamados direitos culturais, que ficam colocados num terceiro plano, se levarmos em consideração a importância que se dá atualmente aos direitos econômicos e sociais. Percebe-se, nesse ponto, um desequilíbrio no tratamento.

Na Europa, várias discussões sobre a situação dos direitos sociais em tempos de crise acontecem[2], envolvendo professores de importantes universidades e centros de pesquisa. Mas o debate sobre os direitos culturais mais uma vez fica em segundo ou terceiro plano, muitas vezes nem mesmo considerados em situação de crise.

Na América do Sul, e em especial no Brasil, identificamos uma maior importância no tratamento dos direitos culturais, se compararmos com aquele que ocorre na Europa. Temos que considerar que os direitos culturais na América do Sul têm fortes relações com questões econômicas. Elementos artísticos, danças e músicas, por exemplo, tem um impacto direto no aspecto econômico de muitos países sul-americanos. No Brasil, a diversidade cultural envolve um número significativo de festividades regionais e religiosas que impactam todas as regiões do território brasileiro. Essas festividades são consequência da força cultural no Brasil

---

[1] Francisco Humberto da Cunha Filho diferencia direito à cultura e direito da cultura. Direito à cultura seria algo genérico e abstrato e corresponderia ao direito de participar da vida a comunidade. Direito da cultura conduz a relações específicas e estaria relacionado às políticas públicas. Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**. [online], São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011. p 118 - 119. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 16 mai 2017.

[2] Dentre outros, refira-se o abrangente estudo de BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

e refletem a importância da expressão cultural brasileira. Nessas festividades, milhares de pessoas trabalham e milhares de turistas consomem produtos ligados ao folclore, à cultura regional e à religiosidade. Se temos o Carnaval brasileiro como grande evento representativo da força da diversidade cultural na economia brasileira, cada região possui festividades cuja cadeia produtiva inclui trabalhadores de diferentes áreas, com vínculo formal ou não, além de diversas atividades econômicas, como é o caso da impressão e reprodução de gravações, educação pública e privada, atividades artísticas e os espetáculos. São exemplos dessas festividades, além do Carnaval, as Festas Juninas, o Festival Folclórico de Parintins, o Círio de Nazaré, a Lavagem do Bonfim, além das demais festas de caráter cultural e religioso[3]. No caso específico do tema deste trabalho, já mostramos o aspecto econômico que os conhecimentos tradicionais possuem e a sua capacidade de geração de renda, principalmente com a possibilidade de repartição dos benefícios.

Um dos problemas de trabalharmos os direitos culturais está diretamente relacionado à dificuldade em se definir o que é cultura. Aliás, já mostramos que a resposta óbvia ao se perguntar o que são os direitos culturais é dizer que são os direitos relacionados ao acesso e à proteção da cultura. Definir cultura, porém, não é uma tarefa fácil, como já percebemos a partir das discussões travadas na Antropologia Social.

Se trabalhamos alguns conceitos de cultura a partir de estudos antropológicos, também devemos perceber que vários instrumentos legais auxiliaram na delimitação e fortalecimento do conceito de cultura, proporcionando um reconhecimento universal dos direitos culturais. Rosa Ana Alija Fernandez[4] trabalha alguns desses conceitos de cultura e de direitos culturais, muitos deles presentes em instrumentos jurídicos do direito internacional. Vejamos alguns desses conceitos presentes em instrumentos jurídicos internacionais importantes.

A Declaração do México sobre as Políticas Culturais, de 1982, logo na sua

[3] Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas mostra que além do impacto financeiro, o setor da cultura possui uma grande capacidade de estimular a economia se comparado em a outros setores. Cf. FGV PROJETOS. **A cultura na economia brasileira – perfil socioeconômico**. n. 23. 2015. p.112-123

[4] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a La especificidad de La exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales. In: BONET PEREZ, Jordi; ALIJA FERNANDEZ, Rosa Ana (eds.). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 125-144.

introdução, mostra a tentativa da UNESCO em ampliar as discussões sobre os problemas culturais no mundo contemporâneo, além de buscar formular novas diretrizes que mostrem a importância do aspecto cultural no desenvolvimento, bem como aprofundar a cooperação cultural internacionalmente. Diante de um crescimento da conscientização sobre a identidade cultural e o direito à diferença, bem como frente à necessidade de se respeitar mutuamente as culturas diferentes, a Declaração do México, de 1982, considerou os conceitos de cultura, o direito à cultura, o desenvolvimento cultural, além da relação da cultura com demais áreas da sociedade.[5]

Essa postura da UNESCO já é consequência da sua Convenção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que aprovou, em 1966, a Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional. No artigo 1º dessa Declaração, se estabelece:

> **Artigo I**
>
> 1. Cada cultura tem uma dignidade e um valor que deverão ser respeitados e preservados.
> 2. Cada povo tem o direito e o dever de desenvolver a sua cultura.
> 3. Na sua rica variedade e diversidade, e nas influências recíprocas que exercem entre si, todas as culturas fazem parte do património comum de toda a Humanidade.

Importante observação que Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas[6] fazem do artigo 5º da referida Declaração:

> **Artigo V**
>
> A cooperação cultural é um direito e um dever de todos os povos e de todas as nações, que devem partilhar entre si os seus conhecimentos e competências.

Segundo os autores, o artigo 5º provavelmente é o enunciado mais relevante da Declaração de Princípios de Cooperação Cultural Internacional por afirmar ser

---

[5] Luiz Fernando da Silva mostra que a UNESCO teve uma preocupação de proteger a cultura local e assim evitar o processo de homogeneização cultural, não se colocando apenas com reguladora de padrões jurídicos de bens culturais. Cf. SILVA, Luiz Fernando da. Unesco, cultura e políticas culturais. **XV Encontro de Ciências Sociais do Norte e Nordeste e pré-alas Brasil** 04 a 07 de setembro de 2012, UFPI, Teresina – PI.

[6] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216... p. 1981.

um direito-dever o compartilhamento de conhecimentos e competências culturais entre os povos e nações. Esse enunciado requer que os Estados assumam o compromisso diante do Direito Internacional de proteger a interculturalidade[7] e assim seja possível compreender de forma mais profunda diversidade cultural através de um diálogo entre as culturas num espaço cultural comum[8].

Uma definição relevante de direitos culturais é aquela presente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. O PIDESC trata, no item 1 do seu artigo inicial, do direito à autodeterminação dos povos e do desenvolvimento cultural e no artigo 15 cita alguns dos direitos culturais:

> Artigo 1º
>
> 1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
>
> Artigo 15
>
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
>
> a) Participar da vida cultural;
>
> b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
>
> c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
>
> 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.
>
> 3.Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa cientifica e à atividade criadora.

---

[7] HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberber e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Dundação Boiteux, 2009.

[8] Segundo Carlos Alberto Molinaro: "[...] quando falamos de interculturalidade queremos dar significado a uma especial forma de relacionamento entre um conjunto de conhecimentos, informações, saberes adquiridos e que ilustram indivíduos, grupos sociais, ou sociedades, segundo uma perspectiva evolutiva. Ademais, cada manifestação cultural edifica sua própria expectativa de mundo, deste modo, a perspectiva intercultural habilita-nos a compreender e rearticular a existência de outros modos pelos quais são possíveis as apercepções dos conhecimentos, ademais de outras possibilidades de interpretar a realidade percebida." MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, direitos humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. **Revista de Bioética y Derecho**. 39: 2017, p. 106.

> 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Temos ainda o conceito de cultura estabelecido no artigo segundo, item "a", da Declaração de Friburgo sobre os Direitos Culturais:

> a. o termo 'cultura' abrange os valores, as crenças, as convicções, as línguas, os conhecimentos e as artes, as tradições, as instituições e os modos de vida pelos quais uma pessoa ou um grupo de pessoas expressa sua humanidade e os significados que dá à sua existência e ao seu desenvolvimento;

Esses conceitos postos em instrumentos internacionais refletem a complexidade do termo "cultura", tentando abordar seus aspectos individuais e coletivos e suas características capazes de promover uma transformação social. Esses instrumentos também possuem a característica que buscar garantir uma exigibilidade do conteúdo tratado em seu texto, e no caso específico, tentar efetivar, pelo menos no plano internacional, os direitos culturais.

Temos que perceber que esses instrumentos internacionais também geram influências no plano interno de vários países, seja pela repercussão que os seus conteúdos promovem perante a opinião pública ou, em termos jurídicos, por gerar efeitos práticos ao inspirarem a criação de leis internas. Os instrumentos internacionais também podem gerar efeitos no país, caso incorporados a seu sistema jurídico interno, fazendo-se uso do chamado controle de convencionalidade.[9]

A dificuldade na definição do termo cultura encontra espelho no mesmo problema que encontramos em definir os direitos culturais. A inserção nos instrumentos jurídicos internacionais da proteção aos direitos culturais consolidou a existência desses direitos e propiciou a criação de outros direitos culturais[10].

---

[9] Maira Citlalli Sanchez Ayala desenvolve o princípio da convencionalidade, suas origens e a interpretação diante de normas internacionais de Direitos Humanos, a partir das experiências do México e do Brasil. Cf. SANCHEZ AYALA, Maira Citlalli. **El control de convencionalidad: um estúdio comparado entre Brasil y Mexico**. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD da PUC/RS. Porto Alegre: PUC/RS, 2016. p. 43 e ss.

[10] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...p. 127 e ss.

Citaremos agora mais alguns exemplos de instrumentos internacionais que abordam a cultura e os direitos culturais.

Estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, nos seus artigos 22 e 27:

> Artigo XXII:
> Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.
>
> Artigo XXVII
> 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
> 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Por seu turno, dispõe o Protocolo de San Salvador para a Convenção Americana de Direitos Humanos, concluído em 1988, no seu artigo 14, em que os Estados signatários se comprometem em garantir a liberdade para a pesquisa científica e a para a atividade de criação:

> Artigo 14
> Direito aos benefícios da cultura
> Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:
> a. Participar na vida cultural e artística da comunidade;
> b. Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico;
> c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.
> 2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.

> 3. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora.
> 4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, no seu artigo 17 reconhece que é dever do Estado a proteção da moral e dos valores tradicionais da comunidade:

> Artigo 17
> 1.Toda pessoa tem direito à educação.
> 2.Toda pessoa pode tomar parte livremente na vida cultural da comunidade.
> 3.A promoção e a proteção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade constituem um dever do Estado no quadro da salvaguarda dos direitos humanos.

Os direitos culturais ainda são reconhecidos por tratados internacionais que abordam os direitos de grupos específicos, como é o caso dos seguintes documentos:

a) Da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, de 1979, que no artigo 13, alínea "c" assim assevera:

> Artigo 13
> Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher em outras esferas da vida econômica e social a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:
> [...]
> c) O direito a participar em atividades de recreação, esportes e em todos os aspectos da vida cultural

b) Da Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, que no artigo 30 trata das crianças de grupos minoritários e de populações indígenas e no artigo 31, item 2, trata do direito às atividades recreativas e culturais:

> Artigo 30
> Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, nenhuma criança indígena ou que pertença a uma dessas minorias poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião ou utilizar a sua própria língua.
>
> Artigo 31:
> [...]
> 2. Os Estados Partes respeitam e promovem o direito da criança de participar plenamente na vida cultural e artística e encorajam a organização, em seu benefício, de formas adequadas de tempos livres e de actividades recreativas, artísticas e culturais, em condições de igualdade.

c) Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, que no artigo 43, item 1, alínea "g" trata do direito de acesso e participação na vida cultural que o trabalhador migrante e os membros de sua família possuem[11]:

> Artigo 43º 1. Os trabalhadores migrantes beneficiam de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de:
> [...]
> g) Acesso e participação na vida cultural.

d) Da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007:

> Artigo 30
> Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte
> 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de participar na vida cultural, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e tomarão todas as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência possam:
> a) Ter acesso a bens culturais em formatos acessíveis;

[11] Cabe ressaltar que nos termos do artigo 2º, item 1, dessa mesma Convenção, "trabalhador migrante é aquele que vai exercer, exerce ou exerceu alguma atividade remunerada num Estado de que não é nacional".

> b) Ter acesso a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais, em formatos acessíveis; e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Secretaria de Direitos Humanos 59
> c) Ter acesso a locais que ofereçam serviços ou eventos culturais, tais como teatros, museus, cinemas, bibliotecas e serviços turísticos, bem como, tanto quanto possível, ter acesso a monumentos e locais de importância cultural nacional.
> 2. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de desenvolver e utilizar seu potencial criativo, artístico e intelectual, não somente em benefício próprio, mas também para o enriquecimento da sociedade.
> 3. Os Estados Partes deverão tomar todas as providências, em conformidade com o direito internacional, para assegurar que a legislação de proteção dos direitos de propriedade intelectual não constitua barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais.
> 4. As pessoas com deficiência farão jus, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a que sua identidade cultural e lingüística específica seja reconhecida e apoiada, incluindo as línguas de sinais e a cultura surda.

e) Da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, alínea "e", inciso "vi", em que os países signatários comprometem-se a eliminar a discriminação racial no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre eles o direito de igualdade de participação nas atividades culturais:

> Artigo V
> De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...]
> e) direitos econômicos, sociais culturais, principalmente: [...]
> vi) direito a igual participação das atividades culturais;

A partir do que foi estabelecido nos documentos acima, que retratam o caráter de diversidade e de participação individual e social da cultura, é possível se

extrair, segundo Alija Fernandez[12], quatro direitos culturais vistos com principais por seu caráter multiétnico, que aborda um processo de participação social. Seriam os seguintes:

a) O direito de participar da vida cultural, com os seguintes elementos: participação na vida cultural, acesso à vida cultural e a contribuição para a vida cultural;

b) O direito de usufruir dos benefícios do progresso científico;

c) O direito de cada pessoa se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais correspondentes por razões das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor;

d) O direito de liberdade para a investigação científica e atividade criadora

Além dos quatro direitos acima, também são reconhecidos como direitos culturais o direito à identidade cultural ou o direito ao patrimônio cultural, além de outros.

4.1.1 Direitos culturais e a dimensão cultural dos Direitos Humanos

Uma das dificuldades em se definir os direitos culturais[13] diz respeito à interconexão que eles possuem com os direitos humanos, uma vez que todos os direitos humanos possuem uma dimensão cultural.[14]

Esse aspecto traz em si um possível paradoxo, pois se por um lado devemos proteger os direitos culturais e, portanto, não permitir qualquer discriminação tendo em vista o elemento cultura, por outro lado não podemos permitir que as diferenças culturais promovam violações aos demais direitos humanos universais.

---

[12] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...

[13] Com preocupação na terminologia adequada e precisa, ao tratar sobre culturalismo, multiculturalismo e direitos culturais, Francisco Humberto da Cunha Filho (2011) esclarece as diferenças entre eles. Enquanto o culturalismo embasa uma teoria que explica o direito com base na cultura, o multiculturalismo seria uma ideia de convivência dos povos com base nos valores culturais. Os direitos culturais pressupõem direitos específicos, com núcleo concreto e ligados à cultura. Dessa forma, enquanto o culturalismo é uma teoria, multiculturalismo é uma ideologia e os direitos culturais seriam a práxis. Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**. [online], São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011. p 116 - 118. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf>. Acesso em: 16 mai 2017.

[14] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales... p. 131.

Ou seja, toda discriminação que ocorra com base em questões culturais será contrária ao Direito Internacional.[15]

Dessa forma, alguns direitos têm uma relação muito próxima com os direitos culturais, como é o caso da liberdade de expressão. A Convenção para a Diversidade Cultural, de 2005, em seu artigo 2º, item 1, considera que a liberdade de expressão é necessária para se proteger essa diversidade[16]. Assim, temos um exemplo de como a proteção aos direitos culturais pode ser fortalecida com o instrumental jurídico que protege outros direitos humanos, nesse caso, a liberdade de expressão. Assim, a liberdade de investigação científica e a atividade de criação, que são direitos culturais, são protegidas também pelo direito de liberdade de expressão. Desse modo, o Estado possui mais um mecanismo que o obriga a proteger os direitos culturais[17], no caso, os instrumentos jurídicos que consagram a proteção ao direito de liberdade de expressão.

Sobre esse tema, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que a livre atividade de criação é englobada pelo direito de liberdade de expressão, como preceitua o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos[18], de acordo com

---

[15] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales... p. 131.

[16] Convenção sobre a Diversidade Cultural. Artigo 2 - Princípios Diretores
1.Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais
A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação.

[17] Carlos Frederico Mares de Souza Filho afirma que o reconhecimento da diversidade cultural e étnica somente será integral quando não houver diferença de status entre as culturas etnicamente diferenciadas e a chamada cultura "nacional" brasileira. Sobre os direitos culturais, o autor faz uma importante reflexão diante da quantidade de "mentiras" que são prolatadas sobre os povos indígenas nas salas de aula do Brasil. Segundo ele: "Direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras" (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 158-159).

[18] **Artigo 10.º**
(Liberdade de expressão)
1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde

o decidido no caso Müller e outros vs. Suíça, em decisão de 24 de maio de 1988, parágrafo 27, Série A, número 133.[19].

O princípio da igualdade, por exemplo, consagrado internacionalmente, impede que haja discriminação motivada por questões culturais. Ou seja, os Estados não podem, segundo normas consagradas internacionalmente, violar direitos humanos com base em discriminação de caráter cultural. Por outro lado, o completo gozo dos direitos culturais não pode permitir a violação de direitos humanos. Esse seria, portanto, um limite aos direitos culturais, isto é, não se pode implementar um direito cultural que viole os demais direitos humanos. No caso dos direitos culturais, essa é uma grande preocupação, pois há diversos direitos humanos que são próximos a eles e muitas vezes essa vinculação é fundamental para que os direitos culturais sejam efetivados. Como afirma Alija Fernandez:

> El CDESC también ha apuntado la vinculación intrínseca entre el derecho a participar en la vida cultural y el derecho a la educación; el derecho a la intimidad; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de opinión y expresión; la reunión pacífica y la libertad de asociación.[20]

Uma outra característica a respeito dos direitos culturais relaciona-se a quem seriam seus titulares. Nesse aspecto, há nos direitos culturais tanto uma dimensão individual quanto uma dimensão de ordem coletiva. A rigor, seguindo o artigo 15 - do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que se refere aos titulares desses direitos como "toda pessoa", temos uma dimensão de ordem individual. Porém, várias interpretações mostram a complexidade da titularidade dos direitos culturais e expandem a titularidade para a dimensão coletiva. Para alguns direitos, há a necessidade que a titularidade seja também coletiva, como, por exemplo, nos casos de direitos culturais que se aplicam a minorias, a povos indígenas ou mesmo comunidades tradicionais, principalmente

ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

[19] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Müller and Others v. Switzerland**. Aplication n. 10737/82. Strasbourg. Judgment 24 may 1988. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487>. Acesso em: 04 jul 2017.

[20] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales... p. 132.

aqueles direitos que se relacionam às formas de vida, organização social, pluralismo jurídico ou mesmo pluralismo cultural. Como afirma Alija Fernandez:

> El reconocimiento de derechos culturales a minorías y pueblos indígenas permite concluir entonces que existen derechos culturales colectivos. Ahora bien, no parece que de la precisión que el CDESC hace del alcance de la referencia a 'toda persona' se pueda derivar que todo derecho cultural es colectivo, sino que solo podrá serlo en medida en que el Derecho internacional reconozca a una colectividad la capacidad de ser titular del mismo, como en efecto ocurre con las dos indicadas. En el resto de casos, la titularidad sería individual, aunque con una innegable dimensión colectiva, en la medida en que algunos derechos culturales 'solo pueden existir se son practicados por una comunidad'.[21]

O entendimento da titularidade coletiva dos direitos culturais também assume importância relevante quando consideramos a possível violação praticada por ações do Estado. Dessa forma, o respeito aos direitos culturais ocorre tanto no nível individual, quanto no âmbito coletivo, quando consideramos possíveis violações. É o caso do princípio da igualdade que não pode ser utilizado para tratar com discriminação grupos sociais. A titularidade coletiva favorece inclusive a realização de políticas públicas e demais atividades estatais com o objetivo de se garantir o tratamento igualitário a grupos vulneráveis que sofrem riscos de discriminação por questões étnicas ou culturais.

Em sentido semelhante ao esboçado acima, trabalham Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas[22] ao tratarem da titularidade dos direitos culturais, tendo-se como parâmetro o estabelecido pela Constituição Federal brasileira de 1988. Apesar de tratarmos da Constituição brasileira mais intensamente num momento posterior deste trabalho, em que analisaremos as suas normas relativas à proteção da cultura, é importante anteciparmos o pensamento desses autores sobre a titularidade dos direitos culturais. A Constituição Federal de 1988 confere titularidade dos direitos culturais tanto como direitos individuais, quanto como direitos coletivos. De acordo com os autores:

---

[21] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales... p. 134.
[22] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216...

> A CF garante a titularidade dos direitos culturais com direitos individuais e como direitos coletivos. Como direito individual se firma na característica de cada ser humano, tomado individualmente, tem direito a desfrutar e desenvolver sua vida cultural no interior do grupo social a que pertence, assim, este direito de titularidade individual é suficiente para respeitar e proteger a diversidade cultural e a integridade dos grupos sociais interconectados na vida nacional. Como direitos coletivos os direitos culturais se dirigem a titularidade coletiva das características imprescindíveis para a preservação da identidade e integridade dos grupos minoritários ou não hegemônicos, aparecem com intensidade nas comunidades quilombolas, nas tradicionais e nos povos indígenas, a estes últimos a CF garante o reconhecimento de suas identidades coletivas, incluindo à identidade étnica alguns direitos culturais como os de viverem seus usos, costumes e tradições o que equivale dizer: direitos diferenciados do ser, de autogoverno, direitos sobre as terras e recursos naturais, o que torna os direitos coletivos um componente fundamental das reivindicações indígenas.[23]

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, de acordo com Molinaro e Dantas, garantiu o reconhecimento da cidadania do sujeito ativo culturalmente e também do grupo etnicamente diferenciado como forma de assegurar sua identidade cultural coletivamente. Dessa forma, grupos remanescentes de quilombo, comunidades tradicionais e povos indígenas, que diversas vezes desenvolveram estratégias de invisibilidade social para não serem literalmente massacrados por grupos hegemônicos, tiveram protegidos coletivamente direitos culturais como o de respeito a suas formas de viver, de acordo com seus costumes. Em relação especificamente aos povos indígenas, os autores afirmam que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer e proteger a organização desses grupos, apontou para uma pluralização do Direito, pela força normativa da Constituição, gerando reflexos importantes no contexto social brasileiro, principalmente no que diz respeito aos aspectos culturais, sociais e políticos que esse reconhecimento gerou. Para Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas:

[23] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216... p. 1983.

> A titularidade dos direitos culturais se estende aos autores de todas as manifestações culturais, artísticas, intelectuais, científicas, sejam esses sujeitos singulares ou plurais. Neste sentido, os direitos culturais das populações etnicamente diferenciadas que integram e colaboram para a construção da identidade nacional, com destaque para os povos indígenas uma vez que estes representam, no plano nacional, a máxima diferença cultural.[24]

Fixada a dimensão cultural dos direitos humanos, bem como a sua titularidade plural, reafirma-se a necessidade de proteção e respeito aos direitos culturais. Dessa forma, no que diz respeito às obrigações estatais, Alija Fernandez[25] mostra que o respeito aos direitos culturais faz surgir para o Estado algumas obrigações, entre elas a obrigação de respeitar, de proteger e de garantir o cumprimento. Respeitar para que não adote medidas que limitem os direitos culturais. Proteger para que se tomem as medidas necessárias para impedir que se violem os direitos culturais. E a obrigação de garantir o cumprimento, para que o Estado realize as medidas necessárias para a efetividade dos direitos culturais, sejam tais medidas de ordem legislativa, administrativa ou mesmo judicial.

4.1.2 Limites dos direitos culturais

Assunto que tem se destacado diante das últimas crises mundiais no século XXI diz respeito aos limites dos direitos culturais. Para compreender tais limites cabe ressaltar que, nas palavras de Carlos Alberto Molinaro e Fernando Antonio de Carvalho Dantas, os direitos culturais são espécie de direitos humanos[26] e os direitos humanos são entendidos como direitos fundamentais na ordem internacional. Visto isso, temos que considerar que os direitos culturais têm como limites o respeito e a promoção dos demais direitos humanos reconhecidos internacionalmente[27]. Ou

---

[24] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216... p. 1983-1984.
[25] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...p. 135.
[26] MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216...p. 1980.
[27] "Em que pese os dois termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional. " (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria**

seja, nas situações em que o respeito à cultura viole direitos humanos, o direito à cultura deve ser limitado. Por exemplo, se uma prática cultural viola direitos humanos consagrados como o direito a vida ou a proibição da tortura, nessa situação os direitos culturais devem ser limitados e, portanto, justifica-se alguma limitação ao direito de participar da vida cultural.[28]

Sobre essa limitação, Alija Fernández[29] afirma que três requisitos devem ser observados pelos atos ou práticas estatais capazes de limitar os direitos culturais. Primeiramente, deve-se ter em mente que os direitos culturais são necessários para a promoção do bem-estar geral da sociedade democrática, como estabelece o artigo 4º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Isto é, o fortalecimento dos direitos culturais é um meio de se fortalecer os princípios democráticos, tanto de participação quanto da diversidade. Esse valor simbólico, que favorece a possibilidade de reconciliação social em situações de crise, deve ser observado, de forma que a limitação dos direitos culturais não considere apenas questões de ordem econômica.

Por outro lado, num segundo momento deve-se considerar um não retrocesso no que diz respeito aos direitos culturais. Dessa forma, caso o Estado imponha a necessidade de restrição a direitos culturais, como, por exemplo, a limitação da participação na vida cultural, tal medida deve ser justificada e explicada exaustivamente. Se a adoção da medida que signifique retrocesso de direitos culturais acontece durante contexto de crise econômica (como foi o aumento da carga tributária de produtos culturais na Espanha no início dos anos 2000), as explicações e justificativas para essas possíveis limitações a direitos culturais devem ser ainda mais exaustivas.

E o terceiro requisito, de acordo com Alija Fernández[30], as possíveis limitações aos direitos culturais não podem gerar nenhum tipo de discriminação por motivos de ordem cultural, uma vez que esse tipo de discriminação é terminantemente proibida pelo direito internacional. Dessa forma, medidas que

geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29).

[28] Neste sentido: AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...

[29] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...

[30] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...

significuem limitação aos direitos culturais devem ser cuidadosas para não gerarem qualquer tipo de discriminação, o que é categoricamente vedado em respeito ao direito fundamental da igualdade. Como afirma Alija Fernandez:

> En efecto, a la hora de restringir estos derechos, los Estados deberán ser particularmente cuidadosos, puesto que las posibilidades de afectar en mayor grado las manifestaciones culturales de un grupo determinado e identificable en virtud de su identidad cultural y de incurrir con ello en discriminación resultan más altas en relación con los derechos culturales que con otros derechos.[31]

Mesmo com a possibilidade de limitação dos direitos culturais, diante da importância desses direitos para o desenvolvimento social, verificamos que as restrições devem ser justificadas detalhadamente.

4.1.3 A Exigibilidade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais

A exigibilidade jurídica aplicada aos direitos humanos de uma forma geral, e em especial aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), não pode se resumir a possíveis reclamações para se exigir o cumprimento de obrigações derivadas. É o que afirma Jordi Bonet Pérez[32], que faz excelente trabalho sobre a exigibilidade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais. O autor busca delimitar o significado de exigibilidade jurídica e abordar os mecanismos internacionais da exigibilidade jurídica dos DESC. O significado da exigibilidade jurídica dos DESC assume um sentido pluridimensional, uma vez que não deve ser visto como um instrumento legal artificial para o cumprimento de obrigações, mas sim como resultado de mobilizações e exigências de toda a sociedade civil.

---

[31] AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a La especificidad de La exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales...p.143.

[32] BONET PEREZ, Jordi. Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. In: BONET PEREZ, Jordi; ALIJA FERNANDEZ, Rosa Ana (eds.). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 11-67.

Dentro desse sentido pluridimensional, Jordi Bonet Pérez[33] chama a atenção para os sentidos políticos e jurídicos. A exigibilidade política dos direitos econômicos, sociais e culturais relaciona-se às medidas que devem ser tomadas para a efetividade desses direitos através da implementação de políticas públicas e a criação ou modificação legislativa. A exigibilidade jurídica diz respeito ao reconhecimento jurídico que os direitos econômicos, sociais e culturais possuem diante dos tribunais e é uma garantia diante da inércia legislativa de implementar as ações que promovam tais direitos. A exigibilidade jurídica pode ser direta, quando os tribunais invocam os DESC para evitar uma ação que os viole. Ou pode ser indireta, quando são invocados outros direitos, como o direito à igualdade ou à não discriminação, para que se efetivem os DESC.

Jordi Bonet Pérez[34] mostra alguns instrumentos internacionais que buscam garantir a exigibilidade dos DESC. Vejamos alguns deles:

a) A Declaração de Quito sobre a exigibilidade e realização dos DESC na América Latina e Caribe, de 1998 estabeleceu princípios sobre a efetividade e realização dos DESC, nos seguintes termos:

> Princípios sobre a exigibilidade e a realização dos DESC
> A exigibilidade é um processo social, político e legal. A forma e medida em que um Estado cumpra com suas obrigações a respeito dos DESC não somente tem que ser matéria de escrutínio dos órgãos de verificação do cumprimento das normas que os consagraram e garantiram, mais deve abarcar a participação ativa da sociedade civil nesta tarefa como condição de exercício de sua cidadania. Os DESC são direitos subjetivos cuja exigibilidade pode ser exercida individual e coletivamente.
>
> Os Estados têm o dever de prevenir e sancionar a ocorrência de violações aos DESC por parte dos agentes privados. O Estado é responsável por omitir seu dever de protegê-los, porém, tais agentes devem responsabilizar-se por seus atos e pelas conseqüências destes ante as instâncias de direito interno.
>
> Os direitos econômicos, sociais e culturais são exigíveis através de diversas vias: judicial, administrativa, política, legislativa. A postulação de casos judiciais que

[33] BONET PEREZ, Jordi. Introducción general...
[34] BONET PEREZ, Jordi. Introducción general...

> se referem a estes direitos adquire um maior sentido no marco de ações integradas ao campo político e social, tanto nacional como internacional.

b) Por seu turno, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos previu a necessidade de adoção de providencias, pelos Estados membros, para o desenvolvimento progressivo dos DESC:

> Artigo 26. Desenvolvimento progressivo
> Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

c) Igualmente, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos privilegiou, em suas disposições, a exigibilidade dos DESC, como se verifica na transcrição que segue:

> Artigo 21º
> 1. Os povos têm a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais. Este direito exerce-se no interesse exclusivo das populações. Em nenhum caso o povo pode ser privado deste direito.
> 2. Em caso de espoliação, o povo espoliado tem direito à legítima recuperação dos seus bens, assim como a uma indenização adequada.
> 3. A livre disposição das riquezas e dos recursos naturais exerce-se sem prejuízo da obrigação de promover uma cooperação econômica internacional baseada no respeito mútuo, na troca eqüitativa e nos princípios do direito internacional.
> 4. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se, tanto individual como coletivamente, a exercer o direito de livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais com vistas a reforçar a unidade e a solidariedade africanas.
> 5. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a eliminar todas as formas de exploração econômica e estrangeira, nomeadamente a que é praticada por monopólios internacionais, a fim de permitir que a população de

> cada país se beneficie plenamente das vantagens provenientes dos seus recursos nacionais.
> Artigo 22º
> 1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.
> 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.

No plano constitucional, o professor José Joaquim Gomes Canotilho[35] faz análise interessante sobre a positivação constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa análise é feita a partir da comparação do tratamento desses direitos feitos pela Constituição Portuguesa, de 1976, e pela Constituição Espanhola, de 1978. Segundo o professor da Universidade de Coimbra, o problema dos direitos sociais está em levarmos a sério o reconhecimento constitucional de direitos como direito à saúde, ao ambiente e à cultura. E o caminho para a positivação desses direitos seria a promoção de uma política constitucional das liberdades abertas e progressivas. Ou em suas palavras:

> O caminho, quanto a nós, não dever ser o de procurar desesperadamente uma nova teoria de "direitos absolutos puros", mas sim o de, com base em "pactos fundadores", "antropologicamente amigos", promover uma política constitucional das liberdades "abertas" e "progressistas" (se quisermos pós-modernista), mas sempre intersubjetivamente fraterna.[36]

Abordamos os direitos culturais sob diversos enfoques, expondo diferentes características, mostrando instrumentos jurídicos que contemplam a sua defesa, pois a compreensão dos direitos culturais é essencial para analisarmos a proteção dos conhecimentos tradicionais, tema central deste trabalho.

---

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-68.
[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-68. p. 68.

4.2 Biotecnologia e conhecimentos tradicionais

A proteção do conhecimento, incluídos os conhecimentos tradicionais, avançou com o tempo e com o surgimento de inovações tecnológicas que geraram modificações na forma de se compreender os bens culturais, consequentemente com reflexos nessa proteção[37]. São exemplos dessas inovações os avanços na genética, na biologia molecular e na biotecnologia. Alia-se a isso uma necessidade nos dias atuais de se proteger o meio ambiente como forma de garantir uma vida digna para as gerações futuras. Analisaremos, neste momento, a transformação que esses avanços provocaram na proteção do conhecimento tradicional e mostraremos, diante das diversas propostas, os dois grandes modelos de proteção do conhecimento tradicional.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho[38] mostra que o patrimônio cultural envolvia o patrimônio arquitetônico, artístico e literário e compunha o chamado patrimônio da humanidade. No começo do século XX, alguns sistemas jurídicos começaram a protegê-lo, regulamentando-se os direitos intelectuais da produção artística e literária. Surgia então uma novidade que seria o estabelecimento de dois direitos individuais sobre o mesmo bem, um direito material que seria o direito econômico sobre a coisa e outro direito imaterial que seria o direito do autor. Carlos Frederico Marés usa como exemplo um livro. Nesse caso, haveria um direito econômico sobre o livro e um direito de autor. Dessa forma, o autor teria os dois, mas poderia dispor do direito material e vender os direitos de publicação, que passaram a ser chamados de *copy rights*. Segundo o professor Carlos Frederico Marés, aconteceu algo semelhante em relação ao patrimônio cultural. Temos, da mesma forma, dois direitos, sendo um econômico e outro moral. Todavia, no caso do patrimônio cultural, o direito moral pertence sempre à coletividade. De acordo com esse autor:

---

[37] SILVA, José Everton,; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual: uma proposta para futura repartição de ganhos. **Revista da Unifebe**. Unifebe, Brusque, v. 1, n. 11, dez. 2011. p.144-157.

[38] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais e bem cultural. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153-168.

> Olhemos mais perto os bens culturais intangíveis. Todo bem cultural tem em si uma evocação, representação, lembrança, isto é, sobre a materialidade do bem existe uma grandeza imaterial que exatamente lhe dá o conteúdo cultural. O bem cultural pode ser uma cachoeira, uma casa ou uma obra de arte, mas sua qualidade cultural não está na materialidade, e sim no que representa. Não é o material da casa, nem a água da cachoeira, nem a tela e as tintas que qualificam o valor cultural, mas o que de forma intangível o ser humano lhe atribui, seja como beleza, seja como evocação mística ou lembrança histórica. Portanto, todo valor cultural é uma **imaterialidade**. Muitos bens culturais, para existir, dependem de um bem material, que chamamos de suporte. Outros porém existem independentemente de um suporte material, com a língua, a religião, as festas e o conhecimento. Para preservar os com suporte, é necessário preservar os respectivos suportes, mas a preservação dos sem suporte é sempre mais difícil e mais fácil de ser perdido.[39]

Carlos Frederico Marés mostra que o conhecimento, tanto o conhecimento de uma forma geral, como os conhecimentos tradicionais que se ligam a um povo e a suas tradições, constitui um bem cultural coletivo. O conhecimento tradicional enquanto bem imaterial deve ser protegido, e não apenas o seu suporte, a sua materialidade. Mas tal proteção deve ter o cuidado de não criar limitações. No caso dos conhecimentos tradicionais, uma proteção que imponha muitas restrições pode gerar um resultado contrário ao esperado, dificultando a sua diversidade e o seu avanço.

A necessidade de proteção e regulamentação do acesso ao conhecimento tradicional e à biodiversidade tornou-se mais urgente na atualidade, com o aumento do interesse de pesquisadores e de empresas multinacionais sobre possíveis princípios ativos que são utilizados na chamada medicina indígena. A proteção ao conhecimento tradicional se insere num contexto de avanços da biologia molecular, da engenharia genética e da biotecnologia. A definição do modelo adequado de proteção dos conhecimentos tradicionais precisa considerar tais avanços, proteger o conhecimento tradicional e as práticas de povos indígenas e tradicionais,

[39] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais e bem cultural. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153-168. p. 163.

permitindo o desenvolvimento sustentável do meio ambiente para que as gerações futuras consigam ter uma vida digna.

A biotecnologia permite o incremento de diferentes setores da ciência, com resultados importantes para o progresso da vida humana. Como afirma Vanessa Iacomini [40], tais avanços permitem desde o desenvolvimento de vacinas e fármacos [41], o aperfeiçoamento de plantas [42] mais resistentes e mais aptas a proporcionar melhor nutrição humana, além de permitir a utilização mais segura de microrganismos que evitem a contaminação de rios e nascentes. Diante desses avanços, uma extensa discussão sobre o processo de patenteamento dessas tecnologias ocorreu [43 - 44]. E, em seguida, houve um amplo debate sobre os respectivos ganhos econômicos das pesquisas que envolviam tais biotecnologias. De acordo com Vanessa Iacomini:

> A pesquisa básica, o domínio e o uso da biotecnologia moderna requerem acesso às tecnologias avançadas á existentes em países desenvolvidos, bem como é inviável conceber estratégias eficientes para investimentos nesse campo do conhecimento sem se recorrer à cooperação internacional. Nesse sentido é que a proteção dos direitos de propriedade intelectual e uma legislação adequada de biossegurança tornam-se fatores essenciais dessa estratégia.[45]

A Convenção sobre a Diversidade Biológica, em seu artigo 2°, define biotecnologia nos seguintes termos:

> Artigo 2º: Utilização de termos:
> [...]

[40] IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. IACOMINI, Vanessa (coord.) **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 13-30.
[41] VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 47-58.
[42] KAGEYAMA, Angela; MELLO, Maria Tereza Leopardi; SALLES FILHO, Sérgio. Biotecnologia: desenvolvimento recente e potencial econômico. In: KAGEYAMA, Angela (coord.). **Biotecnologia e propriedade intelectual: novos cultivares**. Brasília: IPEA, 1993. p. 5-49.
[43] SILVEIRA, Newton. Transgênicos. In: SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**. 5. ed. rev. ampl. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 90-91.
[44] YAMAMURA, Simone; SALLES FILHO, Sérgio Luiz Monteiro; CARVALHO, Sérgio Medeiros Paulino de. Propriedade intelectual e plantas transgênicas: quadro regulatório e implicações sobre pesquisa e inovação no Brasil. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade intelectual**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 299-325.
[45] IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia... p. 15.

> "Biotecnologia" significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processas para utilização específica.

Carla Eugênia Caldas Barros [46] mostra, porém, as dificuldades de se conceituar biotecnologia[47], pois segundo ela, nem mesmo as definições e posições adotadas pela OMPI são consideradas harmônicas:

> A biotecnologia é o desenvolvimento de práticas de ordem biológica. O termo ingressou na língua portuguesa em 1941, por influência do inglês, de "biotecnology", e tornou-se mais conhecido a partir dos anos de 1970, com o advento da Engenharia Genética, popularizando-se, já nos anos de 1990, como alusão ao estudo e desenvolvimento de organismos geneticamente. O termo foi utilizado pela primeira vez em 1919, por um engenheiro agrícola húngaro, Karl Ereky, como referência a "todas as linhas de trabalho, cujos produtos eram produzidos a partir de matéria bruta com auxílio de organismos vivos".[48]

Maria Ester Dal Poz e Denis Borges Barbosa[49] mostram o intenso debate que se tem feito sobre propriedade intelectual diante da incorporação das biotecnologias a setores como o farmacêutico e o agroindustrial. Nessa discussão, os aspectos econômicos envolvendo pesquisas com as biotecnologias ganham força e, nessa situação, a pesquisa brasileira em tecnologia pode progredir. Afinal, o Brasil, segundo os autores, ocupa um lugar diferenciado quando se trata de biotecnologia, pois é um dos únicos países megadiversos (e, portanto, rico em biodiversidade) que gera produtos com biotecnologia e os insere no mercado nacional e mundial.[50]

---

[46] BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

[47] Guy Triton conceitua biotecnologia da seguinte forma: "For the purpose of the EPC, a "biothecnological invention" is an invention which concerns a product consisting or for containing biological material or a process by means of which biological material is produced, processed or used. "Biological material" itself is defined as any material containing genetic information and capable of reproducing itself or being reproduced in a biological system." TRITON, Guy; DAVIS, Richard; EDENBOROUGH, Michael; GRAHAM, Michael; MALYNICZ, Simon; ROUGHTON, Ashley. **Intellectual property in Europe**. London: Sweet & Maxwell, 2008. p. 127.

[48] BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**... p. 561.

[49] POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.) **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 93-138.

[50] Segundo Clarissa Bueno Wandscheer, o Brasil é um país propício para o desenvolvimento de atividades de bionegócios e ligadas aos conhecimentos tradicionais. Cf. WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências

Novas questões são trazidas para o direito da propriedade intelectual com as biotecnologias. A utilização de pesquisas com seres vivos acrescenta dificuldades frente à proteção já consagrada pela propriedade intelectual. A diferença na possibilidade de descrição e na estabilidade do objeto físico da tecnologia, além de um maior impacto no mercado e consequentemente a possibilidade de um maior ganho econômico são algumas das dificuldades que o direito da propriedade intelectual tem enfrentado mundialmente.[51]

Some-se a esses avanços biotecnológicos uma necessária preocupação estatal com a proteção ao meio ambiente equilibrado e sustentável. Atualmente o Estado precisa agir com responsabilidade para manter o meio ambiente sustentável e garantir uma vida digna para as gerações futuras. Essa postura é vista como uma necessidade estatal. Conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer[52], após a 2ª Guerra Mundial houve uma superação do Estado Social que passa a ser visto segundo o modelo do Estado Socioambiental[53], que mantém os avanços quanto à proteção da dignidade da pessoa humana conquistados sob o modelo do Estado Social, acrescentando-se a dimensão ecológica e a consequente prevenção dos riscos ao meio ambiente. Tem-se agora uma tutela e promoção de um projeto de desenvolvimento humano sustentável que aborda os direitos fundamentais numa noção ampla, com os chamados direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. A proteção aos conhecimentos tradicionais se insere nessa preocupação com o desenvolvimento humano em

---

nas populações tradicionais no Brasil. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, v. 4, p. 50-68, 2016. p. 66.

[51] POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente... p. 94-95

[52] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 42-44.

[53] Carlos Alberto Molinaro analisa o Estado Socioambiental e Democrático de Direito pensando numa democracia que exige a superação das desigualdades, assim como a necessidade de se pensar um regime solidário e de paz. No Estado Socioambiental e Democrático de Direito em que vivemos hoje, é necessário percebermos que convivemos num "lugar de encontro", num ambiente equilibrado e saudável. Afirma o autor: "Hoje – já superado o Estado Social – quando pensamos num 'Estado Socioambiental e Democrático de Direito', centramo-nos no seu princípio nuclear: direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustentam; imperativo que só pode se pode dar num ambiente equilibrado e saudável, onde vai concretizar-se, em sua plenitude, a máxima inscrita na dignidade humana: não estamos sós, neste 'lugar de encontro', onde somos o *encontro*; somos com o outro desde uma relação de reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade". (MOLINARO, Carlos. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. Porto Alegre, 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. p. 107)

parâmetros sustentáveis e envolve questões que tratam de biotecnologia, direito ambiental e propriedade intelectual.

Definir o modelo de proteção ao conhecimento tradicional é essencial para o desenvolvimento do meio ambiente, como, por exemplo, da região da Amazônia Legal, e para a proteção da biodiversidade e do conhecimento dos povos indígenas e tradicionais, como afirmam Marcos Wachowicz e Aires José Rover[54]. Para esses autores, o que se procura com a proteção dos conhecimentos indígenas e tradicionais não é impedir seu uso. O que se pretende é permitir o acesso, porém, sem as graves imposições que são feitas aos povos indígenas e comunidades tradicionais, como as limitações para que eles utilizem seus próprios conhecimentos ou mesmo a restrição para usufruírem economicamente do resultado da exploração de tais conhecimentos. Essas questões agora acompanhadas da preocupação estatal com a responsabilidade ambiental. Como afirmam Marcos Wachowicz e Aires José Rover:

> As repercussões do desenvolvimento e as articulações de problemas ecológicos obrigam a uma nova responsabilidade do Estado, a denominada responsabilidade de longa duração, entendida em quatro primados basilares: (i) o princípio do desenvolvimento sustentável; (ii) o princípio do aproveitamento racional dos recursos; (iii) o princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos; e (iv) o princípio da solidariedade entre gerações.[55]

A responsabilidade de longa duração ganhou destaque com a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, principalmente com o respaldo do princípio do desenvolvimento sustentável. Com a responsabilidade de longa duração, os Estados estão obrigados a adotar medidas que protejam a espécie humana e garantam uma vida digna para as gerações futuras.[56]

---

[54] WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade intelectual: conhecimento tradicional associado e a biopirataria. In: IACOMINI, Vanessa (coord.). **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45-61.

[55] WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade intelectual: conhecimento tradicional associado e a biopirataria. In: IACOMINI, Vanessa (coord.). **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45-61. p. 53.

[56] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional ambiental português e da União Européia. GOMES CANOTILHO; José Joaquim; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23-82.

4.2.1 Biotecnologia e a regulação dos saberes tradicionais

As discussões que envolvem o uso dos conhecimentos tradicionais por empresas multinacionais estão pautadas por demandas sociais relacionadas à repartição dos benefícios entre as empresas e as comunidades tradicionais e à preservação das práticas culturais desses grupos. Diante disso, José Rodrigo Rodriguez, Mariana Giorgetti Valente, Flávio Marques Prol e Bianca Tavolari[57] analisam três diferentes visões gerais sobre a regulação dos saberes tradicionais. São elas: a visão preservacionista, a visão economicista e a visão chamada de exploração sustentável.

Na visão preservacionista, exige-se que o Estado defenda a sociedade do avanço das empresas sobre as riquezas naturais e que se busque preservar as práticas tradicionais. O mercado é visto como algo que pode destruir as culturas de grupos tradicionais e por isso deve ser contido.

A visão economicista impõe o aspecto econômico sobre as demais, de forma que a preservação ambiental é colocada como um obstáculo ao desenvolvimento humano e social. O mercado nesse caso é visto com poderes civilizatórios e seu avanço deve ser promovido pelo Estado. O sistema de patentes é defendido para os conhecimentos tradicionais como meio de desenvolvimento e não há uma preocupação com a preservação cultural.

A terceira visão, chamada de exploração sustentável, tenta ser um meio termo entre as duas anteriores, buscando o desenvolvimento econômico a partir das práticas e conhecimentos tradicionais, mas os preservando. Se nas duas visões anteriores tínhamos posturas radicais, ou pró economia ou pró cultura, e com poucos pontos de diálogo entre eles, no caso da visão intermediária temos um processo em que seres reais são chamados para tomar as decisões. Cultura e mercado não são vistos como essenciais na exploração sustentável.

O avanço da pesquisa em biotecnologia gerou um impacto positivo na população no sentido de se acreditar na possibilidade de cura de diversas enfermidades ou mesmo no aumento da produtividade agrícola. As expectativas

---

[57] RODRIGUEZ, José Rodrigo; VALENTE, Mariana Giorgetti; PROL, Flávio Marques; TAVOLARI, Bianca. O Deus-sociedade contra do Diabo-mercado? Pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 185-204.

com o uso dos conhecimentos tradicionais seguiram no mesmo caminho. Porém, algumas dificuldades foram identificadas e são mais cuidadosamente explicadas através das observações de Paulo Arruda, professor de Biologia da UNICAMP e criador da primeira empresa de biotecnologia do Brasil, entrevistado no projeto de pesquisa "Propriedade Intelectual e Conhecimentos Tradicionais" do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP - no contexto do projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça e descrita no artigo "O Deus-sociedade contra o Diabo-mercado? Pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos", publicado no livro Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais[58], coordenado por Taysa Schiocchet e Carlos Frederico Marés de Souza Filho.

Inicialmente, o professor Paulo Arruda esclarece a necessidade de elevado grau de investimentos em pesquisas na área de biotecnologia para se identificar processos biológicos que possam ser explorados economicamente e que gerem ganhos financeiros. Da mesma forma que diversas pesquisas produzem como resultado mercadorias que ao final não justificam uma exploração comercial, há ainda pesquisas que nem mesmo conseguem chegar a resultados positivos, ou como diz o professor: "Muitos estudos precisam ser feitos para que um deles, com sorte, tenham resultados positivos"[59]

Paulo Arruda[60] rebate o argumento que os conhecimentos tradicionais poderiam acelerar etapas de pesquisa e diminuir custos, pois direcionariam a um caminho mais direto ao resultado positivo e uma mais clara exploração do resultado final. Ainda segundo esse argumento, os recursos biológicos e seus princípios ativos já teriam sido testados e tiveram resultados positivos entre os membros das comunidades tradicionais. Para o professor, pesquisas realizadas a partir de conhecimento tradicional podem durar muitos anos e consumir elevada quantidade de recursos financeiros. E não há a garantia que ao final tenhamos um produto com elevado valor a ser explorado comercialmente.

---

[58] RODRIGUEZ, José Rodrigo; VALENTE, Mariana Giorgetti; PROL, Flávio Marques; TAVOLARI, Bianca. O Deus-sociedade contra do Diabo-mercado? Pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (Coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 185-204.

[59] RODRIGUEZ, José Rodrigo; VALENTE, Mariana Giorgetti; PROL, Flávio Marques; TAVOLARI, Bianca. O Deus-sociedade contra do Diabo-mercado? p.188.

[60] RODRIGUEZ, José Rodrigo; VALENTE, Mariana Giorgetti; PROL, Flávio Marques; TAVOLARI, Bianca. O Deus-sociedade contra do Diabo-mercado? p. 187-192.

Podemos ainda nos deparar com uma pesquisa iniciada a partir de um conhecimento tradicional que chega a resultados semelhantes a outras pesquisas que iniciaram por caminhos totalmente diferentes a esse. E há ainda a possibilidade de se chegar a um medicamento sem a utilização do conhecimento tradicional.

O acesso ao conhecimento tradicional pode certamente influir positivamente para a redução de custos de fabricação de um produto associado à biotecnologia. Porém há pelo menos dois outros problemas a serem solucionados. O primeiro deles diz respeito ao valor econômico que seria calculado para se reparar o conhecimento tradicional que foi utilizado, pois não há um instrumento internacional que regule os critérios e os cálculos para se calcular os possíveis benefícios pela utilização do conhecimento tradicional. O outro problema é saber a quem se paga, quem está autorizado pela comunidade a receber os tais benefícios, ou melhor, quem deve ser remunerado, que possui a titularidade para representar a comunidade e a receber os possíveis benefícios? A dificuldade prática de se identificar os titulares de tais direitos é um sério risco de que se impeça a utilização dos recursos e dos saberes locais, como afirma Natalia Tobón Franco[61].

Esses são problemas que precisam ser resolvidos para uma justa repartição dos benefícios. E temos ainda que deixar claro que a valorização econômica dos conhecimentos tradicionais não é garantia da preservação e valorização dessas práticas[62]. É possível até haver um movimento contrário a isso, ou seja, ao invés de proteger a diversidade e os conhecimentos tradicionais, a valorização econômica pode destruí-los a partir do momento que esses conhecimentos tradicionais são levados a ingressar numa lógica de mercado totalmente diversa da cosmologia dos grupos que detém esse conhecimento.

4.3 Modelos e estruturas jurídicas de proteção

Com o reconhecimento pela comunidade internacional da soberania dos

[61] TOBÓN FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para La protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudos Socio-Jurídicos**, Bogotá (Colômbia), 9 (1):96-129, enero-junio de 2007.

[62] Denis Borges Barbosa entende que por mais justos os discursos sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais e dos recursos da biodiversidade, não seriam capazes de compensar a desigualdade econômica ou a desigual distribuição de recursos no âmbito internacional. BARBOSA, Denis. Propriedade intelectual de conhecimentos e criações tradicionais. In: BARBOSA, Denis. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. Ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 779-795.

países em regular o acesso aos recursos presentes em seus territórios, há movimentos nacionais para a preservação socioambiental e das culturas de comunidades tradicionais. Sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, não há uma voz uníssona na comunidade internacional. São diversas as propostas[63] para essa proteção que podem ser englobadas em dois grandes modelos de proteção dos conhecimentos tradicionais e repartição dos benefícios: o modelo centrado num regime de propriedade intelectual que seria *sui generis*[64] e outro modelo pautado no estabelecimento de regimes bilaterais de acesso e repartição de benefício, como propõe a Convenção sobre Diversidade Biológica.[65]

Sobre o primeiro modelo, apesar da cultura e da propriedade intelectual receberem certa proteção por Tratados Internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturas e pelo acordo TRIPs, *Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights*[66]-[67], no que diz respeito à proteção dos conhecimentos tradicionais, não se estabelece de forma específica um regramento que busque garantir os direitos de comunidades tradicionais à propriedade coletiva relacionada a patrimônio cultural[68]. Busca-se então, por este modelo, uma proteção do conhecimento tradicional em que as comunidades receberiam *royalties* pelas melhorias desenvolvidas e seriam protegidas da possível apropriação por terceiros[69]. Teríamos, portanto, direitos de propriedade intelectual pelo desenvolvimento, por

---

[63] DE LA CRUZ; Rodrigo; MUYUY JACANAMEJOY, Gabriel; VITERI GUALINGA, Alfredo; FLORES, Germán; HUMPIRE, Jaime González; MIRABAL DÌAZ, José Gregório; GUIMARAEZ, Robert. **Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena**. Caracas, Venezuela: Norma Color, 2005.

[64] RUIZ MULLER, Manuel**. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina**. Lima-Perú: UICN, 2006. p. 197-198.

[65] SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**. São Paulo: Peirópolis, 2009. p. 320-321.

[66] MAGALHAES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual: biotecnologia e biodiversidade**. São Paulo: Editora Fiuza, 2011.

[67] MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de expressão e direito autoral: mapeando um conflito ressignificado pela tecnologia**. Rio de Janeiro, 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912251_2011_Indice.html>. Acesso em: 15 mar 2016.

[68] BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[69] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

exemplo, de novas variedades, como afirma Juliana Santilli [70]. Porém, há dificuldades na implementação desse regime *sui generis* de propriedade intelectual, pois os direitos exclusivistas característicos do sistema de proteção pelo direito de propriedade intelectual poderiam gerar monopólio, o que provocaria um desestímulo à circulação de saberes e ao intercâmbio dos recursos, algo que é fundamental no caso de questões agrícolas e de conhecimentos tradicionais. Como afirma Santilli:

> O direito de impedir terceiros de usar os recursos e saberes agrícolas – que é, basicamente, o que representa o direito de propriedade intelectual – teria, na verdade impacto negativo sobre os sistemas agrícolas locais e sobre os processos biológicos, sociais e culturais que geram a agrobiodiversidade.[71]

Com o segundo modelo, pautado no estabelecimento de regimes bilaterais e repartição dos benefícios, o acesso aos recursos fitogenéticos conservados se sujeitaria ao consentimento prévio e à repartição dos benefícios derivados da utilização, como propõe a Convenção sobre Diversidade Biológica[72]. A CDB propõe a prevalência do princípio da soberania dos Estados no caso de acesso aos recursos biológicos de seus territórios e não mais a ideia anterior que tais recursos seriam "patrimônio da humanidade". Além de proteção à biodiversidade, a negociação da Convenção sobre a Diversidade Biológica tentou diminuir a tensão entre os países do "Norte" e do "Sul" acerca do acesso a recursos biológicos[73]. Assinada durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (RIO-92), a CDB significou um avanço para os países megadiversos diante do interesse dos países ricos em acessar livremente os recursos biológicos.

A proteção dos conhecimentos tradicionais envolve questões relacionadas ao Direito e a Economia, além da discussão entre os países do "Norte" e do "Sul"[74] sobre

---

[70] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**...
[71] SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**... p. 321.
[72] SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**... p. 321-322.
[73] SCHMIDT, Larissa. **A repartição de benefícios decorrentes do acesso à diversidade biológica e ao conhecimento tradicional associado no âmbito da Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e da Organização Mundial do Comércio – OMC**. Brasília-DF, 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF: UnB, 2009. p. 106.
[74] SANTOS, Boaventura; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

a apropriação desses conhecimentos. A regulação justa desses conhecimentos é fundamental para se evitar a total exploração por empresas do "Norte" em detrimento de direitos dos povos tradicionais dos países do "Sul", além de evitar conflitos com as comunidades indígenas no próprio espaço da América Latina[75], por exemplo[76]-[77]. Os grandes projetos de extração energética e mineral[78], como os do governo federal brasileiro e os do governo peruano, têm como uma das grandes críticas o desrespeito à biodiversidade e ao conhecimento tradicional, uma vez que não se dialoga com as comunidades, aumentando o dilema entre o desenvolvimento e a sustentabilidade[79][80]. Convenções como a CDB protegem a diversidade biológica, permitindo a participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais nessa proteção.

Analisaremos a seguir a proteção dos conhecimentos tradicionais. Veremos instrumentos internacionais para a proteção, além da análise da proteção jurídica

---

[75] Segundo Boaventura de Sousa Santos: "Por democracia intercultural en el continente latino-americano entendo: [...] 3) reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos como condición del efectivo ejercicio de los derechos individuales (ciudadanía cultural como condición de ciudadanía cívica); 4) reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales (simultáneamente individuales y colectivos): el derecho al agua, a la tierra, a la soberania alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales; 5) másalláde los derechos, educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural: un miembro de una cultura solamente está dispuesto a reconocer a otra cultura si siente que la suya propia es respetada, y esto se aplica tanto a las culturas indígenas como a las no-indígenas". (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima-Perú: IIDS, 2010a. p. 98-99)

[76] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pueblos indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina**. Lima: ILSA, INESC, IIDS, 2010.

[77] Especificamente sobre os grupos indígenas: "Ahora, para que el reconocimiento de los derechos tenga eficácia, no basta com la adopción de instrumentos internacionales. En conjunto, un marco de protección de derechos indígenas requiere: - una adecuada normativa interna; - la implementación institucional, y - un cambio de la cultura jurídica, tanto de funcionarios o operadores, como de usuarios o beneficiarios del sistema." (YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pueblos indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina**. Lima: ILSA, INESC, IIDS, 2010. p. 19-20)

[78] Shin Imai, Ladan Mehranvar e Jennifer Sander mostram as violações que empresas canadenses da área de mineração fazem aos povos indígenas da Guatemala em: IMAI, Shin; MEHRANVAR, Ladan; SANDER, Jennifer. La Violación Del Derecho Indígena: Empresas Mineras Canadienses En Guatemala (Breaching Indigenous Law: Canadian Mining in Guatemala). **Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 12/2013**. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/261>. Acesso em: 20 fev 2016.

[79] COSTA, Sebastião. P. M.; SOUSA, Maria Sueli R. de. Grandes projetos do governo federal brasileiro, desenvolvimento regional e violação aos Direitos Fundamentais. In: COSTA, Sebastião; TEIXEIRA, Solange. (Org.). **Reflexões e recortes teóricos sobre direitos fundamentais, desenvolvimento e políticas públicas.** Teresina: Editora da UFPI, 2016, v. 1, p. 119-142.

[80] SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de. Critérios para indenização em processos de desapropriação de imóveis rurais: os casos de desapropriação por declaração de utilidade pública – ferrovia Transnordestina e Parque Nacional Serra da Capivara e de desapropriação-sanção no Estado do Piauí. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

que é feita no Brasil, tanto no âmbito constitucional, como na esfera infraconstitucional, abordando também algumas constituições estaduais e normas internas sobre a temática. Sempre que possível mostraremos a visão externada por membros de povos indígenas e comunidades tradicionais. Realizaremos ainda uma análise da legislação brasileira sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, em especial a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, e o Decreto que a regulamenta de n. 8.772, de 11 de maio de 2016, assim como algumas normas e procedimento administrativos do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN que protegem o conhecimento tradicional e a cultura imaterial brasileira.

PARTE III

5. SUPORTE JURÍDICO POLÍTICO À PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

5.1 Instrumentos internacionais de proteção aos conhecimentos tradicionais

No plano internacional, temos alguns instrumentos jurídicos relevantes que protegem os conhecimentos tradicionais. Alguns desses instrumentos internacionais, como tratados ou convenções[1], podem balizar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, mas sempre ressaltando que não há um sistema unificado[2].

Tais mecanismos possuem importância na conservação e proteção dos conhecimentos internacionais, seja por envolverem vários países e de certa forma terem reflexos positivos na opinião pública mundial, seja por determinação de sua força normativa a depender da forma como esse instrumento jurídico internacional incorpore-se ao sistema jurídico interno de cada país.

A Constituição não pode ser vista de forma isolada. Como afirma Ingo Sarlet[3], a Constituição se insere num contexto mais amplo e está a manter aproximações com outros sistemas normativos. É o parâmetro na ordem jurídica interna de um país, mas dialoga com ordens jurídicas diversas que estão integradas no sistema jurídico internacional, como é o caso da Organização das Nações Unidas (ONU), Organizações dos Estados Americanos (OEA) ou mesmo o Mercosul e a União Européia, para seguir os exemplos citados por Ingo Sarlet. Esse diálogo muitas vezes é feito através de compromissos internacionais.

Como forma de se evitar possíveis conflitos entre a ordem jurídica interna e o direito estrangeiro, algumas regras são estabelecidas para se permitir a conciliação entre eles. No que diz respeito à relação entre o direito internacional e a ordem constitucional interna, algumas teorias foram criadas, como é o caso da teoria do

---

[1] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

[2] AKSOY, Zuhre. **Global Governance of Traditional Knowledge and its Justice Implications: A Case for an Alternative Approach**. 2016. Disponível em: <https://www.iss.nl/fileadmin/ASSETS/iss/Research_and_projects/Research_networks/ICAS/3-ICAS_CP_Aksoy.pdf>. Acesso em: 30 jun 2017.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição e as relações com o direito estrangeiro e internacional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-212. p. 204.

dualismo jurídico, em que a esfera interna e a internacional são diversas, de forma que o direito internacional só poderá ser aplicado se incorporado à ordem interna; ou o caso da teoria do monismo jurídico, que afirma ser o direito unitário e que direito interno e direito internacional fazem parte de um mesmo sistema. Como nosso objetivo aqui não é esmiuçar essas teorias[4-5], trataremos diretamente de que forma ocorre a incorporação do direito internacional na ordem jurídica interna brasileira[6].

No Brasil, durante muito tempo prevaleceu o entendimento estabelecido no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 80.004/SE, em que se adotou o chamado dualismo moderado, segundo o qual existe uma paridade entre a legislação infraconstitucional e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Ou seja, a paridade só ocorre desde que haja uma incorporação regular através de um ato complexo do Poder Executivo envolvendo a celebração pelo Poder Executivo, a aprovação pelo Congresso Nacional através de um decreto legislativo e um decreto do Poder Executivo.

Com a Emenda Constitucional n° 45/2004, houve a inserção do parágrafo 3° ao artigo 5° da CF. Vejamos o que estabelece o referido parágrafo:

> Art. 5°: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
> [...]
> § 3° Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Posteriormente, o STF altera o seu entendimento no julgamento do RHC

[4] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64-85.
[5] GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75-80.
[6] SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição e as relações com o direito estrangeiro e internacional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-212.

79.785. Com esse julgamento, a relação entre os tratados internacionais e a ordem jurídica interna passa a seguir entendimento diverso, que é dito de forma sucinta por Ingo Sarlet:

> a) os tratados em geral possuem hierarquia de lei ordinária, prevalecendo a tese da paridade entre tratado e lei;
> b) todavia, há hipóteses na quais não se aplica a regra geral da paridade:
> 1 – os tratados internacionais em matéria tributária prevalecem sobre as leis, a teor do disposto no art. 98 do CTN, que é expresso nesse sentido;
> 2 – os tratados em matéria de direitos humanos ratificados antes da EC 45 e/ou não aprovados pelo rito do art. 5°, § 3°, da CF possuem, de acordo com a atual orientação do STF, hierarquia supralegal;
> 3 – os tratados em matéria de direitos humanos aprovado pelo rito qualificado estabelecido no art. 5°, § 3°, da CF serão equivalentes às emendas constitucionais, de tal sorte que terão hierarquia de direito constitucional "derivado", cabendo, no máximo, sua declaração de inconstitucionalidade por violação de requisitos formais (procedimento do § 3° do art. 5°) ou, eventualmente, a prevalecer tal entendimento, por violação das "cláusulas pétreas" da Constituição Federal.[7]

Essas explicações sobre a relação entre o direito interno brasileiro e o direito internacional serão importantes quando mostrarmos algumas críticas feitas à Lei n. 13.123/15, nova lei sobre a biodiversidade, pois violaria normas estabelecidas em tratados e convenções internacionais incorporados ao sistema jurídico interno.

5.1.1 Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)

Um dos principais instrumentos internacionais de proteção da biodiversidade biodiversidade é a Convenção da Diversidade Biológica (CDB)[8-9]. A

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição e as relações com o direito estrangeiro e internacional... p. 211.
[8] Segundo Edson Beas Rodrigues Júnior, a CDB é o primeiro tratado internacional a buscar a conservação da biodiversidade nos níveis da diversidade genética, de espécies e ecossistemas, uma vez que promove um enfoque holístico. Cf. RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 102.
[9] SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Note by the Executive Secretariat of the Convention on Biological Diversity. In: TWAROG, Sophia; KAPOOR, Promila

CDB é um instrumento ratificado por mais de 192 países, embora deva se ressaltar que Estados Unidos[10], Andorra e Sudão do Sul são os únicos países-membros da ONU que não a integram.[11]

O Brasil assinou a CDB em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro. Foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgado pelo Decreto Presidencial n°. 2.519, de 16 de março de 1998. Além da preocupação com a conservação da diversidade biológica, a CDB tem outros objetivos importantes para o meio ambiente[12], como estabelece seu artigo 2°:

> Artigo 2 – Objetivos
> Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos tecnológicos, e mediante financiamento adequado.

Dentre os princípios mais importantes está a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais. Dessa forma, a CDB estabelece que os governos locais tenham a autoridade para determinarem o acesso aos recursos genéticos nacionais, que inclusive estão sujeitos à legislação dos países de origem de tais recursos[13]. Segundo o artigo 3° da CDB:

(orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 111-119.

[10] ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, v. X, n.1, jan-jun 2007. p. 42.

[11] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília-DF, n. 9, 2015. p. 21-73.

[12] CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos Avançados** 13 (36), 1999. p. 147.

[13] SILVA, José Everton da; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual: uma proposta para futura repartição dos ganhos. **Revista da Unifebe** [on line], 2012; 11 (dez) p. 150.

> Artigo 3 – Princípio
> Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Essa visão prevaleceu sobre uma perspectiva anterior que defendia que os recursos naturais seriam "patrimônio da humanidade"[14] e poderiam ser livremente acessados por diferentes países[15]. Nesse caso, havia uma disputa entre os países industrializados, como os Estados Unidos, que pretendiam ter acesso livre aos recursos, e, de outro lado, os países megadiversos, como Brasil, Colômbia, Peru, Equador e Índia, por exemplo, que lutavam para garantir soberania sobre os seus recursos genéticos. Estamos, portanto, diante de um conflito entre a biodiversidade e a biotecnologia[16], uma vez que a biodiversidade se concentra nos países em desenvolvimento, enquanto a biotecnologia se concentra nos países desenvolvidos. Segundo Juliana Santilli, "mais de 90% das patentes sobre produtos e processo biotecnológicos pertencem aos Estados Unidos, Japão e países europeus".[17]. Conforme estabelece o artigo 8-J da CDB:

> 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

[14] CUNHA, Manuela Carneiro da. Relações e dissensões entre saberes tradicionais e saber científico. **Revista USP**, São Paulo, n. 75, setembro/novembro de 2007. p. 82.
[15] SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**... p. 234.
[16] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: medidas para equacionar o uso sustentável, favorecendo o desenvolvimento da biotecnologia e a redução da biopirataria. **II Seminário de Propriedade Intelectual, Ciência e Conhecimentos Tradicionais da Amazônia.** Manaus-AM, 12, 13 e 14 de setembro de 2005. Manaus: INPA, 2007. p. 102.
[17] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília-DF, n. 9, 2015. p. 21-73. p. 25.

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

Ainda conforme a CDB, o acesso aos recursos genéticos deve ocorrer mediante consentimento prévio e fundamentado[18]. Apesar de o artigo 8-j utilizar as expressões "aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento", o artigo 15 tratar de "consentimento prévio fundamentado" e o artigo 19 utilizar "concordância prévia fundamentada", há um consenso de que se trata do consentimento livre, prévio e informado[19].

No que diz respeito à nova lei brasileira sobre biodiversidade, são relevantes ainda os artigos 10, c, 15 e 16, §3 e §4 da CDB, pois são regulamentados pela Lei n. 13.123/15. Vejamos:

> **Artigo 10 - Utilização Sustentável de Componentes da Diversidade Biológica**
> Cada Parte Contratante deve, na medida da possível e conforme o caso:
> c) Proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável;
>
> **Artigo 15 - Acesso a Recursos Genéticos**
> 1. Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.
> 2. Cada Parte Contratante deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras Partes Contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção.
> 3. Para os propósitos desta Convenção, os recursos genéticos providos por uma Parte Contratante, a que se referem este artigo e os artigos 16 e 19, são apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses

[18] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências nas populações tradicionais no Brasil. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento.** Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez. 2015. p. 61.
[19] GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado com baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 14 – n, 45, p. 11-65 – jul./dez. 2015. p. 16.

recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção

4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo.

5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.

6. Cada Parte Contratante deve procurar conceber e realizar pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos providos por outras Partes Contratantes com sua plena participação e, na medica do possível, no território dessas Partes Contratantes.

7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os Arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos Arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e eqüitativa 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 Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo.

Artigo 16 - Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia

3. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que as Partes Contratantes, em particular as que são países em desenvolvimento, que provêem recursos genéticos, tenham garantido o acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, quando necessário, mediante as disposições dos Arts. 20 e 21, de acordo com o direito internacional e conforme os §§ 4 e 5 abaixo.

4. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que o setor privado permita o acesso à tecnologia a que se refere o § l acima, seu desenvolvimento conjunto e sua transferência em benefício das instituições governamentais e do setor privado

> de países em desenvolvimento, e a esse respeito deve observar as obrigações constantes dos §§ 1, 2 e 3 acima.

Viviana Figueroa[20], durante "Encuentro de saberes sobre la protección del conocimiento indígena y tradicional, como eje transversal al território, derechos y biodiversidad", que aconteceu em Villa de Leyva, na Colômbia, em novembro de 2015, chamou a atenção sobre o grupo de trabalho do Artigo 8-J, criado em 1996, como meio de se criar espaços de diálogo e de formulação de recomendações direcionadas aos Estados partes da CDB através da COP (Conferência das Partes), com o objetivo de se tomar decisões para serem implementadas pelos países membros internamente[21].

5.1.2 Protocolo de Nagoya

O protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição dos Benefícios é um protocolo vinculado à Convenção sobre a Diversidade Biológica e que busca implementar o seu terceiro objetivo, qual seja a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais, segundo o que estabelece o artigo 3° da CDB. Apesar de ser um instrumento novo, o Protocolo de Nagoya é vinculado à CDB e tenta dar a ela efetividade para que se assegure a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização da biodiversidade. De acordo com o seu artigo 1°:

> Artigo 1 – Objetivos
> O objetivo do presente Protocolo é a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e à transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e

[20] Viviana Figueroa é a primeira indígena a concluir doutorado em Direito pela Universidade de Buenos Ayres (UBA). Pertence à comunidade indígenas de Ocumazo na Argentina, é Oficial de Programas Adjunta sobre Conhecimentos Tradicionais do Convênio de Diversidade Biológica das Nações Unidas. Advogada, líder do movimento indígena argentino, ativa militante nas questões relacionadas aos direitos dos povos indígenas. O debate que tivemos foi fundamental para o desenvolvimento do segundo motivo sobre a não efetividade da legislação de proteção aos conhecimentos tradicionais presente na conclusão deste trabalho.
[21] SILVA, José Everton da; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual...p. 152.

> tecnologias, e mediante financiamento adequado, contribuindo desse modo para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.

O Protocolo de Nagoya foi aprovado durante a 10ª Conferência das Partes da CDB, em 2010, no Japão (Nagoya). E apesar de uma participação relevante do Brasil nas negociações internacionais, nosso país ratificou o Protocolo da Nagoya apenas em 2020, através do Decreto Legislativo n. 136, de 11 de agosto de 2020. Cabe ressaltar que os países que ratificaram a CDB podem optar por ratificar ou não o Protocolo de Nagoya. Os países que não ratificaram a CDB não poderão ratificar o Protocolo[22]. Se por parte dos países megadiversos havia uma preocupação que a biopirataria e a apropriação indevida de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais somente poderiam ser combatidas com obrigações legais e vinculantes, o Protocolo também estabelece que os países industrializados adotem medidas para o desenvolvimento dos recursos genéticos e que se respeite a legislação dos países em que esses conhecimentos foram acessados. Para Juliana Santilli:

> O Protocolo estabelece que os países devem definir normas claras e transparentes em suas legislações nacionais, assim como providenciar a emissão de uma autorização de acesso (ou seu equivalente) como prova de que houve consentimento prévio informado da parte provedora do acesso ao recurso genético e/ou conhecimento tradicional associado.
>
> O Protocolo é, essencialmente, um acordo no qual os países (usuários e provedores de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados) se comprometem a garantir o respeito às legislações nacionais do acesso e repartição de benefícios.[23]

O Protocolo de Nagoya ainda reafirma a relação entre os conhecimentos tradicionais e os recursos genéticos, a importância dos conhecimentos tradicionais para a conservação da biodiversidade, além de não permitir diminuição dos

[22] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 28.
[23] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 30-31.

direitos[24] de comunidades indígenas e tradicionais[25]. Sobre os conhecimentos tradicionais, Viviana Figueroa[26] mostra que o Protocolo de Nagoya possui 17 menções relacionadas aos conhecimentos tradicionais, com 12 artigos relacionados ao uso dos conhecimentos tradicionais, seja abordando o consentimento prévio informado, seja mostrando a importância de se criar e estruturar protocolos comunitários para o uso dos conhecimentos tradicionais. Segundo o artigo 7° do Protocolo:

> Artigo 7 – Acesso ao conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos
> Em conformidade com a legislação nacional, cada Parte adotará medidas, conforme o caso, com vistas a assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos detido por comunidades indígenas e locais seja acessado mediante o consentimento prévio informado ou a aprovação e participação dessas comunidades indígenas e locais, e que mutuamente acordados tenham sido estabelecidos.

Como afirmamos no início, o Protocolo de Nagoya é importante, pois possui grande influência sobre a opinião pública mundial, uma vez que já foi ratificado por mais de 100 países.

5.1.3 Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho

Dando continuidade à abordagem de instrumentos jurídicos internacionais incorporados ao sistema jurídico brasileiro e que protegem os conhecimentos tradicionais, temos a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT - (Convenção sobre povos indígenas e tribais), que foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.° 143, de 20 de junho de 2002, ratificada pelo Brasil através do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004 e que posteriormente passou por uma consolidação através do Decreto n. 10.088, de 05 de novembro de

[24] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências nas populações tradicionais no Brasil. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento.** Curitiba, v. 4, n. 2, p. 50-68, jul/dez 2015. p. 63.
[25] STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. Conhecimentos tradicionais e a regulação do acesso aos recursos genéticos no protocolo de Nagoya. In: SCHIOCCHET, Taysa; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.) **Direito, biotecnologia e sociedades internacionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 314.
[26] ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva-Colômbia.

2019. É importante ressaltar que a Organização Internacional do Trabalho não aborda apenas temas relacionados ao trabalho, mas tem a OIT uma missão mais ampla relacionada à justiça social e aos direitos humanos, e os povos indígenas e tribais são considerados grupos vulneráveis a respeito desses assuntos[27].

Como pontos relevantes da Convenção 169 da OIT, chamamos a atenção ao direito ao autorreconhecimento e o reconhecimento das formas de vida e de organização social [28] que são garantidos aos grupos indígenas e populações tradicionais. Logo no seu artigo 1°, a Convenção 169 da OIT estabelece:

> Artigo 1º
> 1. A presente convenção aplica-se:
> a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
> b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
> 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.
> 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Há também a inclusão na Convenção 169 da OIT do direito à consulta e participação dos povos indígenas em todos os assuntos que lhes dizem respeito,

---

[27] MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PAIXÃO, Liziane de Oliveira. Possibilidade de acionar o sistema de acompanhamento da Convenção 169 da OIT. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, PORRO, Noemi Miyasaka, SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 261.

[28] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências nas populações tradicionais no Brasil. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento.** Curitiba, v. 4, n. 2, jul/dez 2015. p. 53.

mediante procedimento adequado ou por meio de suas instituições representativas[29]. Como estabelecem os artigos 6º e 7º:

> Artigo 6º
>
> 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
>
> a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
>
> b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
>
> c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
>
> 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.
>
> Artigo 7º
>
> 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.
>
> 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde

[29] DE LA CRUZ, Rodrigo; MUYUY JACANAMEJOY, Gabriel; VITERI GUALINGA, Alfredo; FLORES, Germán; HUMPIRE, Jaime González; MIRABAL DÌAZ, José Gregório; GUIMARAEZ, Robert. **Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena**. Caracas, Venezuela: Norma Color, 2005. p. 25.

> eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.
> 3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possíve1, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.
> 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

O direito à consulta prévia e a participação dos povos indígenas nos assuntos que lhes dizem respeito são assuntos que fundamentam críticas às leis sobre a biodiversidade no Brasil. Retomaremos esse assunto quando trabalharmos especificamente a Lei n. 13.123/15.

5.1.4 Acordo TRIPS

Os Estados Unidos impuseram uma série de restrições à Convenção sobre a Diversidade Biológica e, como já dissemos, é um dos únicos países membros da ONU não integrante da CDB. As obrigações impostas pela CDB aos países contratantes para compatibilizar os Direitos de Propriedade Intelectual com a Convenção sobre a Diversidade Biológica foram vistas pelos Estados Unidos como uma possível agressão dos direitos de propriedade intelectual sobre a biotecnologia[30]. Os Estados Unidos então mudaram de fórum de discussão e foram tratar de temas relacionados à transferência de tecnologia num ambiente mais favorável a eles, no caso, o *General on Trade and Tariffis* – GATT - que foi substituído pela Organização Mundial do Comércio – OMC - em 1995, como afirma Manuela Carneiro da Cunha[31].

---

[30] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 104-105.
[31] CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos Avançados** 13 (36), 1999. p. 153.

Com a chamada Rodada do Uruguai, a OMC[32] saiu-se fortalecida e as patentes tiveram mais força para serem respeitadas mundialmente, principalmente diante da pressão exercida pelos EUA, um dos países desenvolvidos que são favorecidos com o fortalecimento do sistema de patentes, para que os 153 Estados Membros da OMC adotassem o regime de proteção de Propriedade Intelectual, nos parâmetros adotados pelos países desenvolvidos. A pressão resultou na criação do *Trade-Related Intellectual Property Rights*, o conhecido acordo TRIPS, que promovia uma internacionalização dos direitos de propriedade intelectual, independente do seu lugar de origem[33].

Como afirma Manuela Carneiro da Cunha:

> Patentes no estilo americano, que o TRIPS procura generalizar, assentam-se em um tipo ideal, o inventor solitário que consegue descobrir algo novo, não-óbvio e útil. Esse tipo ideal, diga-se de passagem, é obsoleto até para os Estados Unidos. Seja como for, para estimular a invenção e fazer avançar a tecnologia, deve-se recompensar esse herói inovador, durante um certo tempo, com o usufruto exclusivo dos benefícios de sua obra. Ou seja, estamos nos movendo em um imaginário individualista, economicista e desenvolvimentista.[34]

O Acordo TRIPS, que foi ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 1.355/94, foi uma forma de os países industrializados se sobreporem aos interesses dos países menos desenvolvidos e não apenas uma forma de se criar um ambiente favorável e homogêneo para a atividade empresarial.[35]

Apesar da proteção estabelecida no artigo 39, com a utilização da chamada "informação confidencial" que pode ser utilizada na proteção dos conhecimentos tradicionais, na verdade o Acordo TRIPS é visto por várias organizações como um gerador de impactos negativos sobre os conhecimentos tradicionais e os recursos da

---

[32] Apesar do tema "patente" ser naturalmente algo a ser tratado pela OMPI, Denis Barbosa mostra como essa discussão, na visão dele, passou a fazer parte dos temas tratados pela OMC. Cf. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 653-655

[33] ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, v. X, n.1, jan-jun 2007. p. 39-55. p. 46.

[34] CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos Avançados** 13 (36), 1999. p. 154.

[35] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**... p. 105.

biodiversidade. Um dos dispositivos do TRIPS que suscita mais polêmica é o art. 27 (3) (b), que permite a apropriação dos recursos da biodiversidade:

> ARTIGO 27 - Matéria Patenteável
> 3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:
> [...]
> b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

O conflito entre a CDB e o TRIPS ocorre diante de obrigatoriedade de se conceder direitos de propriedade intelectual às criações biotecnológicas. Apesar dos dois instrumentos conferirem direitos de propriedade sobre recursos biológicos e conhecimentos associados, Edson Beas Rodrigues Júnior mostra diferenças essenciais entre a CDB e o Acordo TRIPS:

> Enquanto a CDB confere aos Estados e às comunidades tradicionais, respectivamente, um direito de propriedade sobre seus recursos biológicos e CTAs [conhecimentos tradicionais associados], o Acordo TRIPS reconhece direitos amplos de propriedade sobre invenções biotecnológicas, biomédicas, agrobiotecnológicas em favor de instituições privadas.[36]

Ainda segundo Edson Beas Rodrigues Júnior[37], o conflito entre CDB e TRIPS não ocorre devido à permissão do patenteamento de animais, plantas ou microorganismos. Também não ocorre conflito por dificultar a adoção de regimes de proteção dos direitos intelectuais que estejam em acordo com a CDB. Na verdade, ocorre pela omissão do TRIPS ao tratar sobre o direito dos Estados e comunidades

---

[36] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 109.
[37] RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**...

acerca dos conhecimentos tradicionais e sobre seus recursos biológicos, dentre os quais o de receber compensação justa e equitativa pela utilização desses conhecimentos e recursos biológicos.

5.1.5 Comunidade Andina

A chamada Comunidade Andina (CAN) é um bloco econômico formado pelos seguintes países membros: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Chile e Venezuela.

Apesar de o Brasil participar apenas como país associado, entendemos ser interessante abordar, mesmo que rapidamente, algumas decisões da CAN no sentido de proteger os conhecimentos tradicionais[38]. A importância em mostrarmos tais decisões está relacionada ao fato de envolver alguns países megadiversos, semelhantemente ao Brasil, e ainda tratar de alguns países fronteiriços. Esse aspecto é importante para este trabalho, pois abordaremos a preocupação que temos em tratar com o devido cuidado as regiões fronteiriças, principalmente por compreenderem questões delicadas envolvendo os conhecimentos tradicionais produzidos por um mesmo grupo tradicional ou povo indígena que eventualmente, ou não, estejam presentes em mais de um país. Segundo Manuel Ruiz Muller:

> The Convention on Biological Diversity (CDB) has intensified national and international debates on bioprospecting, access and benefit sharing (ABS) of genetic resources, traditional knowledge (TK), and intellectual property rights (IPR) as they relate to biodiversity. These debates in turn have yielded a wide range of political, ideological and legal positions. In this general context, Decision 391 of the Andean Community on a Common Regime on Access to Genetic Resources has become an important landmark for international law and policy development regarding ABS, and for the protection of TK and IPR[39].

[38] DE LA CRUZ, Rodrigo et ali. **Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena**. Caracas-Venezuela: Norma Color, 2005. p. 8.

[39] RUIZ MULLER, Manuel. Regulating bioprospecting and protecting indigenous peoples' knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its overal impacts in the region. In: TWAROG, Sophia; KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 241.

A Decisão 391[40] da Comunidade das Nações, ao tratar sobre o acesso aos recursos genéticos, reconhece a faculdade das comunidades indígenas, afrodescendentes e locais em decidir sobre seus conhecimentos e práticas tradicionais associadas aos recursos genéticos e seus produtos derivados, nos termos estabelecidos pelo seu artigo 7°:

> Artículo 7.- Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

A decisão 486, que trata do regime comum de propriedade industrial do patrimônio biológico e genético dos conhecimentos tradicionais, chama a atenção para a obrigação do Estado de proteger os conhecimentos tradicionais. Ademais, há na decisão 486 medidas que concedem patentes para criações a partir de conhecimentos tradicionais ou com recursos genéticos, desde que se respeite o patrimônio genético e biológico dos países de origem, além dos direitos das comunidades indígenas, afroamericanas ou locais[41]. Segundo o seu artigo 3°:

> Artículo 3.- Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.
>
> Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

---

[40] Sobre as decisões da CAN, pode-se analisar em: LOGGIODICE, Daniel Octavio Salazar. **Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas: bases para un proyeto de decisión andina**. Saarbrücken: Editora Acadêmica Espanhola, 2011.

[41] NEMOGÁ, Gabriel. Limitada Protección de la Diversidad Biocultural de la Nación. In: CORTE CONSTITUCIONAL **Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra**. Bogotá- Colombia. Corte Constitucional, 2015. p. 94.

> Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

Sobre a Comunidade Andina, há ainda a Decisão 523, que traça uma Estratégia Regional de Biodiversidade para os Países do Trópico Andino. Essas iniciativas de se criar protocolos ou mesmo normativas para integrar países na proteção da biodiversidade é fundamental, principalmente se verificarmos a necessidade de termos diretrizes conjuntas que envolvam países com territórios fronteiriços, seja para haver uma maior integração e facilitar a proteção dessas áreas com características semelhantes, muitas vezes com vegetações e animais similares de um lado e de outro da fronteira ou mesmo para se garantir um tratamento igual para grupos tradicionais ou mesmo povos indígenas que habitam diversos territórios fronteiriços de diferentes países, como é o caso de se garantir um mesmo tratamento para membros de uma mesma tribo indígena que habite a Amazônia brasileira, colombiana e equatoriana, simultaneamente.

5.1.6 Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (2007) reforça e amplia os direitos indígenas, com base no direito à autodeterminação. Como visto anteriormente, o artigo 31 da referida Declaração estabelece direitos sobre seus conhecimentos tradicionais e manifestações culturais. Vejamos o seu artigo 31:

> Artigo 31
>
> 1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.

> 2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos.

5.1.7 Convenção das Nações Unidas de combate à desertificação e mitigação dos efeitos das secas

A Convenção das Nações Unidas de combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos das Secas (UNCCD), promulgada pelo Decreto 2.741/98, estabelece compromissos para buscar solucionar problemas sociais em espaços áridos e semiáridos, principalmente onde residam populações pobres. Além de provocar pobreza e problemas nutricionais, o processo de desertificação é um dos responsáveis por migrações desordenadas. Os conhecimentos tradicionais são tratados nessa convenção, nos artigos 16, letra g, 17, 1, letra "c" e 18, 2, letras "a" e "b":

> Artigo 16º
> Coleta, Análise e Intercâmbio de Informação
> As Partes acordam, de conformidade com as respectivas capacidades, integrar e coordenar a coleta e intercâmbio de dados e informações relevantes, tanto para o curto como a longo prazos, para assegurar a observação sistemática da degradação das terras nas zonas afetadas e compreender e avaliar melhor os processos e efeitos da seca e desertificação. Isto ajudaria a promover, entre outros objetivos, o alerta rápido e o planejamento antecipado nos períodos de variação climática desfavorável, de uma forma que os usuários, em todos os níveis, incluindo especialmente as populações locais, pudessem utilizar em termos práticos, esses conhecimentos. Para tanto, as Partes deverão, conforme for apropriado:
> g) Em conformidade com as respectivas legislações e/ou políticas, permutar informações sobre o **conhecimento local e tradicional**, zelando pela sua adequada proteção e assegurando às populações locais interessadas uma retribuição adequada em função dos benefícios resultantes desses conhecimentos, numa base eqüitativa e em condições mutuamente acordadas. **[grifo nosso]**
>
> Artigo 17º

Pesquisa e Desenvolvimento

1. As Partes comprometem-se a promover, de acordo com as respectivas capacidades e através das instituições nacionais, sub-regionais, regionais e internacionais competentes, a cooperação técnica e científica na área do combate à desertificação e da mitigação dos efeitos da seca. Para se atingir essa finalidade, apoiarão as atividades de pesquisa que:

c) Protejam, integrem, valorizem e validem o conhecimento geral, **os conhecimentos técnicos e as práticas tradicionais e locais [grifo nosso]**, assegurando que, com respeito pelas respectivas leis e políticas nacionais, **os possuidores desses conhecimentos sejam diretamente beneficiados numa base eqüitativa e segundo condições mutuamente acordadas [grifo nosso]**, de qualquer utilização comercial dos mesmos ou de qualquer avanço tecnológico deles resultante.

Artigo 18º

Transferência, aquisição, adaptação e desenvolvimento de tecnologia

2. De conformidade com as respectivas capacidades e sujeitas às respectivas legislações e/ou políticas nacionais, as Partes protegerão, promoverão e utilizarão, em particular, as tecnologias, os conhecimentos gerais, os conhecimentos técnicos e as práticas tradicionais e locais relevantes. Com esta finalidade, as Partes comprometem-se a:

a) lnventariar tais tecnologias, conhecimentos gerais, conhecimentos técnicos e práticas e as respectivas utilizações potenciais, com a participação das populações locais, e a difundir tal informação, sempre que oportuno, em cooperação com as organizações intergovernamentais e não-governamentais relevantes;

b) Garantir que essas tecnologias, conhecimentos gerais, conhecimentos técnicos e práticas serão adequadamente protegidos e que as populações locais beneficiarão diretamente, numa base eqüitativa e conforme mutuamente acordado, de qualquer utilização comercial que deles seja feita e de qualquer inovação tecnológica que deles resulte;

5.1.8 Tratado Internacional sobre os recursos fitogenéticos para a alimentação da FAO

Promulgado pelo Decreto n° 6.476/2008, o Tratado Internacional sobre os

Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) tem como principais objetivos promover a conservação e utilização sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura. Busca ainda garantir uma partilha justa e equitativa dos benefícios que são resultantes da utilização desses recursos. Esse tratado protege os conhecimentos tradicionais nos seus artigos 9.1 (sobre os direitos do agricultor) e artigo 9.2 "a" e "b":

> Artigo 9º– 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 eqüitativa na repartição dos benefícios derivados da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura;

5.2. Proteção dos conhecimentos tradicionais no Brasil

5.2.1 Proteção no plano constitucional brasileiro

No plano constitucional brasileiro, a cultura é protegida pelos artigos 215 e

216 da Constituição Federal de 1988[42]. Ao texto constitucional original[43], foram acrescentadas normas resultantes de duas emendas constitucionais: a Emenda Constitucional n°48, de 2005, que acrescentou o §3° ao artigo 215, criando o Plano Nacional de Cultura, que busca o desenvolvimento cultural no Brasil e a Emenda Constitucional n° 71, que adicionou o artigo 216-A, que cria o Sistema Nacional de Cultura, que é organizado em regime de colaboração, descentralizado e que deve ser participativo. Como estabelece a Constituição Federal de 1988:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
> § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
> I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
> II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
> III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
> IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
> V valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

[42] Peter Häberle, ao discursar durante a cerimônia em que recebeu o título de Doutor *Honoris Causae* pela Universidade de Brasília, em 2005, chamou atenção à importância do artigo 215 da Constituição Brasileira e afirmou que ele deveria ser estudado em âmbito mundial: "O art. 215, sobre a cultura, representa, em altíssimo grau, texto a ser comparado com outros de direito, em âmbito mundial." Disponível em: http://www.secom.unb.br/unbcliping2/2006/cp060705-09.htm. Acesso em: 30 mai 2017.
[43] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1381 e ss.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6 º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

I - diversidade das expressões culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

VII - transversalidade das políticas culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

IX - transparência e compartilhamento das informações; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012

> § 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> I - órgãos gestores da cultura; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> II - conselhos de política cultural; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> III - conferências de cultura; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> IV - comissões intergestores; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> V - planos de cultura; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> VI - sistemas de financiamento à cultura; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> VII - sistemas de informações e indicadores culturais; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> VIII - programas de formação na área da cultura; e Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> IX - sistemas setoriais de cultura. Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> § 3º Lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo. Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012
> § 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

Além disso, a cultura é protegida através da sua relação com a linguagem e com a educação. Temos o artigo 210, § 2º da Constituição Federal, na seção sobre Educação, que assegura a utilização das línguas maternas e de processos de aprendizado próprios nas comunidades indígenas[44]:

> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

[44] Sobre línguas indígenas, é importante ressaltar que o Brasil promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança através do Decreto n. 99710, de 21 de novembro de 1990. Em seu artigo 30, essa Convenção estabelece que crianças indígenas ou de outras minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas tem direito à sua vida cultural e a utilizar sua própria língua.

> [...]
> § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Ainda sobre a proteção da cultura, temos o artigo 225 que trata especificamente do meio ambiente[45], e nele temos que considerar o chamado meio ambiente cultural. Vejamos o texto do artigo 225 da Constituição Federal:

> 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 preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

[45] No âmbito da América Latina, devemos ressaltas os avanços constitucionais de Bolívia e Equador no que diz respeito a proteção e conservação da biodiversidade, ao adotarem a cosmovisão de povos antepassados sobre a vida, a Mãe Terra e a garantia do bem viver, como afirma Gabriel Nemoga:
"A nivel latinoamericano también es importante destacar los avances constitucionales de Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante Bolivia) relacionados con la biodiversidad. Ambos países adoptaron en sus nuevas constitucionales cosmovisiones de los pueblos ancestrales de los Andes sobre la vida, la conexión con la Madre Tierra y el respeto con la naturaleza para garantizar el buen vivir. En Ecuador se incorporó la concepción Sumak Kawsayo buen vivir (preámbulo, capítulo 2 y título VI, Constitución Política de la República del Ecuador de 2008), mientras que en Bolivia se incluyó la concepción del Suma Qamaya o buen vivir como uno de los principios de la Constitución de 2009 (preámbulo y artículo 8º, Constitución Política)." Cf. NEMOGÁ, Gabriel. Limitada Protección de la Diversidad Biocultural de la Nación. In: CORTE CONSTITUCIONAL. **Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra**. Bogotá- Colombia. Corte Constitucional, 2015. p. 94.

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (Regulamento) (Regulamento)

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)[46]

[46] Contra a Emenda Constitucional n° 96/2017, que estabeleceu o §7°, do artigo 225, foi ajuizada ADI n°. 5728 no STF. A referida ADI, que está sob relatoria do Min. Dias Tofolli, questiona a EC 96/2017. Conhecida como a PEC da vaquejada, essa emenda constitucional não considera cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que tais práticas sejam consideradas manifestações de ordem cultural. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571>.

Especificamente sobre o direito indígena, a Constituição Federal de 1988 inova positivamente[47], como se verifica nos seus artigos 231 e 232[48]:

> 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.
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

---

[47] "A Constituição de 1988 avançou significativamente ao reconhecer os índios, suas indissociáveis organizações sociais, seus costumes, línguas, crenças e tradições, aliados ao espaço territorial de habitação. Muito embora tenha mantido a indeterminação terminológica (índios), esse reconhecimento constitucional implica um novo paradigma para a subjetividade indígena como coletiva e diferenciada. Implica, também, uma pluralização do direito ao impor, pela força normativa da Constituição, abertura e conseqüentes desdobramentos no que tange à configuração do contexto social, político, jurídico e institucional dos direitos diferenciados indígenas decorrentes desse reconhecimento". DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Base Jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais. **Revista CPC**, São Paulo, v.1, n.2, p.80 – 95, maio/out. 2006. p. 85.

[48] Sobre os direitos indígenas assegurados na Constituição Federal de 1988, abordamos os artigos 210, §2°, 215, §1°, 231 e 232. Mas há diversos dispositivos no texto constitucional referentes aos índios, tais como os artigos 20, XI, 22, XIV, 49, XVI, 109, XI, 129, V, 176, §1°. Cf. BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
> § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.
> 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.

A forma como a chamada Constituição Cidadã aborda e respeita os direitos indígenas[49] é vista por Carlos Frederico Marés de Souza Filho[50] como talentosa, pelas inovações que impõe. Inicialmente é importante ressaltar que essa é a primeira constituição brasileira que inclui os direitos dos índios continuarem a serem índios[51], diferentemente das constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 que se referem aos índios como silvícolas. Há ainda na Constituição de 1988 o reconhecimento da organização social indígena[52] e esse avanço tem reflexos em várias constituições latino-americanas. Percebe-se ainda a vontade em se garantir direitos territoriais aos povos indígenas. Ainda segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o artigo 232 da Constituição de 1988 também traz inovações positivas, no caso, sobre os direitos indígenas em juízo. Diante do excesso de formalismo na prestação jurisdicional dos direitos indígenas e que diversas vezes causou dificuldades nas ações que envolviam os interesses de povos indígenas, essa

[49] Pedro Pulzatto Peruzzo explica a relação entre o direito dos povos indígenas e interculturalidade em: PERUZZO, Pedro Pulzato. Direitos Humanos, povos indígenas e interculturalidade. **Revista Videre**. v. 8 n. 15, jan/jun 2016. p. 11-25.
[50] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentários aos artigos 231 e 231 da Constituição Federal de 1988. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2013. p. 2147-2157.
[51] "A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, têm o direito de ser índio." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**... p. 107)
[52] REGINA, Adriana Werneck. Revisando o conceito de sociedade a partir do modo de pensar e viver Tenharim. In: ARRUDA, Rinaldo S.; JAKUBASZKO, Andrea; RAMIRES, Marcos de Miranda (orgs.) **Reflexões indigenistas**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú; Cuiabá, MT: OPAN, 2011. p. 31-44.

Constituição inova e atribui também ao índio e a suas comunidades a legitimidade para em juízo defender seus interesses.[53]

Ainda é importante ressaltar, ao tratarmos de grupos etnicamente diferenciados e seus direitos, que a Constituição Federal de 1988, no artigo 68 de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece proteção aos territórios dos chamados grupos quilombolas. Vejamos: "Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos."

Segundo Daniel Sarmento[54], o dispositivo do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias acolhe uma reivindicação legítima do movimento negro e mostra mais uma vez uma perspectiva multicultural [55] adotada pela Constituição Brasileira de 1988 no que diz respeito aos direitos de comunidades tradicionais. Visto como uma medida de promoção de igualdade e de justiça social, por direitos territoriais a grupos desfavorecidos e vítimas de discriminação, esse artigo 68 assume igualmente a postura de medida reparatória.

5.2.2 Constituições e legislações estaduais

No Brasil, é importante consideramos as legislações estaduais, tanto as constituições dos Estados como as leis infraconstitucionais na esfera estadual. É necessário ressaltar que numerosas vezes temos povos indígenas e comunidades tradicionais com profunda importância na formação da identidade de diversas regiões brasileiras. Esses grupos, além da importância social, econômica e cultural para essas regiões, podem agregar importância política tanto pela capacidade de mobilização popular ou por serem representados nas instâncias de deliberações políticas nas esferas estadual ou municipal, o que amplia a possibilidade da proteção tanto às comunidades tradicionais, de forma mais ampla, como às suas

---

[53] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentários aos artigos 231 e 231 da Constituição Federal de 1988. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2013. p. 2147 e ss.

[54] SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 68 do ADCT. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2013. p. 2241-2250.

[55] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 23.

características mais inerentes, de forma específica. Exemplificaremos aqui alguns casos dessas normas que protegem comunidades tradicionais, em sua organização social, e também mostraremos algumas normas que protegem os conhecimentos tradicionais. Mas no que diz respeito à proteção dos conhecimentos tradicionais por Constituições ou leis estaduais, vale deixar clara a ressalva estabelecida no artigo 3°, parágrafo único, da Lei n. 13.123/15, combinado com o artigo 7°, XXIII, da Lei Complementar n° 140/2011, que estabelecem que são de competência da União a gestão, o controle e a fiscalização das atividades de acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado. Como a primeira norma que trata do regime de acesso e repartição dos benefícios no país é do ano 2000 (MP 2.052-1, de 28 de julho de 2000), a partir dessa data as leis estaduais anteriores que tratavam de acesso aos recursos genéticos deixaram de ter eficácia, como é o caso da lei estadual do Amapá n° 388/97 e a lei estadual do Acre n° 1.235/97. Como afirma Rodolpho Zahkuth Bastos (2017), ao tratar das duas leis estaduais citadas acima:

> Leis estaduais de acesso aos recursos genéticos foram instituídas no passado pelos estados do Acre (Lei 1.235) e Amapá (Lei 388), ambas datadas de 1997. Com a edição posterior da norma federal, tais leis restaram desfiguradas e sem qualquer utilidade prática por contrariar ou sobrepor, na maior parte de seu conteúdo, a norma federal. Em suma, normas estaduais só teriam eficácia hoje se regulassem matéria não prevista na norma federal que atendesse à peculiaridades dos estados, tal como o acesso aos recursos genéticos em áreas especiais de domínio estadual.[56]

Mostraremos exemplos de normas de estados de diferentes regiões geográficas, inclusive as leis citadas acima, mostrando a importância das comunidades tradicionais e dos conhecimentos tradicionais no Brasil[57]. Vejamos:

---

[56] BASTOS, Rodolpho Zahluth. Participação dos entes estaduais e municipais no regime de acesso aos recursos genéticos: ofensa ao pacto federativo quanto aos bens de sua dominialidade e à repartição equitativa dos benefícios. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p.184.

[57] Cf. ALMEIDA, A. W. Berno de. **Terra de quilombos, terras indígenas "babaçuais livres", "castanhais do povo", faxinas e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2.ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. p. 35

a) Artigo 196 da Constituição Estadual do Maranhão, de 1989, que trata das quebradeiras de coco babaçu e a garantia de seus trabalhos, além da preservação da biodiversidade na área dos babaçuais:

> Art. 196. Os babaçuais serão utilizados na forma da lei, dentro de condições que assegurem a sua preservação natural e do meio ambiente, e como fonte de renda do trabalhador rural.
> Parágrafo único. Nas terras públicas e devolutas do Estado assegurar-se-á a exploração dos babaçuais em regime de economia familiar e comunitária.

b) Artigos 250 e 251 da Constituição do Estado do Amazonas, de 1989, que tratam das populações ribeirinhas e dos povos da floresta. Esses artigos abordam direitos territoriais, sociais e mostra a preocupação do Estado do Amazonas com essas comunidades tradicionais:

> Art. 250. O Estado, através de prepostos designados ou indicados especialmente para tal fim, acompanhará os processos de delimitação de territórios indígenas, colaborando para a sua efetivação e agilização, atuando preventivamente à ocorrência de contendas e conflitos com o propósito de resguardar, também, atingidas em tais situações, que sejam comprovadamente desassistidas.
> Art. 251. É dever do Estado e dos Municípios em reconhecimento ao trabalho ou de preservação, ocupação e desbravamento do território prestado pelos grupos nativos, notadamente aqueles que se ocupam de atividades extrativas, assisti-los e ampará-los, principalmente quanto aos seguintes aspectos:
> I - efetivamente dos direitos fundamentais do cidadão, trabalhistas ou de proteção ao trabalho autônomo e previdenciário, previstos em lei;
> II - organização em grupos como forma de fortalecimento e viabilização de conquistas individuais e coletivas, bem como de assistência e orientação, inclusive preventiva, ao risco de vida e coexistência com graus de insalubridade;
> III - alternativas de trabalho ou de ocupação produtiva permanentes;
> IV - acesso ao mercado, inclusive de escoamento para os produtos oriundos de atividades extrativas, ressalvadas as restrições legais e de proteção a vegetais e animais ameaçados de extinção;
> V - as informações e orientações para que o desenvolvimento da atividade se processe dentro da legalidade, em áreas previamente delimitadas para tal e de forma não-predatória.

> § 1º O Poder Executivo Estadual assistirá os Municípios na criação de organismos ou instrumentos institucionais necessários à efetivação dos propósitos do caput deste artigo, inclusive assumindo tal função, quando da incapacidade do Poder Municipal.
> § 2º Ainda com esse propósito, deverão ser adotados mecanismos assistenciais para possibilitar o acompanhamento do acesso pelos beneficiários aos direitos estabelecidos pela Constituição da República, art. 54, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como viabilizar o usufruto dos direitos de assistência, saúde e previdência, em especial o previsto no art. 203, V, da Constituição da República, pelos integrantes de outras categorias extrativistas, pela população ribeirinha e interiorana em geral.
> § 3º O Estado se incumbirá, ainda, da atualização permanente das atividades ou categorias ocupacionais de caráter extrativista.

c) Lei do Estado do Amapá n° 388, de 10 de dezembro de 1997, que dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso à biodiversidade do Estado do Amapá e dá outras providências[58]. Essa lei prevê a participação dos povos indígenas e de comunidades locais na proteção e valorização dos conhecimentos tradicionais. Segundo seu artigo 1°:

> **Art. 1** Incumbe ao Poder Executivo preservar a diversidade, a integridade e a utilização sustentável dos recursos genéticos localizados no Estado do Amapá e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, atendidos os seguintes princípios:
> I - inalienabilidade dos direitos sobre a diversidade biológica e sobre os recursos genéticos existentes no território do Estado do Amapá;
> II - participação das comunidades locais e dos povos indígenas nas decisões que tenham por objetivo o acesso aos recursos genéticos nas áreas que ocupam;
> III - participação das comunidades locais e dos povos indígenas nos benefícios econômicos e sociais decorrentes dos trabalhos de acesso a recursos genéticos localizados no Estado do Amapá;
> IV - proteção e incentivo à diversidade cultural, **valorizando-se os conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais sobre**

[58] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências nas populações tradicionais no Brasil. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento.** Curitiba, v. 4, n. 2, jul/dez 2015. p. 65.

> **a conservação, uso, manejo e aproveitamento da diversidade biológica e genética**.

d) Lei n° 1.235 do Estado do Acre, de 09 de julho de 1997, que dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do Estado do Acre e dá outras providências. Essa lei estadual, além de proteger os conhecimentos tradicionais, busca garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios, como se verifica nos seus artigos 1° e 2°:

> Art. 1º Esta lei regula direitos e obrigações relativas ao acesso de recursos genéticos, material genético e produtos derivados, em condições ex situ e in situ, existentes no Estado do Acre, aos **conhecimentos tradicionais** das populações indígenas e comunidades locais, associadas aos recursos genéticos ou produtos derivados e aos cultivos agrícolas domesticados no Estado. Art. 2º Os contratos de acesso a esses bens se farão na forma desta lei, sem prejuízo dos direitos de propriedade material e imaterial relativos:
> a) aos recursos naturais que contêm o recurso genético ou produto derivado;
> b) à coleção privada de recursos genéticos ou produtos derivados; e
> c) aos conhecimentos tradicionais das populações indígenas e comunidades locais, associadas aos recursos genéticos ou produtos derivados.
> Parágrafo único. Aos proprietários e detentores previstos neste artigo será **garantida a repartição justa e eqüitativa dos benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos e produtos derivados, aos conhecimentos tradicionais das populações indígenas e comunidades locais, associados aos recursos genéticos ou produtos derivados e aos cultivos agrícolas domesticados no Estado**, na forma desta lei.

e) Lei nº 15.673 do Estado do Paraná, de 13 de novembro de 2007, em que o Estado do Paraná reconhece os faxinais (comunidades tradicionais) e sua territorialidade.

> Art. 1º O Estado do Paraná reconhece os Faxinais e sua territorialidade específica, peculiar do estado do Paraná, que tem como traço marcante o uso comum da terra para produção animal e a conservação dos recursos naturais. Fundamenta-se na integração de características próprias, tais como:

> a) produção animal à solta, em terras de uso comum;
> b) **produção agrícola de base familiar**, policultura alimentar de subsistência, para consumo e comercialização;
> c) **extrativismo florestal de baixo impacto aliado à conservação da biodiversidade**;
> d) cultura própria, laços de solidariedade comunitária e preservação de suas tradições e práticas sociais.
> Art. 2º A identidade faxinalense é o critério para determinar os povos tradicionais que integram essa territorialidade específica.
> Parágrafo Único. Entende-se por identidade faxinalense a manifestação consciente de grupos sociais pela sua condição de existência, caracterizada pelo seu modo de viver, que se dá pelo uso comum das terras tradicionalmente ocupadas, conciliando as atividades agrosilvo-pastoris com a conservação ambiental, **segundo suas práticas sociais tradicionais, visando a manutenção de sua reprodução física, social e cultural**.
> [...]
> Art. 4º As práticas sociais tradicionais e acordos comunitários produzidos pelos grupos faxinalenses deverão ser preservados como **patrimônio cultural imaterial do Estado**, sendo, para isso, adotadas todas as medidas que se fizerem necessárias. [grifos nosso]

Essa lei paranaense caracteriza os faxinalenses e ainda se preocupa em preservar seus conhecimentos e formas de viver como patrimônio imaterial.

5.2.3 Proteção realizada pelo IPHAN

Como forma de atender ao que determina o texto constitucional, principalmente nos artigos 215 e 216, e ao que estabelece a Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Brasil em 2006, e assim proteger e conservar adequadamente os bens imateriais no Brasil, não podemos desconsiderar as medidas administrativas que o Estado possui para a tutela do patrimônio cultural. Diante disso, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional[59] coordenou uma série de estudos e editou o Decreto n°. 3.551, de

[59] O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional –IPHAN- foi criado pela Lei 8.029/1990 e, segundo Felipe Moretti Laport (2017), representou uma mudança de paradigma na proteção do

04 de agosto de 2000. Esse Decreto cria o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) e do consolidado Inventário Nacional de Referências Culturais (INCR)[60].

O Inventário Nacional de Referências Culturais[61] (INRC) é uma metodologia de pesquisa criada pelo IPHAN que busca identificar e sistematizar o conhecimento sobre determinado bem que venha a ser protegido. É um instrumento para identificação e preservação de bens culturais que os aproxima do IPHAN e permite uma ampliação da atuação institucional na política de salvaguarda. Cabe ressaltar que o INRC pode ser utilizado tanto para bens materiais quanto para bens imateriais. No caso de bens materiais, o INRC estará relacionado às referências culturais presentes no território analisado, que pode ser desde uma cidade até mesmo uma edificação, sua significação histórica, os usos e associações, independente da qualidade artística. No caso de bens imateriais, o INRC é responsável por sistematizar o valor e o sentido que é dado ao bem através de práticas e demais referências identitárias de determinado grupo social. O INRC tem dois objetivos principais, segundo Célia Maria Corsino:

> 1. identificar e documentar bens culturais, de qualquer natureza, para atender à demanda pelo reconhecimento de bens representativos da diversidade e pluralidade culturais dos grupos formadores da sociedade; e
> 2. apreender os sentidos e significados atribuídos ao patrimônio cultural pelos moradores de sítios tombados, tratando-os como intérpretes legítimos da

patrimônio cultural uma vez que o Estado Brasileiro reconheceu que não possui capacidade de tutelar sozinho o patrimônio cultural brasileiro.

[60] Cf. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). **Patrimônio cultural imaterial: pra saber mais.** Brasília: IPHAN, 2012.

[61] No site http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/681/ é possível identificar os inventários já realizados, distribuídos pelas regiões do Brasil e pelas Superintendências Regionais do IPHAN. No acesso feito em 07 jul 2017, identificamos alguns desses inventários: Região Norte – Mapeamento Documental das Referências Culturais do Estado do Acre, INRC da Cidade de Mazagão Velho/AP, Farinha de Mandioca/PA; Região Nordeste – Documentação Audiovisual das Referências Culturais da Mandioca e Taipa/AL, INRC do Ofício das Baianas de Acarajé/BA, INRC do Complexo do Bumba-meu-Boi no Maranhão, INRC do Cavalo Marinho/PE, INRC da Arte Santeira do Piauí; Região Centro-Oeste – INRC do Vale do Amanhecer no Distrito Federal, INRC da Festa do Divino de Pirenópolis/GO; Região Sudoeste – INRC do Ofício das Paneleira de Goiabeira/ES, INRC do Modo Artesanal de Fazer Queijo Minas/MG, INRC da Feira de São Cristóvão/RJ, Comunidades Quilombolas do Vale do Ribeira/SP; Região Sul – Inventário do Patrimônio Natural e Imaterial de Paranaguá/PR, INRC da Produção dos doces tradicionais pelotenses/RS, INRC da População Guarani do Sítio São Miguel Arcanjo/RS, INRC de Base Luso-Açoreana no Litoral Catarinense/SC.

> cultura local e como parceiros preferenciais de sua preservação.[62]

Conforme Cecília Londres [63], a expressão "referência cultural" está relacionada à produção de informações com base em pesquisas com fontes documentais e outros suportes materiais capaz de produzir uma compreensão dos bens e das práticas sociais construídos num sistema de referências contextualizado. Ou seja, temos uma diversidade de fontes de informações assim como uma pluralidade de bens e de práticas sociais a serem preservadas, com sentidos e valores distintos a partir de um contexto antropológico específico.

Outro mecanismo relevante de preservação do patrimônio cultural é a Portaria do IPHAN n° 127, de 30 de abril de 2009. Ela se fundamenta nos artigos 215, 216 e 225 da Constituição Federal e busca proteger a Paisagem Cultural Brasileira[64], nela inclusos tanto bens materiais como bens imateriais:

> Art. 1º. Paisagem Cultural Brasileira é uma porção peculiar do território nacional, representativa do processo de interação do homem com o meio natural, à qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores.
>
> Parágrafo único - A Paisagem Cultural Brasileira é declarada por chancela instituída pelo IPHAN, mediante procedimento específico.
>
> II - DA FINALIDADE
>
> Art. 2º. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira tem por finalidade atender ao interesse público e contribuir para a preservação do patrimônio cultural, complementando e integrando os instrumentos de promoção e proteção existentes, nos termos preconizados na Constituição Federal.
>
> III - DA EFICÁCIA
>
> Art. 3º. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira considera o caráter dinâmico da cultura e da ação humana sobre as porções do território a que se aplica,

---

[62] CORSINO, Celia Maria. Apresentação. In: IPHAN. **Inventário nacional de referências culturais: manual de aplicação**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2000. p. 8.

[63] LONDRES, Cecília. Referências Culturais: Base Para Novas Políticas de Patrimônio. In: IPHAN. **Inventário nacional de referências culturais: manual de aplicação**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2000. p. 11-21.

[64] COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Pertencimento, memória coletiva e terrritorialidade em uma comunidade rural do Piauí**. Teresina, 2011. Dissertação. (Mestrado em Antropologia e Arqueologia). Programa de Pós-graduação em Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Piauí. Teresina: UFPI, 2011.

> convive com as transformações inerentes ao desenvolvimento econômico e social sustentáveis e valoriza a motivação responsável pela preservação do patrimônio.

Como exemplo da proteção feita pelo IPHAN, citamos o exemplo do que ocorreu com a cajuína. O caso de Produção Tradicional e das Práticas Socioculturais associadas à cajuína no Piauí é emblemático por mostrar que a ação administrativa do IPHAN associada a uma mobilização popular garantiu a salvaguarda do patrimônio imaterial antes mesmo da conclusão do processo de Registro do modo de fazer a cajuína como bem imaterial.[65]

A antropóloga May Waddington[66] realizou pesquisa que balizou decisão sobre a concessão de registro cultural à cajuína, tradicional bebida não-alcoólica do Piauí. A antropóloga foi contratada pela Superintendência Regional do IPHAN no Piauí, a pedido da Fundação de Cultura do Estado do Piauí e da Cooperativa de Produtores de Cajuína, para processo de salvaguarda do patrimônio imaterial nos termos dos artigos 1° e 2° do Decreto 3551/2000. Apesar de a cajuína estar presente em outros estados brasileiros, principalmente na região nordeste do país, como é o caso de Maranhão, Ceará e Rio Grande do Norte, é no Piauí que o processo de feitura adquire valor cultural relevante, com seus rituais de hospitalidade e degustação. O conselho consultivo do IPHAN celebrou em 15 de maio de 2014 o registro como Patrimônio Cultural Brasileiro da Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí.[67].

Segundo Costa[68], durante o processo de registro da cajuína, a Superintendência Regional do IPHAN no Piauí fez o encaminhamento de pedido de providências diante da criação de refrigerante de caju, que seria realizado pela

---

[65] COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. Florianópolis, 2017. Tese. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2017. p. 430-431.

[66] WADDINGTON, May. Da embriaguez à sobriedade: a história da cajuína e a modernização do Piauí. WOORTMANN, Ellen; CAVIGNAC, Julie A. (orgs.) **Ensaios sobre Antropologia da Alimentação: saberes, dinâmicas e patrimônios**. Natal: EDUFRN, 2016. p. 183-233.

[67] IPHAN. Cajuína do Piauí é mais novo Patrimônio Cultural Brasileiro. 15 mai 2014. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/286>. Acesso em: 07 jul 2017.

[68] COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**... p. 429.

empresa Coca-Cola e que se chamaria "Crush Cajuína". O pedido de providências se baseava tanto no registro do modo de fazer cajuína como bem cultural imaterial como no uso do nome pela empresa, que deveria estar associado ao produtor artesanal e tradicional. Os produtores alegavam que a produção pela Coca-Cola teria reflexos diretos e negativos na produção artesanal da cajuína e prejudicaria a transmissão desse conhecimento tradicional para as gerações futuras. Nessa situação, houve uma mobilização social no estado do Piauí que envolveu a sociedade civil e os órgãos estaduais. A empresa multinacional, uma vez notificada pelo IPHAN, requisitou os dados do procedimento administrativo e em seguida desistiu da produção do refrigerante, apesar de alegar domínio público para o uso do nome de forma indistinta, o que poderia possibilitar o registro da marca associado ao nome do refrigerante que já existia. Nesse processo, o que nos chama mais atenção é o efeito da proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio imaterial a partir da mobilização popular em prol da proteção à cultura. De acordo com Rodrigo Vieira Costa:

> Outro aspecto a ser destacado, é o da participação popular na proteção do patrimônio cultural, alicerçando a estratégia dos detentores e da autarquia federal para impedir a apropriação indevida que pusesse em risco às práticas socioculturais da Cajuína antes mesmo que o Registro acontecesse. É prova de que o conceito de patrimônio cultural do artigo 216 da Constituição Federal não apenas confere direito cultural coletivo aos bens declarados pelos mecanismos nela previstos, mas se trata de norma igualmente de garantia cujo exercício de cidadania ativa funciona igualmente como forma embrionária de acautelamento comunitário e dever de proteção estatal.[69]

A mobilização popular, tanto através da sociedade civil como das instituições governamentais, associada a um processo administrativo de Registro ainda inconcluso foram capazes de promover a proteção do bem cultural imaterial, no caso da produção tradicional e das práticas socioculturais associadas à cajuína, relacionado a um antigo processo histórico que envolvia dinâmicas culturais e conhecimentos associados a o uso das tecnologias.

---

[69] COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**... p. 431-432.

5.2.4 Nova Lei Brasileira da Biodiversidade

Nessa perspectiva de proteção à Biodiversidade, em maio de 2015 o Brasil aprovou a Nova Lei de Biodiversidade. A Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, implementa a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) e dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade. Além de representar um novo marco legal da biodiversidade no Brasil, essa lei traz diversas inovações sobre a temática e revoga a criticada Medida Provisória nº 2.186-16/2001, que durante aproximadamente 15 anos regulamentou essa matéria[70]. A nova lei é regulamentada pelo Decreto 8.772, de 11 de maio de 2016.

5.2.4.1 Histórico da MP 2.186-16/2001

A Medida Provisória 2.186-16/2001 foi editada rapidamente, e sem o debate adequado, diante da repercussão negativa de um contrato entre a Bioamazônia e a empresa multinacional da área farmacêutica Novartis Pharma, que tem sede na Suíça. A Bioamazônia é uma entidade privada de interesse público que foi criada em 1997 com o objetivo de efetivar o Programa Brasileiro de Ecologia Molecular. Segundo o acordo, a Novartis teria direito de explorar comercialmente compostos oriundos de aproximadamente mil organismos da Amazônia Brasileira, uma vez que seria a proprietária exclusiva dos direitos de propriedade intelectual advindo dos recursos genéticos desses organismos. As críticas feitas por diversos grupos da sociedade brasileira estavam concentradas principalmente na falta de regras claras que normatizassem acordos que envolvessem biotecnologia. Diante das críticas da sociedade civil, o acordo não foi efetivado.[71-72]

---

[70] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Visão Geral da Lei n° 13.123/15. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 66-73. p. 66.

[71] MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise: os tratados internacionais e as transformações jurídicas na regulação dos conhecimentos tradicionais**. Revista de Direito e Sustentabilidade**. Brasília-DF, v. 2, nº 1, jan/jun. 2016. p. 233.

[72] MENUCHI, Luciana Nalim Silva; AMARANTE SEGUNDO, Gesil Sampaio; ARAÚJO, Jacqueline Camolese de. O novo marco legal para acesso ao patrimônio genético e proteção do conhecimento tradicional associado. **Revista GEINTEC**. 01 March 2016, v.6 (1), pp. 2954-2965. Disponível em:

Apesar de apresentar pontos positivos relevantes, como a proteção de direitos indígenas, a regulamentação da repartição dos benefícios pela utilização do patrimônio genético e tentar colocar fim na biopirataria, a Medida Provisória 2.186-16/2001, porém, acumulou diversas críticas negativas de praticamente todos os grupos envolvidos nas temáticas que envolvem a biodiversidade. Segundo Fernando Lagares Távora [73], seria a MP rígida e excessivamente restritiva ao acesso à biodiversidade. Com o objetivo de evitar a biopirataria, acabou por punir injustamente pesquisadores brasileiros e praticamente barrou a pesquisa e a atividade de bioprospecção por exigir número excessivo de documentos e requisitos.

Provavelmente a crítica mais forte a essa Medida Provisória foi em relação à exigência prévia de um Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (CURB) para se ter acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. O contrato era exigido para as instituições que buscassem fazer pesquisa ou bioprospecção se houvesse pelo menos expectativa de possível uso comercial. Ou seja, mesmo sem uma certeza do uso comercial da inovação (algo normal se considerarmos a biotecnologia moderna), dever-se-ia anteriormente definir-se a repartição dos benefícios (que talvez nem existissem futuramente). Diante dessa burocracia excessiva, que gerou aumento nos custos, houve por um lado uma diminuição das pesquisas e por outro colocou diversos pesquisadores na ilegalidade, aplicando-se multas a eles. O prazo médio para autorização prévia para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado passou a ser de 550 dias, considerado elevado para pesquisas e atividades de bioprospecção. Com a diminuição das pesquisas, houve consequentemente uma diminuição nos benefícios a serem repartidos, com apenas 110 contratos de repartição de benefícios assinados durante a vigência da MP 2.186-16/2001 [74]. Fernando Lagares Távora *et al* resumem bem as conseqüências negativas[75] geradas pela referida Medida Provisória:

<http://www.revistageintec.net/portal/index.php/revista/article/view/802/645>. Acesso em: 21 jun 2015.

[73] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, out./2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 20 out. 2015.

[74] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**...p. 11.

[75] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**.... Nesse sentido: MENUCHI *et al* também abordam diversas avaliações negativas que foram feitas sobre a Medida Provisória 2.186-16/2001. Sobre os aspectos negativos da MP, assim se pronunciaram: "[...] a

> Assim o país perdia considerável capacidade de gerar *i)* conhecimento, novas tecnologias e novos produtos; *ii)* empregos desejáveis, já que nesse segmento há conhecimento qualificado associado, e, majoritariamente, são empregos que resultam no desenvolvimento de produtos de alto valor agregado; *iii)* renda; *iv)* divisas; e *v)* desenvolvimento sustentável.[76]

Importante salientar a observação de Luciano Moura Maciel[77] sobre o contexto em que se criaram, de uma forma geral, leis ambientais no Brasil e na América Latina. Essas leis possibilitaram a exploração florestal, como é o caso do Novo Código Florestal Brasileiro, da Lei 12.621/2012 e da Lei n. 13.123/15. Segundo o autor:

> O Brasil e a América Latina no final da década de 80 e início da década de 90 passavam por uma crise histórica marcada por estagnação econômica e altas taxas de inflação, para o consenso de Washington as causas da crise seriam: a) excessivo crescimento do Estado, excesso de regulação e empresas estatais ineficientes; b) populismo econômico pela incapacidade de controlar o déficit público. As economias brasileiras e latino-americanas deveriam estabilizar-se por intermédio do ajuste fiscal e adoção de políticas econômicas conservadoras, em que o mercado desempenhe o papel fundamental, liberalizando-as e privatizando as empresas públicas e os bens públicos. Consequentemente, este processo acarretará no avanço do capital sobre a biodiversidade com a privatização dos bens ambientais, da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais.[78]

---

normatização exacerbada de acesso ao patrimônio genético, apresentando conceitos com definições pouco consistentes, exigindo a edição de uma série de Orientações Técnicas, nem sempre claras; a criminalização da atividade de pesquisa, com os pesquisadores referidos em acusações de biopirataria; desincentivo à pesquisa com biodiversidade autóctone; impedimento do desenvolvimento de tecnologias no país, como a geração e disponibilização à sociedade de novas cultivares de plantas nativas e a migração da atividade de P&D de empresas para o exterior". MENUCHI, Luciana Nalim Silva, AMARANTE SEGUNDO, Gesil Sampaio; ARAÚJO, Jacqueline Camolese de. O novo marco legal para acesso ao patrimônio genético e proteção do conhecimento tradicional associado. p. 2958.

[76] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**... p. 10.

[77] MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise: os tratados internacionais e as transformações jurídicas na regulação dos conhecimentos tradicionais**. Revista de Direito e Sustentabilidade**. Brasília-DF, v. 2, nº1, jan/jun. 2016, p. 221-241.

[78] MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise: os tratados internacionais e as transformações jurídicas na regulação dos conhecimentos tradicionais**. Revista de Direito e Sustentabilidade**. Brasília-DF, v. 2, nº1, jan/jun. 2016, p. 224.

5.2.4.2 Projeto de Lei (PL) n. 7.735, de 2014

A origem da Lei n. 13.123/15 foi o projeto de lei n. 7.735, de 2014, apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados. O PL 7.735/2014, que teve solicitação de urgência constitucional para sua tramitação, tem a seguinte ementa:

> Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Esse projeto de lei buscou modernizar a legislação, estando mais conectado com a realidade. Sobre o PL 7.735/2014, Fernando Lagares Távora *et al* fazem a seguinte explanação:

> Nesse sentido o projeto que gerou a nova Lei tinha como características maior aderência à realidade; incentivo à bioprospecção; não tributação da pesquisa e desenvolvimento tecnológico; apoio à comercialização dos produtos gerados; incentivo à rastreabilidade de todo o processo, estabelecimento de regime de repartição de benefícios adequado e factível; redução dos custos de transação remissão para normas infralegais dos problemas possíveis; e prevenção de enrijecimento da nova legislação.[79]

Durante a tramitação no Congresso Nacional, a matéria foi amplamente debatida pelos órgãos governamentais relacionados à área, como é o caso da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, além de um grupo de

[79] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**... p. 12.

coalizão formado pelas Indústrias Farmacêuticas e Cosméticas[80]. Houve, porém, pequena participação de setores como as Universidades, comunidades indígenas e comunidades e agricultores tradicionais[81]. Esses grupos, aliás, divulgam carta de repúdio, intitulada "De onde brotam os espinhos", denunciando a não participação efetiva dos povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares do Brasil nos debates e questiona a tramitação do Projeto de Lei 7.735/2014. A carta de repúdio à PL sobre o uso de conhecimentos tradicionais e recursos genéticos é assinada por 54 organizações, entre elas o Conselho Indigenista Missionário, e coloca sob suspeita a eficácia da nova lei sobre a diversidade em combater a biopirataria e garantir os direitos coletivos[82].

5.2.4.3 Lei n. 13.123/15 e Decreto n. 8.772/16

A Lei n. 13.123/15 revoga a Medida Provisória 2.186-16/2001 e promove uma mudança no Marco Regulatório da Biodiversidade no Brasil ao buscar desburocratizar e facilitar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado[83]. Esse novo marco regulatório não se aplica ao patrimônio genético humano[84], que segue regras próprias. É o que estabelece o artigo 4° da Lei n. 13.123/15: "Esta Lei não se aplica ao patrimônio genético humano".

---

[80] MENUCHI, Luciana Nalim Silva; AMARANTE SEGUNDO, Gesil Sampaio; ARAÚJO, Jacqueline Camolese de. O novo marco legal para acesso ao patrimônio genético e proteção do conhecimento tradicional associado...p. 2958.

[81] A ausências desses grupos na discussão e elaboração da nova lei da Biodiversidade e o possível desrespeito à consulta prévia pode precipitar questionamentos judiciais da Lei n. 13.123/15, como afirma Fernando Lagares Távora *et al* (TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**...p. 57.)

[82] CIMI. Conselho Indigenista Missionário. Assessoria de comunicação. **Comunidades manifestam repúdio à PL sobre uso de conhecimentos tradicionais e recursos genéticos**. Conselho Indigenista Missionário, Brasília-DF, 11 nov 2014. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7841>. Acesso em: 30 jun. 2017.

[83] Para Menuchi *et al*, a Lei n. 13.123/15 demonstra um avanço para a sociedade brasileira ao desburocratizar o acesso ao patrimônio genético e estimular as pesquisas científicas: "A nova legislação representa um ganho para a sociedade brasileira como um todo, pois estimula o avanço nas pesquisas, em razão da diminuição da burocracia enfrentada pelos cientistas e técnicos que pretendem aventurar-se no acesso ao patrimônio genético brasileiro e ao conhecimento tradicional a ele associado. Ademais, o alinhamento do novo marco regulatório com a CDB, otimiza sua interpretação e aplicação pelos interessados." (MENUCHI, Luciana Nalim Silva, AMARANTE SEGUNDO, Gesil Sampaio, ARAÚJO, Jacqueline Camolese de. O novo marco legal para acesso ao patrimônio genético e proteção do conhecimento tradicional associado...p. 2963)

[84] Apesar de não se aplicar ao patrimônio genético humano, a Lei n. 13.123/15 não faz referência alguma, nem mesmo uma ressalva, à Lei de Biossegurança. Por outro lado, a MP 2.186-16/2001 fazia referência no artigo 36 à antiga Lei de Biossegurança de n. 8974/95.

A nova lei estabelece, logo no artigo 2º, os principais conceitos e definições importantes para o seu completo entendimento, além de considerar aqueles constantes da Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB. Entre as principais definições, Juliana Santilli (2015) ressalta inicialmente duas delas: patrimônio genético (PG) e conhecimento tradicional associado (CTA). Segundo o artigo 2º da referida lei:

> 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;

Observação interessante a feita por Fernando Lagares Távora *et al* (2015) sobre o conceito de patrimônio genético adotado pelo artigo 2° da nova lei que utiliza o termo "informação". Esse termo "informação" é tido como o mais adequado ao se considerar que a biotecnologia é "capaz de sintetizar ativos a parti de informação disponível em base de dados, prescindindo do material genético para concluir seu processo de desenvolvimento tecnológico".[85]

Ainda sobre o conceito de patrimônio genético, e de acordo com Juliana Santilli[86], a nova lei não solucionou uma dificuldade relevante enfrentada na vigência da Medida Provisória n. 2.186-16/2001 que seria a inclusão ou não dos derivados de recursos genéticos para fins de aplicação das normas de acesso e repartição de benefícios. Segundo Santilli, as versões originais do Projeto de Lei continham referências aos derivados. Vale ressaltar que o texto final do Protocolo de Nagoya também se reporta a eles. Aliás, as negociações para o Protocolo de Nagoya tiveram amplo debate sobre a aplicação das normas de acesso e repartição

[85] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**... p. 13.
[86] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...p.36.

de benefícios também para os chamados derivados de recursos genéticos. Segundo Juliana Santilli:

> Durante as negociações internacionais do Protocolo de Nagoya, a aplicação das normas de acesso e repartição de benefício aos "derivados" (de recursos genéticos) foi muito debatida. Muitos países em desenvolvimento defendiam a necessidade de que a pesquisa e o desenvolvimento baseados em compostos bioquímicos de ocorrência natural – como anticorpos, vitaminas, enzima, compostos ativos e metabólicos – também deveriam estar sujeitos às normas de acesso e repartição de benefícios (e não apenas os recursos genéticos *stricto sensu*, que contém unidades funcionais de hereditariedade). Afinal, os compostos bioquímicos são a base de muitos produtos, desde medicamentos e alimentos até cosméticos.[87]

A nova lei, porém, não contempla explicitamente uma definição dos tais derivados, tendo apresentado apenas na definição de patrimônio genético a expressão "substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos", o que pode gerar dúvidas sobre diferentes interpretações.

Outra alteração de ordem conceitual relevante feita na nova lei é relativa ao conceito de bioprospecção [88] que constava [89] na Medida Provisória nº. 2.186-16/2001 e foi excluído da nova lei. Ao invés de termos na nova lei a noção da bioprospecção como atividade exploratória com potencial de uso comercial, como estabelecia o artigo 7°, VII da Medida Provisória referida acima, a Lei n. 13.123/15 realiza uma diferenciação entre pesquisa e desenvolvimento tecnológico, com base nas finalidades, econômicas ou não, das atividades de acesso ao patrimônio genético. Segundo o artigo 2º, X e XI, da Lei n. 13.123/15:

---

[87] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 36-37.

[88] Segundo o artigo 7º, VII, da Medida Provisória nº 2.186-16/2001 (revogada pela Lei n. 13.123/15), bioprospecção seria: Art. 7º: [...] VII – bioprospecção: a atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial;

[89] GOMES, Sebastião Marcelice; PINTO, Mônica da Costa; BONOLO, Mônica Nazaré Picanço Dias. Bioprospecção: a fabricação de um conceito técnico-normativo. In: SCHIOCCHET, Taysa; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (coords.) **Direito, biotecnologia e sociedades tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 289-302.

> Art. 2º:
> [...]
> X - pesquisa - atividade, experimental ou teórica, realizada sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, com o objetivo de produzir novos conhecimentos, por meio de um processo sistemático de construção do conhecimento que gera e testa hipóteses e teorias, descreve e interpreta os fundamentos de fenômenos e fatos observáveis;
> XI - desenvolvimento tecnológico - trabalho sistemático sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado, baseado nos procedimentos existentes, obtidos pela pesquisa ou pela experiência prática, realizado com o objetivo de desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, aperfeiçoar ou desenvolver novos processos para exploração econômica;

Na definição de conhecimento tradicional, a nova lei inova ao trazer uma divisão entre as categorias de conhecimento tradicional associado: seriam o Conhecimento Tradicional Associado (CTA) "de origem identificável" e o Conhecimento Tradicional Associado (CTA) de "origem não identificável". Essa diferenciação é importante quando se trata do acesso e da repartição dos benefícios[90]. Segundo o artigo 2°, III, da Lei n. 13.123/15:

> Art. 2°:
> [...]
> 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;

Fernando Lagares Távora *et al* [91] chamam o conhecimento tradicional associado de "origem não identificável" na verdade de conhecimento tradicional de "origem não identificada", uma vez que é possível se fazer essa identificação,

---

[90] VASCONCELOS, Rosa Miriam de. **Conhecendo a nova lei de acesso ao patrimônio genérico e conhecimento tradicional (Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015)**. 1. ed. Junho de 2015. Disponível em: <http://www.cfbio.gov.br/admin/_lib/file/docAnexos/publicacao-lei-13123-de-2015.pdf>. Acesso em: 21 jun 2017.
[91] TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**... p. 43

inclusive se fazer a vinculação desse conhecimento a uma fonte no futuro diante de estudos mais aprofundados[92].

Para Juliana Santilli [93], essa diferenciação busca solucionar o compartilhamento de conhecimentos tradicionais que acontecem em locais e situações de elevada complexidade, para se identificar os titulares dos respectivos direitos intelectuais e, enfim, obter-se o consentimento prévio e a justa repartição dos benefícios pela sua utilização. A autora traz exemplos de feiras e mercados em que a identificação dos titulares dos direitos sobre tais conhecimentos é extremamente difícil de ser feita pelo usuário. A solução encontrada na nova lei foi a divisão entre as duas categorias e a exigência do consentimento prévio informado das comunidades detentoras apenas no caso de CTA de origem identificável. Assim, em relação ao CTA de origem não associada, essa exigência do consentimento prévio informado seria dispensada.

Mesmo com essa divisão em duas categorias, na prática, há uma dificuldade de se identificar a comunidade tradicional detentora. Juliana Santilli cita o exemplo das vendedoras do Mercado Ver-o-Peso de Belém-PA:

> [...] seria muito difícil identificar todas as detentoras de tais conhecimentos, tão enraizados no cotidiano de inúmeras comunidades amazônicas, mas não se pode dizer que são conhecimentos de origem "não identificável". Certamente será possível "[...] vincular sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional o ou agricultor tradicional" (BRASIL, 2015), mais do que isso, será possível vincular as origens de tais conhecimentos a diversas comunidades amazônicas. São, na verdade, conhecimentos amplamente compartilhados ou difusos, e a sua vinculação a determinadas comunidades tradicionais é possível, mas extremamente difícil e onerosa. A exigência legal de obtenção do consentimento prévio e informado de todas as comunidades detentoras de tais conhecimentos tradicionais compartilhados desencorajaria qualquer pesquisa. Estas comunidades devem, entretanto, usufruir

[92] Segundo Luciano Maciel, há um consenso entre povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais em se admitir que todo conhecimento tradicional tem origem identificada. Cf. MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 161.

[93] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 38.

> coletivamente da repartição dos benefícios derivados da utilização de seus conhecimentos tradicionais, pois são titulares de direitos coletivos sobre ela, e tais direitos foram resguardados pela nova lei.[94]

Juliana Santilli [95] ainda cita o exemplo de conhecimentos tradicionais associados a erva-baleeira ou maria-milagrosa (*Cordia verbenácea*). Dessa planta de origem na Mata Atlântica brasileira se desenvolveu o medicamento *Acheflan*, que tem ação cicatrizante e anti-inflamatória. Devido à dificuldade de se obter o consentimento prévio de todas as comunidades no litoral brasileiro que se utilizam dessa erva de forma medicinal, nesse caso, o consentimento prévio informado dessas comunidades foi dispensado. Ou seja, no caso acima, a identificação das origens do conhecimento tradicional associado à *Cordia verbenácea* era difícil e até certo ponto onerosa, mesmo assim era uma identificação possível. Apesar disso, a lei dispensou o consentimento prévio informado por considerar esse conhecimento tradicional associado "de origem não identificável". Cabe esclarecer que no caso de CTA de origem não identificável, a lei permite a dispensa do consentimento prévio da comunidade detentora. Não confundir com a repartição dos benefícios derivados a utilização econômica, que nesses casos não será dispensada.

Importante a crítica feita por Luciano Moura Maciel[96]. Para esse autor, a criação da categoria de conhecimentos tradicionais "de origem não identificável" seria uma forma a mais que a Lei n. 13.123/15 cria para desproteger os conhecimentos tradicionais, podendo inclusive gerar mais conflitos, ao invés de apaziguá-los, uma vez que todo o conhecimento, segundo ele, possui uma origem identificável.

De acordo com Luciano Maciel:

> Ao vincular a existência de conhecimento de "origem não identificável" aos procedimentos de regularização, a Lei provoca situações nas quais, em vez de contribuir com os propósitos do Protocolo de Nagoya e da CDB, dificulta a sua operacionalização ao prever uma gama de "exceções". A Lei passou a ser vista

[94] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 39.
[95] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p.39-40.
[96] MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise...p. 237.

> com desconfiança pelos povos e comunidades tradicionais e pela comunidade acadêmica.[97]

Essa crítica faz parte de uma ainda maior que Luciano Moura Maciel faz à Lei n. 13.123/15 por não ampliar o conceito de conhecimentos tradicionais. Segundo ele, o conceito legal não consideraria a abrangência e a complexidade do que seriam atualmente os conhecimentos tradicionais. Assim, a dimensão econômica que tais conhecimentos são tratados nos instrumentos internacionais ou o aspecto liberal financeiro que as indústrias percebem nos conhecimentos tradicionais não são suficientes para protegê-los[98].

A ampliação das formas de consentimento prévio informado foi outra inovação da Lei n. 13.123/15. Agora, além da assinatura do termo de consentimento, a comprovação pode ser feita por registro de áudio visual ou ainda parecer do órgão oficial competente. Cabe ressaltar que o parecer do órgão oficial competente apenas tem o condão de atestar o consentimento prévio da comunidade, não podendo substituir a sua manifestação de vontade.

De acordo com a nova lei da biodiversidade, o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético faz parte do patrimônio cultural brasileiro e, portanto, pode ser depositado em bancos de dados. A nova lei ainda esclarece quais as formas de se reconhecer os conhecimentos tradicionais associados. Segundo ela, seriam as seguintes modalidades, nos termos do artigo 8°:

---

[97] MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 160.

[98] Luciano Moura Maciel cita o conceito de conhecimentos tradicionais proposto por Sheilla Borges Dourado em sua tese de doutorado, defendida em 2014, na Universidade Federal do Pará. Segundo ele, esse conceito seria mais amplo que o conceito legal por abranger a importância dos conhecimentos tradicionais para a reprodução dos modos de viver dos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais. Dessa forma, "os *conhecimentos tradicionais* estão referidos às línguas, a técnicas de artesanato, ao conhecimento sobre o ciclo das plantas e sobre os ecossistemas, à biodiversidade e ao manejo de espécies, às propriedades medicinais de substâncias naturais e aos seus modos de preparo, comumente ligados aos saberes sobrenaturais que auxiliam na cura. Os *conhecimentos tradicionais* também estão nas práticas agrícolas, no cuidado com a roça, no melhoramento e na domesticação de variedades locais e no controle biológico de pragas. São também chamados de conhecimentos tradicionais os saberes referidos aos rituais, às narrativas míticas, aos cantos e danças, aos lugares sagrados, aos grafismos, à culinária e aos modos de fazer instrumentos e utensílios. Consideram-se ainda *conhecimentos tradicionais* aqueles que definem a forma de organização social interna dessas comunidades." (SHEILA DOURADO *apud* MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise...p. 236-237)

> Art. 8° 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.
> § 1° 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.
> § 2° O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica.
> § 3° São formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados, entre outras:
> I - publicações científicas;
> II - registros em cadastros ou bancos de dados; ou
> III - inventários culturais[99].

O conceito de comunidade tradicional da Lei n. 13.123/15 praticamente repete o estabelecido no Decreto n° 6040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais. Esse conceito inclui povos indígenas, quilombolas e grupos tradicionais como os seringueiros, os pescadores artesanais, as quebradeiras de coco babaçu, além de outras comunidades tradicionais. Vejamos:

> Lei n. 13.123/15:
> Art. 2°. 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:
> [...]
> 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,

[99] Quanto aos inventários culturais, já tratamos sobre os registros de bens culturais imateriais feitos pelo Iphan.

> social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição;
>
> Decreto 6040/07:
> Art. 3°: Para fins desse Decreto e do seu Anexo compreende-se por:
> I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

A definição de comunidade tradicional da Lei n. 13.123/15 é mais abrangente que a definição de comunidade local contida na Medida Provisória n° 2.186-16/2007:

> Medida Provisória n° 2.186-16/2007
> Art. 7° – Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:
> [...]
> III - Comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombo, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas;

Mesmo apresentando um conceito mais amplo de comunidade tradicional, a Lei n. 13.123/15 sofre duras críticas por não utilizar a expressão "povo" ao se referir aos povos indígenas[100]. A utilização da expressão "populações indígenas" em vários dispositivos da nova lei da Biodiversidade é controverso, pois passa a idéia de um somatório de pessoas num território, sem conotar o sentido semântico que agrega questões históricas e culturais e que denotam um sentimento de pertencimento ao grupo. Apesar de instrumentos internacionais já se utilizarem do termo "povo", como é o caso da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que utilizam o

[100] Hartmut-Emanuel Kayser mostra as controvérsias nos anos de 1980 diante da substituição do termo "populações indígenas" por "povos indígenas". Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurak. Porto Alegre: SAFE, 2010. p. 38 e ss.

termo povos indígenas, o legislador brasileiro preferiu não adotar essa expressão. Cabe ressaltar que tanto a Convenção 169 da OIT, no seu artigo 1°, 3 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no artigo 46, item 1, deixam claro que a expressão "povo indígena" não está relacionada ao conceito político de povo, e não gera nenhum direito conferido pelo Direito Internacional (como a constituição de Estado independente), mesmo assim o legislador brasileiro preferiu não usar essa terminologia. Segundo o artigo 1°, 3, da Convenção 169 da OIT: "3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional."

De acordo com o artigo 46, item 1, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

> **Artigo 46**
> 1. Nada do assinalado na presente Declaração se interpretará em sentido de que se confira a um Estado, povo, grupo ou pessoa direito algum a participar em uma atividade ou realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou se entenderá em sentido de que autoriza ou fomenta ação alguma encaminhada a quebram ou menosprezar, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

Ressaltamos ainda que o Decreto n° 6040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais, por óbvio, já se utiliza do termo "povo". Mesmo assim, o legislador preferiu utilizar o termo população indígena em diversas passagens da Lei n. 13.123/15.

Abordaremos agora alguns temas específicos para compreendermos o tratamento dado a eles pela nova lei da biodiversidade.

a) Sobre a pesquisa científica com recursos da biodiversidade

Como já tratado anteriormente, a Lei n. 13.123/15 inova ao trazer mecanismos que busquem desburocratizar o acesso ao patrimônio genético. No que diz respeito à pesquisa, essa tentativa de desburocratização é igualmente presente.

Um desses mecanismos envolve a substituição da autorização de acesso ao patrimônio genético, que é concedida pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), por um simples cadastro. Esse cadastro atende à antiga reclamação de pesquisadores e instituições de pesquisa que reclamavam do processo demorado e burocrático realizado pelo CGEN que atrasava as pesquisas científicas. Apesar da idéia inicial que o cadastro teria natureza declaratória, o Decreto n° 8.772/2016 ao regulamentar tal cadastro considerou que as informações inseridas estarão sujeitas à verificação e só após esse processo que o CGEN emitirá atestado de regularidade. Constatada irregularidade, o usuário será submetido às penalidades da própria lei[101]. Essa medida de desburocratização, de acordo com Juliana Santili (2015, p. 46), ao simplificar o acesso, segue o que estabelece o Protocolo de Nagoya. Segundo o artigo 12, I, II e III da Lei n. 13.123/15:

> Art. 12. Deverão ser cadastradas as seguintes atividades:
> I - acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado dentro do País realizado por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;
> II - acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa jurídica sediada no exterior associada a instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada;
> III - acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado no exterior por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;

Em debate intitulado "Pesquisa científica, conhecimento tradicional e indústria: perspectivas e limites do marco legal da biodiversidade", Juliana Santilli, Glauco Villas Boas e Nurit Bensunsan são perguntados sobre o marco legal da biodiversidade e o desenvolvimento da ciência. As respostas aos questionamentos trazem informações interessantes:

[101] VASCONCELOS, R. M. de; MACEDO, F. S.; DIAS, A. T. G. M.; FREIRE, A. R. M.; MOREIRA, C. T. Conhecendo a Lei nº 13.123, de 2015, e o Decreto nº 8.772, de 2016, que regulam o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e a exploração econômica de produto ou material produtivo desenvolvido a partir do acesso. In: VASCONCELOS, Rosa Míriam de. **Marcos Regulatórios aplicáveis às atividades de pesquisa e desenvolvimento**. Brasília-DF: EMBRAPA, 2016. p. 26.

O que nos revela o novo marco legal sobre a política adotada (ou as perspectivas) de desenvolvimento de ciência, tecnologia e inovação associado à biodiversidade no Brasil? Ele respeita e auxilia no cumprimento dos princípios firmados pela Convenção da Diversidade Biológica (CDB)? Por quê?

Juliana Santilli: A nova Lei inova positivamente ao facilitar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa científica, pois a produção de conhecimentos sobre a biodiversidade brasileira é extremamente bem-vinda e necessária. Afinal, a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados ainda são muito pouco conhecimentos e utilizados economicamente.

Entretanto, a nova Lei traz graves retrocessos, entre os quais estão as sérias restrições impostas à repartição de benefícios derivados da exploração econômica da biodiversidade. Ela transforma a obrigação de repartir benefícios em uma exceção, quando deveria ser a regra. São restrições que favorecem principalmente os interesses econômicos de usuários – indústria de fármacos, cosméticos e agronegócios (indústria sementeira), e não o interesse público na conservação e no uso sustentável da biodiversidade. Elas contrariam o espírito e a letra da SDB e do Protocolo de Nagoya.

Um exemplo de tal restrição é a possibilidade, prevista na Lei, de que o Executivo celebre um acordo com os setores usuários de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado para reduzir o valor da repartição monetária de benefícios – fixado em 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica – para até 0,1% (um décimo por cento). Dessa forma, a Lei abre brecha para que os setores usuários com mais influência política (como o agronegócio) façam uma repartição irrisória dos benefícios.

Glauco Villas Bôas: O novo marco legal inaugura uma nova era para formulação de políticas de ciência, tecnologia e inovação associada à biodiversidade no Brasil, considerando os dispositivos da CDB tanto no tocante à soberania nacional sobre o patrimônio genético quanto ao conhecimento tradicional associado, diminuindo incertezas que acompanharam essa discussão desde o ano de 1988.

Nurit Bensusan: O novo marco legal revela que o País quer investir mais em inovação a partir de sua biodiversidade. Esse objetivo é bastante positivo, porém não está claro ainda se isso, de fato, vai ocorrer. A nova lei tem inúmeras lacunas e parte delas deve ser preenchida pela regulamentação. O resultado dessa regulamentação, que está começando agora, é ainda uma incógnita. A

> correlação de forças que pautou a confecção e a tramitação da Lei persiste e, certamente, vai prejudicar a regulamentação, fazendo com que ela não seja equilibrada.
>
> Há, porém, falhas na Lei que não poderão ser resolvidas por meio da sua regulamentação e que se devem ao desequilíbrio de forças entre os setores envolvidos no acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional. A mais grave delas, talvez, é a falta de uma repartição de benefícios realmente justa e equitativa. Ou seja, diante das inúmeras isenções presentes na Lei e diante da ideia de repartir benefícios apenas sobre produtos acabados, nos quais o conhecimento tradicional ou o componente do patrimônio genético é um dos elementos principais de agregação de valor, a repartição de benefícios se tornará uma exceção e não a regra, como orienta a CDB.[102]

Analisando as respostas dos três debatedores, percebem-se visões diferentes sobre a nova lei, embora mostrem incógnitas com o que realmente aconteceria a partir da nova lei. O debate foi realizado no dia 18 de maio de 2015, ou seja, poucos dias antes da sanção da lei, que é do dia 20 de maio de 2015, e por óbvio sem se saber ainda dos quatro vetos presidenciais. Glauco Vilas Boas, que é graduado em Farmácia, doutor em Saúde Pública e coordenador do Núcleo de Gestão em Biodiversidade e Saúde da Fiocruz, mostra-se mais otimista em relação à lei. As duas outras debatedoras abordam aspectos positivos, mas se mostram preocupadas com aspectos que se apresentam como retrocessos. Juliana Santilli, que é graduada, mestre e doutora em Direito, professora de Direito Ambiental e promotora de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios acena positivamente pela lei poder facilitar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, mas por outro lado chama de grave retrocesso as restrições impostas à repartição dos benefícios. Nurit Bensunsan é bióloga e engenheira florestal, com mestrado em Ecologia e doutorado em Educação e consultora do Instituto Socioambiental. Ela vê como positivo o interesse do país em investir em inovação com a biodiversidade, porém questiona a falta de uma repartição dos benefícios

[102] CECHIN, Andrei; BARRETO, Cristiane Gomes. Pesquisa científica, conhecimento tradicional e indústria: perspectivas e limites do marco legal da biodiversidade. **Sustentabilidade em Debate**, 01 August 2015, v.6 (2), pp.124-125. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/sust/article/view/15807/11501>. Acesso em: 21 jun. 2017.

justa e equitativa e reclama do desequilíbrio de forças entre os setores envolvidos no acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados[103].

b) Sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios

No que diz respeito à repartição dos benefícios, há mudanças significativas entre a Lei n. 13.123/15 e a medida Provisória 2.186-16/2001. Uma das mudanças mais relevantes[104] diz respeito ao contrato de repartição dos benefícios que estava previsto na Medida Provisória. Esse contrato era exigido entre provedores e usuários de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais antes de se desenvolver novo produto ou processo comercial. A Lei n. 13.123/15 alterou esse procedimento e passou a exigir apenas notificação de produto acabado ou de material reprodutivo ao CGEN no caso de se explorar economicamente produto ou material reprodutivo advindo de acesso ao patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado de origem não identificável[105]. Com a notificação, o acordo de repartição dos

[103] Os minicurrículos dos debatedores foram apresentados antes das perguntas. Cf. CECHIN, Andrei, BARRETO. Pesquisa científica, conhecimento tradicional e indústria...p.123-124.

[104] "Na Convenção da Diversidade Biológica, garante-se o direito de repartição justa e equitativa de benefícios oriundos de acesso a patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. Na Medida Provisória n.° 2.186-16, de 2001, também se via a repartição de benefícios nesses termos. No entanto, na nova estrutura que a Lei n.° 13.123/15 estabelece, a repartição de benefícios derivados de acesso a patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados apenas aparece quando atrelada aos seguintes critérios: (i) quando for passível de exploração econômica, (ii) se tratar de produto acabado ou material reprodutivo (iii) e em relação àquele ser elemento principal de agregação de valor. A mesma previsão aparece no decreto que regula a lei suprcitada, agora referindo ao que seria considerado como relevante para agregação de valor por meio do apelo mercadológico (art. 43, §3, do Decreto n.° 8.772/16)" Cf. MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Violação ao direito à repartição justa e equitativa de benefícios. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, PORRO, Noemi Miyasaka, SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 137.

[105] Apesar da repartição dos benefícios, com a Lei n. 13.123/15, ser devida exclusivamente pelo fabricante do produto acabado ou de material reprodutivo, o Decreto n. 8.772/16, ao regulamentar a notificação trás aspectos relevantes, como afirma Rosa Miriam de Vasconcelos: "Apesar de a definição do termo "notificação" constante do inciso XIX do art. 2° da Lei n°13.123, de 2015, fazer vinculação à atividade de exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo, ao regulamentar a notificação, o Decreto 8.772, de 2016, estendeu o seu alcance para incluir também o desenvolvimento de produto, intermediário e acabado, ou de material reprodutivo e sua exploração econômica. Essa afirmativa decorre do fato de o decreto impor a obrigação de notificar também as pessoas físicas ou jurídicas desenvolvedoras de produtos intermediários e também aquelas isentas da obrigação de repartir benefícios. (VASCONCELOS, R. M. de; MACEDO, F. S., DIAS, A. T. G. M.; FREIRE, A. R. M.; MOREIRA, C. T. Conhecendo a Lei nº 13.123, de 2015, e o Decreto nº 8.772, de 2016, que regulam o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e a exploração econômica de produto ou material produtivo desenvolvido a partir do acesso...p. 48)

benefícios tem um prazo de 365 dias para ser apresentado pelo usuário. Segundo a Lei n. 13.123/15:

> Art. 16. Para a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado serão exigidas:
> I - a notificação do produto acabado ou do material reprodutivo ao CGen; e
> II - a apresentação do acordo de repartição de benefícios, ressalvado o disposto no § 5º do art. 17 e no § 4º do art. 25.
> § 1º A modalidade de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, deverá ser indicada no momento da notificação do produto acabado ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.
> § 2º O acordo de repartição de benefícios deve ser apresentado em até 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias a partir do momento da notificação do produto acabado ou do material reprodutivo, na forma prevista no Capítulo V desta Lei, ressalvados os casos que envolverem conhecimentos tradicionais associados de origem identificável.

Com a nova lei, também é permitido ao usuário escolher a forma de repartição de benefícios para a utilização do patrimônio genético. Essa possibilidade de escolha unilateral pelo usuário de como os benefícios serão repartidos viola claramente o Protocolo de Nagoya, que estabelece que as condições de acesso aos recursos genéticos devem ser estabelecidas de forma mutuamente acordada entre provedores e usuários. Segundo Juliana Santilli:

> A nova lei permite ainda que um usuário de PG ou CTA de origem não identificável faça simplesmente uma "uma notificação" unilateral ao CGEN para que possa dar início à exploração econômica de um novo produto. Como a lei estabelece que o usuário terá 365 dias para apresentar o acordo de repartição de benefícios ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), ele poderá dar início à exploração econômica do novo produto antes mesmo de definir como será feita a repartição de benefícios. Tal possibilidade afronta princípio basilar da CDB e do Protocolo de Nagoya: a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados. Se o usuário poderá, por 365 dias, explorar

> comercialmente o novo produto sem ter sequer definido como repartirá os benefícios, a violação do referido princípio é evidente.[106]

Importante também é a Lei n. 13.123/15 definir o patrimônio genético como bem de uso comum do povo[107]. Segundo o art. 1°, item I, da Lei n. 13.123/15: "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 [...]".

Apesar desse enunciado legal exposto acima, Juliana Santilli [108] mostra algumas normas que sugerem o interesse privado se colocando de forma superior ao interesse público. É o caso das limitações à repartição dos benefícios de produtos a partir do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado e que favorecem usuários, como as indústrias de cosméticos ou de agronegócios, em contradição com o interesse público de conservação e uso sustentável da biodiversidade. Outro exemplo são as normas para a redução da repartição monetária de benefícios no caso de PG ou CTA de origem não identificável (art. 21) ou da norma que torna obrigatória a repartição dos benefícios com relação aos produtos "acabados"[109], deixando os produtos "intermediários" isentos (art. 17, *caput*, §1° e §2°). Nesses casos, temos restrições excessivas que prejudicam os recursos que seriam destinados à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade. Vejamos:

> 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

---

[106] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados... p. 49.
[107] Luciano Moura Maciel critica a Lei n. 13.123/15 por considerar o patrimônio genético como bem de uso comum do povo. Segundo o autor, esse entendimento contraria o Protocolo da Nagoya e a Convenção sobre Diversidade Biológica que reconhecem as comunidades indígenas e tradicionais como as detentoras dos recursos genéticos. MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise: os tratados internacionais e as transformações jurídicas na regulação dos conhecimentos tradicionais...p.235.
[108] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...
[109] Essa regra, ao excluir o fabricantes intermediários do pagamento dos benefícios, evita o efeito cascata na cadeia produtiva. (TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**...p. 46)

> genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei.
> § 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.
>
> Art. 21. Com o fim de garantir a competitividade do setor contemplado, a União poderá, a pedido do interessado, conforme o regulamento, celebrar acordo setorial que permita reduzir o valor da repartição de benefícios monetária para até 0,1% (um décimo por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável.

Temos também uma inovação tida como positiva na Lei da Biodiversidade e que está contida no artigo 2°, XVIII[110]: "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;"

Esses aspectos são relevantes. Caso o produto seja associado à sociobiodiversidade brasileira com o objetivo de se estabelecer uma estratégia de marketing, por exemplo, haverá a repartição dos benefícios se houver uma associação do produto. Como afirma Juliana Santilli:

> Assim, muitas empresas de cosméticos e fármacos que desenvolvem propagandas e estratégias de marketing buscando relacionar os seus produtos à

[110] Apesar dessa medida de excluir os fabricantes intermediários do pagamento dos benefícios ser positiva por diminuir custos e evitar o efeito cascata na cadeia de produção, devemos perceber que definir o que são características determinantes num produto é algo subjetivo. É possível, infelizmente, que empresas não paguem o correspondente à justa repartição dos benefícios por não considerar determinado produto do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado como elemento principal de agregação de valor. (TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**... p. 46)

> sociobiodiversidade brasileira estarão obrigadas a repartir os benefícios gerados por sua exploração econômica, contribuindo para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade.[111]

c) Fundo Nacional de Repartição dos Benefícios

A Lei n. 13.123/15 criou o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB). Nesse fundo serão depositados os valores monetários advindos da repartição dos benefícios[112] e é uma fonte para se implementar a conservação da Biodiversidade. O FNRB é considerado um grande avanço se compararmos com a Medida Provisória 2.186-16/2015, uma vez que a MP estabelecia a necessidade de um contrato de repartição dos benefícios com o proprietário da área privada em que se encontrasse o recurso genético. Assim, poderia se direcionar os benefícios ao proprietário sem se ter a garantia de que os recursos fossem efetivamente revertidos em prol da conservação da biodiversidade [113]. Como o fundo de repartição de benefícios é destinado aos detentores do conhecimento tradicional associado, há uma maior garantia que os recursos da repartição favoreçam o uso sustentável da diversidade e auxiliem na conservação do meio ambiente. Segundo a Lei n. 13.123/15:

> 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.

---

[111] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...p. 52.

[112] Discussão interessante abordada por Fernando Lagares Távora *et al* é aquela sobre a dificuldade de se analisar a natureza jurídica da repartição de benefícios e classificar os benefícios arrecadados pelo FNRB como receitas originárias ou receitas derivadas. Esse debate tributário é extremamente importante para se evitar questionamentos de ordem legal ou até mesmo constitucional sobre a repartição dos benefícios. Para se classificar os valores que o Estado recebe devido a exploração econômica do patrimônio genético como uma receita originária, deve-se pressupor o patrimônio genético como um bem de propriedade pública. Segundo Fernando Lagares Távora *et al*: "Assim, estritamente do ponto de vista do direito financeiro, o caminho mais adequado ao reconhecimento da adequação da norma seria entender que o conhecimento tradicional associado é de domínio público, ainda que o Estado conceba direito ao provedor do conhecimento de auferir benefício em razão da exploração econômica desse conhecimento. Esse entendimento afastaria a natureza tributária da receita e evitaria questionamentos de dorem constitucional e legal, ao menos no que toca à repartição de benefícios" (TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**...p. 55)

[113] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...p. 59.

Houve também uma alteração na Composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) que democratiza as políticas de gestão [114] . A participação no CGEN era feita por representantes de órgãos governamentais. A participação de membros de outros setores era permitida como mecanismo para aprofundar fundamentação das decisões das reuniões. Porém, esses participantes não seriam considerados membros do Conselho e muito menos teriam direito a voto. Com a nova lei, alterações importantes foram realizadas. Agora temos uma taxa máxima de 60% de participação de representantes governamentais e uma taxa mínina de 40% de participação de representantes da sociedade civil. Há ainda, nessa participação, uma paridade entre os setores empresarial, acadêmico e as populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais. Para Julianna Santilli[115] , a participação de atores sociais no CGEN, com direito a voz e voto, é um avanço democrático enorme que pode auxiliar o CGEN na atividade de mediação de interesses conflituosos e na gestão democrática do patrimônio genético. Vejamos o que estabelece a Lei n. 13.123/15:

> 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.

[114] BOFF, Salete Oro. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo "novo" marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. v. 5, n. 2. 2015. p. 119 e ss.
[115] SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...p. 60.

d) Sobre as sanções e as competências para fiscalização

Sanções de ordem civil e administrativas podem ser impostas para aqueles que violarem, por ação ou por omissão, as normas de acesso e repartição de benefícios estabelecida na Lei n. 13.123/15. As sanções, segundo a Lei n. 13.123/15, seriam:

> Art. 27. Considera-se infração administrativa contra o patrimônio genético ou contra o conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas desta Lei, na forma do regulamento.
> § 1º Sem prejuízo das sanções penais e cíveis cabíveis, as infrações administrativas serão punidas com as seguintes sanções:
> I - advertência;
> II - multa;
> III - apreensão:
> a) das amostras que contêm o patrimônio genético acessado;
> b) dos instrumentos utilizados na obtenção ou no processamento do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado acessado;
> c) dos produtos derivados de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; ou
> d) dos produtos obtidos a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado;
> IV - suspensão temporária da fabricação e venda do produto acabado ou do material reprodutivo derivado de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado até a regularização;
> V - embargo da atividade específica relacionada à infração;
> VI - interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;
> VII - suspensão de atestado ou autorização de que trata esta Lei; ou
> VIII - cancelamento de atestado ou autorização de que trata esta Lei.

Cabe ressaltar que apesar dessas punições de ordem administrativa, a biopirataria não é punida criminalmente no Brasil, embora diversos projetos de lei tramitem no Congresso Nacional Brasileiro com esse intuito.

e) Análise dos vetos ao texto final do Projeto que originou a Lei n. 13.123/15

O texto final do projeto de Lei recebeu quatro vetos por parte da Presidente da República, através da Mensagem n°. 147, de maio de 2015, vetos estes que se mantiveram perante o Congresso Nacional. Os vetos tratam sobre as seguintes matérias:

i) Veto 1 - O inciso XI do § 1° do artigo 6° e os §§ 3 e 4 do artigo 13 foram vetados por estarem assimétricos e serem considerados entraves burocráticos desnecessários para a utilização de patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, ou seja, entraves não condizentes com o espírito desburocratizador da nova lei.

ii) Veto 2 – O 10° do artigo 17 escapa à lógica do Projeto por vincular a repartição de benefícios ao acesso e não à exploração econômica, além da dificuldade operacional de se garantir a comprovação do acesso anterior á data fixada, que seria 29 de junho de 2000, o que poderia resultar num risco capaz de provocar distorções entre os usuários no que diz respeito a questões competitivas.

iii) Veto 3 – O artigo 19 foi vetado por se entender que o Poder Público poderia ficar afastado de participar de definição do beneficiário da repartição no caso de modalidade não monetária. Essa não participação poderia gerar dificuldades para se buscar o interesse público, principalmente em situações consideradas estratégicas social e politicamente.

iv) Veto 4 – o artigo 29 foi totalmente vetado por vício de constitucionalidade. Trata-se de competência interna de órgãos do Poder Executivo, que é matéria de iniciativa o Presidente da República. Não poderia, portanto, o Poder Legislativo dispor da matéria.

f) Sobre a participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais

A falta ou quase nenhuma participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais no processo de elaboração da nova lei da biodiversidade é uma das

grandes críticas que a Lei n. 13.123/15 recebe [116]. Essa crítica é feita por pesquisadores, antropólogos, movimentos sociais e por representantes dos povos indígenas e comunidades tradicionais, que são alguns dos grandes interessados nos assuntos discutidos nessa nova lei. Se durante a tramitação do projeto de lei tivemos um debate amplo promovido por órgãos governamentais e por grupos ligados à indústria farmacêutica, a participação de outros setores importantes como universidades, povos indígenas e comunidades tradicionais foi bastante reduzida, como já afirmado neste trabalho.

Depoimentos de membros de movimentos sociais já mostram essa dificuldade e a insatisfação pela não participação efetiva na elaboração da lei por não debaterem e não terem seus pontos de vista considerados durante a tramitação da lei. Mostraremos aqui alguns depoimentos colhidos no livro "A 'nova' lei n.° 13.123/15 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações socioambientais"[117]. Vejamos algumas dessas entrevistas que foram colhidas em setembro de 2016.

Os entrevistados respondem à seguinte pergunta: Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n. 13.123/15 no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

> **Lourdes Cardozo Laureano** (Articulação Pacari – Plantas Medicinais do Cerrado): O processo de elaboração da Lei 13.123/15, no que se refere à participação das comunidades locais, foi imensamente prejudicial e excludente. As comunidades que tiveram a oportunidade de acompanhar o processo de formulação da lei, desde 2001, foram surpreendidas com um projeto de lei que foi enviado ao Congresso para ser avaliado sem nos consultar. Outras comunidades sequer sabiam que existiu uma medida provisória e que esperava um projeto de lei para substituir a MP 2186/2001. Estas tiveram ainda mais

[116] Noemi Miysaka Porro alega que a Lei n. 13.123/15 não teria legitimidade social, pois não foi feita por aqueles que deveriam ser seus principais usuários, que seriam os povos indígenas e as comunidades tradicionais, que através dos seus modos de fazer, criar e viver renovam o conhecimento tradicional. Cf. PORRO, Noemi Miyasaka. Apresentação. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 23.

[117] As entrevistas completas constam na obra MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 32-65.

dificuldade de compreender o processo. Foi uma subtração de nossos direitos de sermos consultados sobre a elaboração de uma lei que nos afeta diretamente, que diz respeito ao nosso dia a dia, que abrange o nosso modo de vida, nosso conhecimento tradicional e nosso território. Sabemos que temos o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado. Nada disso foi cumprido. As comunidades somente foram incluídas no processo quando a lei já estava passando pela etapa de regulamentação através de oficinas regionais de capacitação sobre a lei, mas estas oficinas não foram consultadas, as comunidades não conheciam a lei, as oficinas foram realizadas para que povos indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais e agricultores familiares pudessem conhecer minimamente o teor dos artigos que seriam regulamentados. Já os usuários, o setor da indústria, principalmente, foram convidados a participar e dar opiniões em diversas reuniões. Não é certo, não foi justo, desde o começo. [118]

Cláudia Regina Sala de Pinho (Coordenadora da Rede de Comunidades Tradicionais Pantaneiras): A participação de Povos e Comunidades Tradicionais (PCTs) no processo de elaboração da referida Lei foi quase inexistente, não porque os PCTs não quisessem participar da elaboração, mas porque não soubemos, não nos convocaram e, também, não nos consultaram de acordo com a Convenção n.° 169 da OIT. Ao menos nos foi comunicado, por meio da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, sobre a proposição, para que exercêssemos o poder de participação. Quando soubemos, ela já tinha sido enviada à Câmara dos Deputados pelo Executivo, pela mesma instituição que era, à época, a secretaria executiva da CNPCT.

Depois deste fato, coube a nós, PCTs, correr atrás do prejuízo e, até mesmo, provocar o poder executivo, dizendo que queríamos participar do processo, que queríamos ser ouvidos na época do PL, que nos dizia respeito e implicava direitamente em nossas vidas.[119]

Ewesh Yawalapiti Waurá (etnia Yawalapiti/Waurá): Sabemos que, em quaisquer elaborações de leis ou projetos governamentais relativos aos povos

[118] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**... p. 32-33.
[119] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**... p. 36-37.

indígenas, estas nunca tiveram uma participação efetiva sequer para discutir e debater sobre quais as reais finalidades e benefícios que trarão aos povos. Talvez tiveram os órgãos governamentais de representação, como a FUNAI, mas que seguem o mesmo pensamento do governo, que se omite a prestar quaisquer esclarecimentos aos povos que realmente sofrerão o impacto.

Na elaboração da referida lei, não foi diferente. Os povos não tiveram sequer participação efetiva, ou estavam sabendo da tramitação desta lei. Muitas pessoas só ficaram sabendo apões já ter sido publicada a lei. Percebe-se, portanto, maus uma vez, que o governo continua desrespeitando e passando por cima de qualquer vontade, não só dos povos indígenas, como, também, de comunidades tradicionais que se encontram na mesma situação – mesmo diante das garantias de consulta prévia resguardada pela Convenção 169, da OIT, da qual o Brasil é signatário.[120]

Oriel Rodrigues de Moraes[121] (Quilombo Ivaporunduva, Vale do Ribeira-SP): Primeiramente, há de se considerar a participação. Às vezes, acontece que quem participa de um debate importante no caso da lei não consegue acompanhar o debate em pé de igualdade nos palavreados técnicos, que, muitas vezes, são utilizados no âmbito desses debates. Os quilombos geralmente saem prejudicados, porque não foram devidamente instruídos do que estava em jogo. Sendo assim, nossa participação acaba sendo uma pseudoparticipação.

Digo de outra maneira: o debate sobre conhecimentos tradicionais associados a patrimônio genético ainda não foi incorporado pelos quilombos Brasil afora.[122]

Silvanete Matos Carvalho (Associação em áreas de assentamentos no Maranhão): Bom dia, meu nome é Silviane, eu trabalho na ASSEMA, na secretaria executiva, e, aqui, o que a ente conseguiu compreender é que esse processo de elaboração não se deu a partir de uma troca de idéias, de experiências em consultas com os grupos detentores do conhecimento

[120] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**... p. 43.

[121] Fato que chamou atenção é que Oriel Rodrigues de Moraes mostra-se, em certa medida, mais favorável à Medida Provisória 2186-16/2001 do que propriamente à Lei n. 13.123/15. Ao ser perguntado se consideraria corretos os limites impostos para a repartição de benefícios, responde: "Em parte, eu particularmente acho a Medida Provisória anterior mais benéfica para o povo quilombola do que a Lei no limite que restringe mais o acesso à CTA." Cf. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...**. p. 46.

[122] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...**p. 45-46.

> tradicional, com os movimentos. Ele foi feito muito, em grande parte, pelas empresas, que estavam participando diretamente, e por parte do governo. A gente sentiu muita falta de ter espaços para discutir a Lei, para que as pessoas das comunidades opinassem sobre o que estava sendo acordado como Lei, porque, afinal de contas, são pontos que mudam a vida das pessoas, não é? Em relação ao acesso ou não do conhecimento tradicional, dizem respeito diretamente à vida das pessoas que têm ralação com esse patrimônio genético, então a Lei pareceu autoritária, na é? Foi feita sem consulta e as comunidades se sentiram bem excluídas do processo[123].
>
> **Almires Martins Machado** (Liderança Indígena Guarani): A elaboração do que hoje é a Lei 13.123/15 não levou em conta outro interesse senão o das grandes empresas de fármacos e da academia; os primeiros rascunhos do que foi apresentado eram muito piores do que se lê na lei aprovada. Se a atual é ruim, imagine as primeiras propostas, que tomavam as comunidades provedoras do conhecimento tradicional associado à biodiversidade como um gigantesco banco de memória, onde se entra e acessa o que bem se entender, sem nenhuma satisfação ou contrapartida.
> Quando íamos participar das Conferências das Partes (COPs), eventos na ONU, no Fórum Indígena Internacional, que é um órgão assessor da secretaria da Convenção da Biodiversidade (CDB), não tínhamos o que argumentar em relação à forma como o Brasil estava agindo quando se tratava da substituição da MP 2.186-16, pois o projeto de lei, e, hoje, a atual 13.123, corria em algo semelhante a segredo de Ministérios. Ninguém de nós, povos indígenas ou comunidades tradicionais, tinha acesso ao mesmo e assim foi por bom tempo; chegou pronta[124].

Todos os entrevistados mostram a não participação efetiva dos povos indígenas e comunidades tradicionais na elaboração da lei, durante o processo de tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional, a despeito de citarem diversas reuniões e debate com a participação de representantes de indústrias farmacêuticas. O descontentamento em não serem ouvidos durante a tramitação do projeto de lei é presente nas falas.

---

[123] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...** p. 48.
[124] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...**p. 58

Essa preocupação com a não participação efetiva dos povos indígenas e comunidades tradicionais em assuntos de seus interesses já foi abordada em entrevistas anteriores de outras lideranças indígenas. Erivaldo Almeida Cruz, diretor executivo da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro - FOIRN, durante mesa redonda no II Seminário de Propriedade Intelectual, Ciência e Conhecimentos Tradicionais da Amazônia, ocorrido nos dias 12, 13 e 14 de setembro de 2005, ou seja, bem antes da nova lei da biodiversidade, já reclamava dessa falta de participação. Segue seu relato:

> **Erivaldo Almeida Cruz**: "Para que isso possa ser mais prático e concreto, precisa ter a participação dos povos indígenas nas discussões dos seminários e conferências. E também os documentos elaborados nos seminários sejam articulados aos conhecimentos de todos os seguimentos dos poderes públicos e que isto seja cumprida e executada. Digo isso por que, muitas vezes nós indígenas vemos que algumas decisões ou encaminhamentos não estão sendo cumprido ou executado, e tão pouco respeitado o que estão escrito nos documentos, como por exemplo; nós temos o convênio com a FUNASA, a FOIRN é um dos executores nas ações de saúde no Rio Negro, e o que está escrito nos documentos sobre o convênio entre FUNASA e FOIRN sobre os repasses de recursos para a conveniada, um exemplo prático, muitas vezes não está acontecendo, só está escrito e deixado de lado."[125]

Além da participação, o representante indígena quer que essa participação seja efetivamente considerada nas discussões tratadas, cumprindo-se o que ficou acordado. A falta de participação está provocando uma falta de confiança dos povos indígenas em relação às instituições que possam vir a tratar de assuntos de interesse deles. Esse entendimento está presente tanto no relato de Erivaldo Almeida Cruz, em 2005, como está presente na fala dos demais representantes de povos indígenas e comunidades tradicionais ouvidos em 2016, como verificamos acima.

É importante a observação feita por Liana Amin Lima da Silva e André Halloys Dallagnol sobre a "consulta pública" convocada pelo Poder Executivo após a promulgação da Lei n. 13.123/15, em 20 de maio de 2015. Nessa consulta, a participação popular seria através da internet. Os autores explicam que essa

[125] **II Seminário de Propriedade Intelectual, Ciência e Conhecimentos Tradicionais da Amazônia**: Manaus, Amazônia, 12, 13 e 14 de setembro de 2005. Manaus: INPA, 2007. p. 122.

"consulta pública" não se confunde com a consulta prévia estabelecida pela Convenção 169 da OIT, pois a consulta pública sobre uma lei já aprovada "não leva em consideração as especificidades dos sujeitos de direito que assumem identidade étnicas e que são culturalmente distintos de outros setores da sociedade"[126]

g) Possíveis violações provocadas pela Lei n. 13.123/15

Pontos relevantes e alvos de fortes críticas da Lei n. 13.123/15 e do Decreto n. 8.772/16, que a regulamenta, é o flagrante desrespeito ao direito de consulta prévia[127], consentimento prévio, livre e informado. Segundo José Rubens Morato Leite, violar direito à consulta prévia e ao consentimento prévio, livre e informado é desrespeitar direitos à autodeterminação e ao território dos povos indígenas, quilombolas e territórios de comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, ou seja, é violar direitos que estão relacionados à própria construção da identidade desses grupos sociais. Sobre a Lei n. 13.123/15, afirma Morato Leite:

> O estudo evidencia que no texto da lei existem várias hipóteses de isenção da consulta prévia e da repartição de benefícios, podemos cita como exemplos as isenções para a agricultura e alimentação (art. 9°, §3°), para pesquisas (art. 12, II), para o conhecimento tradicional de origem não-identificável (art. 9°, §2°) e isenções em razão do "acessante" que basicamente significam que os povos indígenas e comunidades tradicionais não terão direito a consulta quando o acesso se der nesses casos, contrariando claramente a Convenção 169 da OIT e deixando-os vulneráveis à biopirataria e à repartição desigual dos recursos provenientes do acesso.[128]

A consulta prévia sobre medidas legislativas e administrativas que afetem seus direitos e a participação dos povos indígenas e tribais na tomada de decisões

---

[126] SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...**p. 120-121.

[127] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (cood.). **Estatuto dos Povos Indígenas**. Projeto Pensando o Direito. Relatório Final. Curitiba: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) e PUC/PR, 2009. p. 19 e ss.

[128] LEITE, José Rubens Morato. Prefácio. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da** biodiversidade...p 31.

são princípios importantes para a construção de um direcionamento democrático e inclusivo e estão presentes entre os dispositivos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.051/2004, que posteriormente passou por uma consolidação através do Decreto n. 10.088, de 05 de novembro de 2019. Uma vez violados esses princípios, o sistema de controle da OIT pode ser acionado e fundamentar reclamações contra o Brasil.

Isto é, a falta de consulta prévia e consentimento prévio, livre e informado, além de desrespeitar direitos ligados à própria identidade desses grupos, pode gerar conseqüências jurídicas por, em princípio, representar violação de normas de tratados internacionais incorporados ao sistema jurídico interno brasileiro.

Ao comparar a Lei n. 13.123/15 com a MP 2186-16/2001, Eliane Cristina Pinto Moreira[129] mostra diversos direitos que regrediram em relação ao grau de proteção feito a esses grupos, como é o caso do consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas e comunidades tradicionais e repartição dos benefícios, com as diversas isenções estabelecidas na nova lei. Na seara da proteção dos direitos humanos, especialmente ao tratarmos dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, o princípio da progressividade ou da proibição de retrocesso[130][131] atua para que não tenhamos regressos em relação à proteção e aos direitos alcançados[132], ou seja, é uma forma de tentar garantir que direitos consolidados não sejam extintos. Tal princípio está presente no artigo 2° do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e no artigo

[129] MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. As violações de direitos aportadas pela Lei n. 13.123/2015 como ofensas ao princípio de vedação de retrocesso dos direitos humanos. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade...**p. 231-240.

[130] Cesar Augusto Baldi e Lilian Márcia de Castro chamam o princípio da proibição de retrocesso de efeito *Cliquet*, em referência a expressão que os alpinistas utilizam para definir um movimento que só os permite subir. Esse efeito diz respeito aos direitos humanos que devem apenas avançar em relação à proteção dos indivíduos. Cf. BALDI, Cesar Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Casto. A proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Vedação do Retrocesso Social. **Fragmentos de Cultura**. Goiânia, v. 25. n. 2, abr/jun. 2015. p. 251.

[131] MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[132] Ingo Wolfgang Sarlet mostra que o princípio proibição do retrocesso possui uma íntima relação com a idéia de segurança jurídica. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 451.

26 da Convenção Americana de Direitos Humanos[133]. O Supremo Tribunal Federal também se utiliza desse princípio para evitar diminuição ou supressão de direitos[134]. Tais retrocessos na nova lei da biodiversidade violariam, portanto, o princípio da proibição do retrocesso e são passíveis de serem considerados inconstitucionais a partir de uma análise mais aprofundada que considere as observações feitas acima.

[133] Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer descrevem a evolução histórica do princípio da proibição do retrocesso em: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 193 e ss.
[134] STF. ADI 4350/DF, Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 23/10/2014. DJE 03/12/2014.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscamos investigar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais feita no Brasil. O tema, como já referimos, tem um interesse crescente de vários setores da sociedade brasileira e mundial, gerando a disposição de empresas multinacionais, principalmente da área de alimentos e de fármacos, em ter acesso aos conhecimentos tradicionalmente desenvolvidos por povos indígenas e comunidades tradicionais. Da mesma forma, populações de países em desenvolvimento cada vez mais se utilizam de tais conhecimentos, principalmente aqueles relacionados aos cuidados específicos com a saúde e com a alimentação.

O estudo que elaboramos sobre a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais se realizou a partir da análise de uma diversidade de fontes com o objetivo de aprofundarmos a matéria sob diversas vertentes e responder adequadamente o problema de pesquisa posto que foi: Há efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais enquanto frutos da identidade cultural de povos indígenas e comunidades tradicionais?

Diante da pesquisa de cunho interdisciplinar proposta, com diversidade de fontes e através do embasamento teórico de autores de diferentes regiões e áreas, numa perspectiva que valoriza também o conhecimento produzido por autores da América Latina, muitos deles de origem indígena, verificamos que a proteção dos conhecimentos tradicionais no Brasil não é efetiva. Falta efetividade apesar de o Brasil possuir legislação específica para a proteção do conhecimento tradicional, que é a Lei n. 13.123/15, regulamentada pelo Decreto n. 8.772/16. Mesmo possuindo um conjunto de normas constitucionais que buscam assegurar a proteção da cultura e apesar de ser signatário e ter ratificado importantes tratados internacionais que protegem os conhecimentos tradicionais, não há no Brasil uma proteção efetiva a esses conhecimentos tradicionais pelos motivos a seguir elencados:

1. A proteção dos conhecimentos tradicionais no Brasil não é efetiva por não ter uma participação concreta dos povos indígenas e das comunidades tradicionais tanto na formulação de políticas públicas, como na discussão de assuntos de interesses desses grupos, como se verificou através da falta de participação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais durante a tramitação da Lei n. 13.123/15, fato demonstrado através de depoimentos de membros desses grupos ou através de fontes bibliográficas, inclusive da Câmara dos Deputados, em que se

verificou não ter a participação efetiva desses grupos nos debates durante a tramitação do projeto de lei, o que viola claramente o direito de consulta previa que é garantido por instrumentos jurídicos internacionais, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Infelizmente, se considerarmos os países da América Latina, a falta de participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais em assuntos de seus interesses é mais acentuada no Brasil, mas não é uma exclusividade brasileira.

No caso da Colômbia, apesar dos avanços na proteção constitucional, principalmente com base nos artigos 7° e 8° da Constituição Colombiana de 1991, que trata da proteção e preservação das riquezas naturais e culturais, o Governo daquele país limita o direito de autodeterminação dos povos indígenas a partir de avaliações que são realizadas sem a participação dos povos indígenas na determinação dos critérios a serem adotados, ou seja, o reconhecimento como indígena é feito por um funcionário do Ministério do Interior[1].

A consulta prévia, livre e informada está prevista na Constituição do Equador, em seu artigo 57. Apesar dessa previsão constitucional, há dificuldades no plano infraconstitucional para se efetivar esse direito naquele país pela ausência de uma lei regulamentadora.[2]

Parece que a lógica colonialista e etnocêntrica[3] tão presente sobre os povos da América Latina continua a atuar, como verificamos em outra seara, a epistemológica, em que há a tentativa de se colocar uma supremacia do conhecimento científico (ocidental) sobre os saberes tradicionais. É uma idéia segundo a qual "nós" sabemos o que é melhor pra "eles", colocando os povos indígenas e comunidades tradicionais novamente em segundo plano, desconsiderando os seus saberes e as suas experiências para debaterem e afirmarem seus posicionamentos acerca daquilo que seria melhor para suas comunidades e para as suas formas de vida. Da mesma forma se tenta enxergar a superioridade do conhecimento científico sobre os conhecimentos tradicionais, sem se analisar com

[1] NEMOGÁ, Gabriel. Limitada Protección de la Diversidad Biocultural de la Nación. In: CORTE CONSTITUCIONAL. **Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra**. Bogotá- Colombia. Corte Constitucional, 2015. p. 105

[2] LÓPEZ ABAD, Joaquín. **La consulta libre, previa e informada en el Ecuador**. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2016. p. 51.

[3] Como afirmam Boaventura de Sousa Santos e Raquel Yrigoyen Fajardo em: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde uma epistemologia del Sur**. Lima-Peru: IIDS, 2010.

mais profundidade a sistematicidade e a efetividade dos resultados obtidos através da utilização dos conhecimentos tradicionais.

Isso se verifica claramente quando constatamos a forma como esses grupos foram desconsiderados durante a tramitação da Lei n. 13.123/15, a despeito do amplo debate e participação feitos com representantes da indústria farmacêutica, o que gerou prejuízos e desconfianças diante dispositivos presentes nessa nova lei, como as quantidades de isenções e até mesmo a composição do conselho do CGEN, que conta apenas com 3 representantes dos povos indígenas e comunidades tradicionais. Esse fato se torna mais grave diante de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, e com posterior consolidação pelo Decreto n. 10.088, de 05 de novembro de 2019, e que determina no seu artigo 6° a efetiva participação dos povos indígenas e comunidades tradicionais em todos os assuntos que lhes digam respeito. Essa não participação pode até mesmo ensejar discussões de ordem legal e constitucional perante os órgãos jurisdicionais brasileiros. Para termos uma efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais precisamos de uma participação concreta e decisiva dos povos indígenas e comunidades tradicionais na discussão e na formulação de normas e de políticas públicas sobre o tema.

2. A legislação brasileira de proteção aos conhecimentos tradicionais não se preocupou com os povos indígenas e comunidades tradicionais que vivem em mais de um país, como nas áreas de fronteiras, de forma que há certo desestímulo internacional no caso da repartição dos benefícios quando envolve conhecimentos tradicionais de grupos que vivem em regiões fronteiriças. Imaginemos, por exemplo, um povo indígena amazônico que habita terras na Amazônica brasileira, na Amazônia colombiana e na equatoriana, simultaneamente. Temos que ter em mente que o território ocupado por um povo indígena ou comunidade tradicional nem sempre coincide com os limites estabelecidos pelos territórios dos países. Os seringueiros não vivem apenas em territórios no Brasil, os gaúchos, por exemplo, não habitam apenas o território brasileiro, pois temos territórios ocupados por gaúchos também na Argentina e no Uruguai. Da mesma forma, diversos povos

indígenas vivem em territórios presentes em mais de um país. Se não tivermos uma legislação ou mesmo um acordo internacional regional normatizando esses assuntos no âmbito da região de fronteira, a empresa multinacional vai, provavelmente, seguir a legislação do país que seja a ela mais benéfica e conseqüentemente traga mais dificuldades para o povo indígena que é detentor do conhecimento tradicional em questão. Ou seja, se tivermos legislações nacionais que estipulem percentuais diferentes para a repartição dos benefícios, ou mesmo condições diversas, para o caso de um povo indígena ou comunidade tradicional que habite os dois lados da fronteira, a empresa vai optar em ter acesso ao conhecimento tradicional seguindo as regras de repartição de benefícios daquele país que tiver normas mais benéficas para a empresa. Dessa forma, é urgente a necessidade de legislações ou acordos internacionais que tornem as regras de repartição de benefícios mais homogêneas, inclusive indicando condições e percentuais, sob um risco de termos uma "guerra", semelhante a uma guerra fiscal, para saber qual legislação trás mais benefícios às empresas e, portanto, acabe por gerar prejuízos aos grupos detentores dos conhecimentos tradicionais.

A Ley Colombiana n. 191, de 1995, conhecida com lei da fronteira, estabelece a proteção estatal aos conhecimentos tradicionais em zonas de fronteiras. Vejamos a Ley n. 191, nos seus artigos 1° e 3°:

> ARTÍCULO 1°.
> En desarrollo de los artículos 285, 289 y 337 de la Constitución Política de Colombia, la presente Ley tiene por objeto establecer un régimen especial para las Zonas de Frontera, con el fin de promover y facilitar su desarrollo económico, social, científico, tecnológico y cultural.
>
> ARTÍCULO 3°.
> Con el fin de mejorar la calidad de vida de las comunidades negras e indígenas, localizadas en las Zonas de Frontera, el Estado apoyará las iniciativas de dichas comunidades y de sus autoridades, referentes a las actividades y programas de promoción de los recursos humanos, desarrollo institucional, investigación, fortalecimiento y desarrollo de tecnologías propias o transferencias de tecnologías apropiadas para su desarrollo socioeconómico y para el

> aprovechamiento cultural y ambientalmente sustentable de los recursos naturales.

Esse é um exemplo que pode incentivar acordos transnacionais para se homogeneizar as condições para a repartição de benefícios pela utilização de conhecimentos tradicionais em regiões de fronteiras.

3. Há uma relação de identidade entre os povos indígenas e comunidades tradicionais com os territórios em que vivem. Suas cosmovisões muitas vezes refletem-se nas suas relações com o ecossistema e com o território que habitam. Os conhecimentos tradicionais, normalmente, se desenvolvem no território, pois é nele onde se adquirem os recursos naturais específicos para as práticas tradicionais. Sem o território, os conhecimentos tradicionais muitas vezes não podem ser utilizados. Sem a utilidade prática, o conhecimento tende a se extinguir, principalmente por não ser transmitido para as gerações futuras através da oralidade, mas, sobretudo, pela sua não aplicação prática. Lorenzo Muelas[4], líder indígena da Colômbia e senador constituinte daquele país, afirma que a melhor forma de se proteger os conhecimentos tradicionais, os saberes e os recursos biológicos e genéticos é através da conservação do território e da manutenção de seus elementos ambientais. Infelizmente a política brasileira de proteção aos conhecimentos tradicionais é desatrelada da política territorial.

Os retrocessos em relação aos direitos indígenas, em especial àqueles relacionados a direitos territoriais são tão flagrantes, que a Relatora Especial das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, enviou carta ao governo brasileiro em que critica o retrocesso em relação aos direitos indígenas no Brasil, em especial aos direitos territoriais. Segundo a Carta, que é conseqüência de visita realizada entre 7 e 17 de março de 2016, com o objetivo de identificar as principais dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas no Brasil, a relatora observou alguns pontos positivos, como o papel proativo e construtivo da FUNAI e do Ministério Público Federal e o conjunto de decisões do Supremo Tribunal Federal para evitar despejo de povos indígenas, especialmente na Bahia, Paraná, São Paulo, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul. Em relação à postura

[4] A fala de Lorenzo Muelas manifestada durante o ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

dos povos indígenas, um dos pontos que chamou a atenção positivamente foram as alianças estabelecidas com as comunidades quilombolas e ribeirinhas para o fortalecimento de direitos, principalmente em relação à terra. Porém, a relatora citou diversas dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas no Brasil, entre os quais:

> No Brasil, os desafios enfrentados por muitos povos indígenas são enormes. Dentre eles é possível destacar a Proposta de Emenda à Constituição, PEC 215[5], e outras legislações que solapam os direitos dos povos indígenas a terras, territórios e recursos; a interpretação equivocada dos artigos 231 e 232 da Constituição na decisão judicial sobre o caso Raposa Serra do Sol; a introdução de um marco temporal e a imposição de restrições aos direitos dos povos indígenas de possuir e controlar suas terras e recursos naturais; a interrupção dos processos de demarcação, incluindo 20 terras indígenas pendentes de homologação pela Presidência da República, como por exemplo a terra indígena Cachoeira Seca, no estado do Pará; a incapacidade de proteger as terras indígenas contra atividades ilegais; os despejos em curso e as ameaças constantes de novos despejos de povos indígenas de suas terras; os profundos e crescentes efeitos negativos dos megaprojetos em territórios indígenas ou próximos a eles; a violência, assassinatos, ameaças e intimidações contra os povos indígenas perpetuados pela impunidade; a falta de consulta sobre políticas, leis e projetos que têm impacto sobre os direitos dos povos indígenas; a prestação inadequada de cuidados à saúde, educação e serviços sociais, tal como assinalam os indicadores relacionados ao suicídio de jovens, casos de adoção ilegal de crianças indígenas, mortalidade infantil e alcoolismo; e o desaparecimento acelerado de línguas indígenas. Assim sendo, os riscos enfrentados pelos povos indígenas estão mais presentes do que nunca desde a adoção da Constituição de 1988.[6]

[5] A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000, vista como ameaça para os direitos indígenas, transfere do Poder Executivo para o Poder Legislativo a palavra final sobre a demarcação de terras indígenas.

[6] UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMISSIONER. **End of Mission Statement by the United Nations Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Victoria Tauli Corpuz on her visit to Brazil.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18498&LangID=E> Acesso em 4 jul 2017.

Diante desses retrocessos e violações direcionadas aos povos indígenas, as reduções territoriais são medidas drásticas que afetam negativamente as características identitárias desses povos e são contrárias à manutenção dos seus conhecimentos tradicionais.

Como forma de melhor proteger os conhecimentos tradicionais, é fundamental se conhecer os processos que levam a esses conhecimentos e, de certa forma, buscar compreender melhor as cosmovisões ou mesmo as formas de viver dos povos indígenas e de comunidades tradicionais, naquela máxima que se protege melhor o que melhor se conhece. Talvez o mecanismo mais relevante utilizado pelos povos indígenas e comunidades tradicionais para gerar espaços de reflexão seja a oralidade. A utilização da oralidade pode ser um mecanismo importante para o desenvolvimento de estratégias e compromissos para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Nesse aspecto, a implementação da educação, em especial a educação ambiental, e a preservação das línguas indígenas são fatores relevantes para a proteção tanto dos conhecimentos tradicionais, como da cultura em geral dos povos indígenas e comunidades tradicionais, além de serem fundamentais para a proteção da biodiversidade e do meio ambiente em termos mais gerais.

Desse modo, iniciativas como a da Universidade de Brasília (UnB)[7] e da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar)[8], no Brasil, de terem turmas específicas de curso superior para indígenas é uma estratégia importante para que os grupos tenham autonomia, através de seus membros, para proteger seus direitos sem o intermédio de outras pessoas ou instituições. Na seara jurídica, essa defesa de direitos é uma garantia estabelecida no artigo 232 da Constituição Federal de 1988. Ainda durante o "Encuentro de saberes"[9], o líder indígena Lorenzo Muelas foi categórico em afirmar que o objetivo dos povos indígenas na Colômbia era ter entre seus membros advogados indígenas, pois, segundo ele, o indígena que tenha habilitação para a advocacia tem melhores condições de garantir os direitos dos

[7] A Fundação Universidade de Brasília tem Acordo de Cooperação Técnica com a FUNAI e oferece vagas para indígenas que queiram ingressar nos cursos de graduação da Universidade.
[8] A Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) também possui Acordo de Cooperação Técnica com a FUNAI e oferece vagas para indígenas de todo o país. A UFSCar possui ainda Programa permanência de estudantes indígenas que oferece auxílio financeiro para estudantes indígenas naquela instituição.
[9] ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

indígenas. De certa forma, essa estratégia parte da utilização do instrumental técnico próprio dos grupos em que alguns membros tentam usurpar direitos indígenas e através da utilização desse instrumental se tem uma possibilidade de assegurar os direitos que são garantidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional para esses grupos.

A importância da proteção dos conhecimentos tradicionais se afirma cada vez mais. Tanto por questões eminentemente identitária, como por razões econômicas, essa proteção é relevante para o desenvolvimento individual daqueles que tratam desses conhecimentos, assim como fortalece o regime democrático ao se assegurar a convivência pacífica e respeitosa de grupos com diferenças culturais profundas. Proteger os conhecimentos reforça o sentimento de tolerância que deve estar presente no Estado Democrático de Direito e reconhece de forma justa o esforço intelectual de grupos que foram historicamente excluídos e desconsiderados. A efetiva proteção dos conhecimentos indígenas e tradicionais ocorrerá apenas quando povos indígenas e comunidades tradicionais tornarem-se protagonistas dessa proteção, participando e influenciando políticas públicas que busquem assegurar a integralidade dos seus modos de vida, refletidos na identidade, no território, nas cosmovisões e nos conhecimentos ancestrais. Por fim, a proteção dos conhecimentos de povos indígenas e de comunidades tradicionais não é apenas uma questão de Direito, mas, sobretudo, uma questão de Justiça.

REFERÊNCIAS

ABERCROMBIE, T. **Pathways of memory and power**. Madison: The Univ. of Wisconsin Press, 1998.

AJILA FERNANDEZ, Rosa Ana. Aproximación a la especificidad de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos culturales. In: BONET PEREZ, Jordi; ALIJA FERNANDEZ, Rosa Ana (eds.). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 125-144.

AKSOY, Zuhre. **Global Governance of Traditional Knowledge and its Justice Implications: A Case for an Alternative Approach**. 2016. Disponível em: https://www.iss.nl/fileadmin/ASSETS/iss/Research_and_projects/Research_networks/ICAS/3-ICAS_CP_Aksoy.pdf. Acesso em: 30 jun 2017.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombos, terras indígenas "babaçuais livres", "castanhais do povo", faxinas e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. 2.ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. **Cienc. Cult**. [online]. v. 65, n.1, 2013, p. 22-23.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas. 1.º vol**. Manaus: Programa de Pós-Graduação da Universidade do Amazonas – uea / Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura da Amazônia / Fundação Ford / Fundação Universidade do Amazonas, 2008a.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombos, terras indígenas "babaçuais livres", "castanhais do povo", faxinas e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. 2.ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008b.

ALMEIDA, Mauro W. B.; CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e conservação ambiental. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 277-300.

ANDRELLO, Geraldo; FERREIRA, Tatiana Amaral S. Transformações da cultura no Alto Rio Negro. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; CESARINO, Pedro de Niemeyer (orgs.). **Políticas culturais e povos indígenas**. São Paulo: UNESP, 2016. p. 25-57.

ARAÚJO, Nara. Cultura. In: SZURMUK, Mónica; IRGWIN, Robert. (coord.). **Diccionario de estudios culturales latinoamericanos.** Cerro del Agua-MEX: Siglo XXI, 2009. p. 69-72.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (orgs.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**. Reimpressão: Coimbra - Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

BALDI, Cesar Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Casto. A proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Vedação do Retrocesso Social. **Fragmentos de Cultura**. Goiânia, v. 25. N. 2, abr/jun. 2015. p. 241-252.

BALDI, Cesar Augusto. Do constitucionalismo moderno ao novo constitucionalismo latino americano. In: BELLO, Enzo (org.)**. Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismos**. Caxias do Sul-RS: Educs, 2012. p. 127-149.

BARBIERI, Samia Borges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**. São Paulo: Almedina, 2014.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (coord.). **Direito da propriedade intelectual**: **estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 113-163.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Denis; POZ, Maria Ester Dal. Incertezas e riscos no patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, WACHOWICZ, Marcos. (Coord.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 11-31.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Rodolpho Zahluth. Participação dos entes estaduais e municipais no regime de acesso aos recursos genéticos: ofensa ao pacto federativo quanto aos bens de sua dominialidade e à repartição equitativa dos benefícios. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017.p. 177-186.

BENSUSAN, Nurit. **Guia de apoio a análise da minuta do decreto de regulamentação da Lei 13.123/2015**. Instituto Socioambiental. Fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/guia_da_minuta.pdf>. Acesso em 21 jun 2017.

BENSUSAN, Nurit. **Guia de apoio à regulamentação da Lei 13.123/2015 que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade**. Instituto Socioambiental. Setembro de 2015. Disponível em: <http://www.pacari.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_Lei_13123-1-1.pdf>. Acesso em 21 jun. 2017.

BOFF, Salete Oro. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo "novo" marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. v. 5, n. 2. 2015. p. 110-127.

BONET PEREZ, Jordi. Introducción general: presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. In: BONET PEREZ, Jordi; ALIJA FERNANDEZ, Rosa Ana (eds.). **La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 11-67.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas.** Coimbra: Almedina, 2015.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro – uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latinoamericano: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Recife, 2013.

BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de maio de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4o do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1º, a alínea j do Artigo 8º, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de

agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 de maio de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de maio de 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Portal da Biodiversidade. Disponível em: http://www.mma.gov.br/biodiversidade. Acesso em: 30 jun 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Clara Bertrand. **Património cultural imaterial**. Lisboa: Edições 70, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-68.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

CECHIN, Andrei; BARRETO, Cristiane Gomes. Pesquisa científica, conhecimento tradicional e indústria: perspectivas e limites do marco legal da biodiversidade. **Sustentabilidade em Debate**, 01 August 2015, v.6 (2), pp.122-132. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/sust/article/view/15807/11501>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. Assessoria de comunicação. **Comunidades manifestam repúdio à PL sobre uso de conhecimentos tradicionais e recursos genéticos**. Conselho Indigenista Missionário, Brasília-DF, 11 nov 2014. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7841 Acesso em 30 jun 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: FABRIS, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-167.

CONNERTON, P. **Como as sociedades recordam**. Celta Editora, Lisboa, 1999.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. Ed. Boston: Pearson Adison Wesley, 2003.

CORDERO, Jaime. El traje típico de uma 'miss' enfrenta a Bolivia y Perú. **Jornal El País**. Lima. 22 ago 2009. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2009/08/22/revistaverano/1250892014_850215.html >. Acesso em 24 mai 2017.

CORSINO, Celia Maria. Apresentação. In: IPHAN. **Inventário nacional de referências culturais: manual de aplicação**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2000. p. 7-10.

COSTA, Catarina de Sena. A perspectiva interdisciplinar do curso de mestrado em Educação. **Linguagem, Educação e Sociedade**. v. 1, p. 15-26, Teresina-PI: UFPI, 1995.

COSTA, Rodrigo Vieira**. O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais:** os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais. Florianópolis, 2017. Tese. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2017.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Boaventura de Sousa Santos, Ciência, Crise e Transição Paradigmática: um discurso sobre as ciências ou sobre nós mesmos? **Revista Arquivo Jurídico**, v. 01, p. 60-68, 2012.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Contribuições da Antropologia para a pesquisa empírica no Direito. **Revista Arquivo Jurídico**. Teresina-PI, v. 1 n. 6, jan/jun 2014. p. 81-90.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Ensino Jurídico, interdisciplinaridade e crise no Direito. **Confissões jurídicas (FSA)**, v. 3, p. 103-116, 2010.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Pertencimento, memória coletiva e terrritorialidade em uma comunidade rural do Piauí.** Teresina, 2011. Dissertação. (Mestrado em Antropologia e Arqueologia). Programa de Pós-graduação em Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Piauí. Teresina: UFPI, 2011.

COSTA, Sebastião P. M.; SOUSA, Maria Sueli R. de. Grandes projetos do governo federal brasileiro, desenvolvimento regional e violação aos Direitos Fundamentais. In: COSTA, Sebastião; TEIXEIRA, Solange. (Org.). **Reflexões e recortes teóricos sobre direitos fundamentais, desenvolvimento e políticas públicas.** Teresina: Editora da UFPI, 2016, v. 1, p. 119-142.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**. [online], São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011. p 115. Disponível em: <http://www.itaucultural.org.br/bcodemidias/001813.pdf>.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos Avançados** 13 (36), 1999. p. 147-163.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Propriedade intelectual pode "engessar" conhecimento tradicional, alerta antropóloga**. [28 ago.2003]. Entrevistadora: Spensy Pimentel, Agência Brasil, 2003. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/materia.phtml?materia=146825&editoria=> Acesso em: 12 mar 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Relações e dissensões entre saberes tradicionais e saber científico. **Revista USP**, São Paulo, n. 75, setembro/novembro de 2007. p. 76-84.

D'ELBOUX, Sonia Maria. "Pirataria" e acesso ao conhecimento: a questão das cópias destinadas ao ensino. In: ABRAÃO, Eliane Yachoub (Org.). **Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade intelectual e bens de personalidade**. São Paulo: Senac, 2006.

DAKUYO, Zéphirin. Tradicional medicine in Brukina Faso. In: TWAROG, Sophia, KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 15-16.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Vozes, 1981.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Base Jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais**. Revista CPC**, São Paulo, v.1, n.2, p.80- 95, maio/out. 2006.

DE LA CRUZ, Rodrigo; MUYUY JACANAMEJOY, Gabriel; VITERI GUALINGA, Alfredo; FLORES, Germán; HUMPIRE, Jaime González; MIRABAL DÌAZ, José Gregório; GUIMARAEZ, Robert. **Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena**. Caracas, Venezuela: Norma Color, 2005.

DE MASI, Domenico. **2025: Caminhos da cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

DRAHOS, Peter Drahos; FRANKEL, Susy. Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property: The Issues. In: In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. 1-28.

EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005.

ENCUENTRO DE SABERES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA Y TRADICIONAL, COMO EJE TRANSVERSAL AL TERRITORIO, DERECHOS Y BIODIVERSIDAD. 2015. Villa de Leyva, Colômbia.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Max Weber e o Diálogo Possível entre Direito e Economia**. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graducao/ppge/Heloisa_Borges_Esteves.pdf>. Acesso em 07 maio 2017.

ETC GROUP. **Mission & Current focus**. Disponível em: http://www.etcgroup.org/mission. Acesso em: 30 mai 2017.

ETC GROUP. **Patents & Biopiracy**. Disponível em: http://www.etcgroup.org/issues/patents-biopiracy. Acesso em: 24 mai 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Müller and Others v. Switzerland**. Aplication n. 10737/82. Strasbourg. Judgment 24 may 1988. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487>. Acesso em: 04 jul 2017.

FAZENDA, Ivani. **Intersdisciplinaridade: História, teoria e pesquisa**. Campinas: Papirus, 1994.

FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio; BURSZTYN, Marcel. **Tradição e territorialidade nos fundos de pasto na Bahia: do capital social ao capital político**. In: IV Encontro Nacional da Anppas, 2008, Brasília. Anais do IV Encontro Nacional da Anppas, 2008. v. 1. p. 1-16.

FGV PROJETOS. **A cultura na economia brasileira – perfil socioeconômico**. N°. 23. 2015.

FORSYTH, Miranda. Do You Want it Gift Wrapped? Protecting Traditional Knowledge in the Pacific Island Countries. In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. 189-214.

FREITAS, S. T.; PAMPLIN, P. A. Z.; LEGAT, J. FOGAÇA, F. H. dos S; BARROS, R. F. M. Conhecimento tradicional das marisqueiras de Barra Grande, área de proteção ambiental do delta do rio Parnaíba, Piauí, Brasil. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo. V. XV, n. 2. mai-ago 2012. p. 91-112.

GANEM, Roseli Senna. **Legislação brasileira sobre meio ambiente: fundamentos constitucionais e legais**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.
GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GERMAN-CASTELLI, Pierina. **Diversidade Biocultural: Direitos de Propriedade Intelectual versus Direitos dos Recursos Tradicionais**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Agricultura, Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Seropédica-RJ: UFRRJ, 2004.

GOMES, Sebastião Marcelice; PINTO, Mônica da Costa; BONOLO, Mônica Nazaré Picanço Dias. Bioprospecção: a fabricação de um conceito técnico-normativo. In: SCHIOCCHET, Taysa; SOUZA FIHO, Carlos Frederico Marés de (coords.) **Direito, Biotecnologia e Sociedades Tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 289-302.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional ambiental português e da União Européia. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23-82.

GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado com baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 14 – n, 45, p. 11-65 – jul/dez 2015.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUSDORF, Georges. Reflexões sobre a interdisciplinaridade. **Revista Convivium**, 01-85. p. 19-50, 1985.

HÄBERLE, Peter. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. **Derecho y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, enero 2006, n. 14, p. 89-102. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/3768>. Acesso em 12 jun. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Constituição e Cultura: o Direito ao Feriado como Elemento e Identidade Cultural do Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. reimp. Porto Alegre: Fabris, 2002a.

HÄBERLE, Peter. La constituición como cultura. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional.** Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales. Número 06, Enero/Diciembre 2002b. p. 177-198. Acesso em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=398&IDA=1423>. Acesso em 12 jun. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jungen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HALBWACHS, M**. On collective memory**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1984.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberber e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Dundação Boiteux, 2009.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

HOMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights -Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. IACOMINI, Vanessa (Coord.) **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 13-30.

IMAI, Shin, "Pueblos Indígenas en Canadá: Libre Determinación y Derechos a la Tierra (Indigenous Peoples in Canada: Self Determination and Rights to Land)" (2013). **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper No. 2/2013. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/251>. Acesso em: 11 mai 2017.

IMAI, Shin; MEHRANVAR, Ladan; SANDER, Jennifer. La Violación Del Derecho Indígena: Empresas Mineras Canadienses En Guatemala (Breaching Indigenous Law: Canadian Mining in Guatemala). **Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 12/2013**. Disponível em*:* <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/261>. Acesso em: 20 fev 2016.

IPHAN. **Cajuína do Piauí é mais novo Patrimônio Cultural Brasileiro.** 15 mai 2014. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/286 Acesso em: 07 jul 2017.

IPHAN. **Instrução normativa nº 001**, de 02 de março de 2009. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Instrucao_Normativa_001_2009(2).pdf. Acesso em: 02 jul 2017.

IPHAN. **Patrimônio cultural imaterial: pra saber mais.** Brasília: IPHAN, 2012

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

JAPIASSU, Hilton. **Nascimento e morte das ciências humanas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

KAGEYAMA, Angela; MELLO, Maria Tereza Leopardi; SALLES FILHO, Sérgio. Biotecnologia: desenvolvimento recente e potencial econômico. In: KAGEYAMA, Angela (coord.). **Biotecnologia e propriedade intelectual: novos cultivares**. Brasília: IPEA, 1993. p. 5-49.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Massangana, 1983. p. 89-116.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito:** uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife. Disponível em http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito Acesso em 09/03/2015.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurcak. Porto Alegre: SAFE, 2010.

KEESING, Roger M. Theories of culture. **Annual Review of Anthropology**, vol. 3, p. 73-97, 1974.

KEESING, Roger M.; STRATHERN, Andrew J. **Antropologia cultural: uma perspectiva contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2014.

KIRSTE, Stephan. A genuína contribuição da ciência do direito para um discurso interdisciplinar. Tradução de João Maurício Adeodato. In: **Revista de Direito UPIS**, Vol. 09, 2011, p. 135-146. p. 139.

LAPORT, Felipe Moretti. A evolução da jurisprudência ambiental brasileira na tutela do patrimônio cultural. BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (coord. cient.). Anais do 22° Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**. Direito e Sustentabilidade na era do Antropoceno: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas**. Vol 2. Págs 809-822.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

LEITE, Carla Vladiane Alves; ALMEIDA, Pedro de Paula Lopes. O conhecimento tradicional associado à biodiversidade: a proteção jurídica como valor essencial para a economia brasileira. In: WENCZENOVICZ, Thais Janaina; COSTA, Alexandre Bernardino; CUNHA, Leandro Reinaldo (coords.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2a5e1dc29759ed2> Acesso em: 13 maio 2017.

LEVI STRAUSS, Claude. **Estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1976.

LIMA, Edilene Coffaci de. A internacionalização do kampô (via ayahuasca): difusão global e efeitos locais. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; CESARINO, Pedro de Niemeyer (orgs.). **Políticas culturais e povos indígenas**. São Paulo: UNESP, 2016. p. 91-112.

LITTLE, Paul E. Etnodesenvolvimento local: autonomia cultural na era do neoliberalismo global. **Tellus**, ano 2, Campo Grande-MS, out. 2002. p.33-52

LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. **Série antropológica 322**. Brasília: UnB, 2002.

LOGGIODICE, Daniel Octavio Salazar. **Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas: bases para un proyeto de decisión andina**. Saarbrücken: Editora Acadêmica Espanhola, 2011.

LONDRES, Cecília. Referências Culturais: Base Para Novas Políticas de Patrimônio. In: IPHAN. **Inventário nacional de referências culturais: manual de aplicação**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2000. p. 11-21.

LUZ ENDERE, María; MARIANO, Mercedes. Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. **Quinto Sol**. v. 17, n. 2, julio-diciembre 2013. Disponível em: <http://ojs.fchst.unlpam.edu.ar/ojs/index.php/quintosol/issue/archive>. Acesso em 05 maio 2017.

MACHADO, Carlos José Saldanha; GODINHO Rosemary de Sampaio. A importância dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade para a economia nacional. **Jornal da Ciência**. Publicação da SBPC. 9 jul. 2014. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/importancia-dos-conhecimentos-tradicionais-associados-biodiversidade-para-economia-nacional/>. Acesso em 12 de maio de 2017.

MACIEL, Luciano Moura. Estado, modernidade, globalização e crise: os tratados internacionais e as transformações jurídicas na regulação dos conhecimentos

tradicionais**. Revista de Direito e Sustentabilidade**. Brasília-DF, v. 2, nº1, jan/jun. 2016, p. 221-241.

MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, PORRO, Noemi Miyasaka, SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 161-162.

MAGALHAES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual: biotecnologia e biodiversidade**. São Paulo: Editora Fiuza, 2011.

MARIN, Rosa Acevedo. Entre a fronteira Venezuela-Brasil, os territórios de povos indígenas e de comunidades tradicionais. **Cienc. Cult**. [online]. v. 65, n.1, 2013. pp. 27-30. ISSN 0009-6725. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v65n1/a12v65n1.pdf.. Acesso em 07 mai 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MCGONIGLE, Ian Vincent. Patenting nature or protecting culture? Ethnopharmacology and indigenous intellectual property rights. **Journal of Law and Biosciences**. (2016) 3 (1): 217-226. DOI: https://doi.org/10.1093/jlb/lsw003. p. 217-226.

MEDEIROS, Eduardo. **Contribuição para o Estado da arte das continuidades e mudanças em Moçambique: 25 anos de "estudos moçambicanos", 1980/81-2006**. Porto, Portugal: Centro de Estudos Africanos da Universidade do Porto, 2008.

MENUCHI, Luciana Nalim Silva, AMARANTE SEGUNDO, Gesil Sampaio, ARAÚJO, Jacqueline Camolese de. O novo marco legal para acesso ao patrimônio genético e proteção do conhecimento tradicional associado. **Revista GEINTEC**. 01 March 2016, v.6 (1), pp. 2954-2965. Disponível em: <http://www.revistageintec.net/portal/index.php/revista/article/view/802/645>. Acesso em: 21 jun 2015.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**, da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, Portugal: Almedina, ano 138º (2006), IV. p. 751-768.

MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. Direito e cultura jurídica no ambiente das tecnologias da informação e da comunicação. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 3, n° 1, p. 267-292, jan-jun, 2016.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, direitos humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. **Revista de Bioética y Derecho**. 39, 2017, p. 103-119.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Artigos 215 e 216. CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1976 – 1985.

MOLINARO, Carlos. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. Porto Alegre, 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de Expressão e Direito Autoral: Mapeando um Conflito Ressignificado pela Tecnologia**. Rio de Janeiro, 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www2.dbd.pucrio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912251_2011_Indice.html>. Acesso em: 15 mar 2016.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PAIXÃO, Liziane de Oliveira. Possibilidade de acionar o sistema de acompanhamento da Convenção 169 da OIT. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs.). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 261-270.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, PORRO, Noemi Miyasaka, SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. As violações de direitos aportadas pela Lei n. 13.123/2015 como ofensas ao princípio de vedação de retrocesso dos direitos humanos. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto, PORRO, Noemi Miyasaka, SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. P. 231-240.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Visão Geral da Lei n° 13.123/15. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 66-73.

MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a sua proteção. **T&C Amazônia**, ano V, número 11, junho de 2007. p. 33 – 41.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Direito do património cultural: legislação**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Património Cultural**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

NABAIS, José Casalta. Noção e âmbito do Direito do Património Cultural. **CEDOUA – Revista do Centro de estudos de direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Ano III. n º. 2, CEDOUA-FDUC, 2000. p. 11-38.

NEMOGÁ, Gabriel. Limitada Protección de la Diversidad Biocultural de la Nación. In: CORTE CONSTITUCIONAL. **Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra**. Bogotá- Colombia. Corte Constitucional, 2015. p. 85-126.

NEMOGÁ, Gabriel. **Investigación Genética y Política sobre Biodiversidad: Espacios para el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural.** Colección resultados de investigación. Bogotá: Ibañez Editores. 2013.

NEMOGÁ, Gabriel. **Negociación Contratos de Acceso, Conocimiento Tradicional y Comunidades Locales**. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2004. 54 pág. (Serie Documentos de Investigación. Recursos Genéticos, Conocimiento y Derechos No. 2).

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. O *Sumak Kawsay* (*Buen Vivir*) e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: uma proposta para concretização dos direito socioambientais? DOI: 10.7213/UNIVERSITAS.7481. **Universitas**. v. 1, n. 1, 2012. p. 24-42.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica. **Anuário Antropológico/89**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 23-45.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **O trabalho do antropólogo**. 2. ed. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Editora UNESP, 2000.

OMPI. **Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales - Anexo**. Ginebra: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore - OMPI. 2016a.

OMPI. **Reseña n. 1. Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual**. Genebra: OMPI, 2016b. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2016.

PALACÍN QUISPE, Miguel. Prólogo – una construcción colectiva de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde uma epistemologia del Sur**. Lima-Peru: IIDS, 2010.

PENHA, Giovanna Burgos Ribeiro da; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. A propriedade intelectual coletiva indígena e tutela da sociobiodiversidade no âmbito do Poder Judiciário: estudo de caso. In: FREIRE, Alexandre, ASSAFIM, João Marcelo, CASTRO, Marcello Soares (orgs.). **Direito, Inovação e Desenvolvimento: tópicos de propriedade intelectual e concorrência**. Belo Horizonte: Conpedi, Arraes, 2013. p. 195-214.

PEREIRA, Andréia Mara. **Bioprospecção e conhecimentos tradicionais: uma proposta institucional para a sua gestão no Brasil**. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Econômico do Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas-SP, 2013.

PERUZZO, Pedro Pulzato. Direitos Humanos, povos indígenas e interculturalidade. **Revista Videre**. v. 8 n. 15, jan/jun 2016. p. 11-25.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POSEY, Darrel. Introduction: Culture and Nature – The Inextricable Link. POSEY, Darrel. **Cultural and Spiritual Values of Biodiversity**. Nairobi-Kenya: UNEP, 1999. p. 1-18.

POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: IACOMINI, Vanessa (coord.) **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 93-138.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. **Estrutura e função na sociedade primitiva**. Petrópolis: Vozes, 1973.

REGINA, Adriana Werneck. Revisando o conceito de sociedade a partir do modo de pensar e viver Tenharim. In: ARRUDA, Rinaldo S., JAKUBASZKO, Andrea, RAMIRES, Marcos de Miranda (orgs.). **Reflexões indigenistas**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú; Cuiabá, MT: OPAN, 2011. p. 31-44

REVISTA OBSERVATÓRIO ITAÚ CULTURAL [online], São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011. p 115 – 126. Disponível em http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/03/Revista-Observat%C3%B3rio-11.pdf. Acesso em: 16 mai 2017.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Ser e não ser. Explorando fragmentos e paradoxos das fronteiras da cultura. In: FONSECA, Cláudia (Org.). **Fronteiras da cultura: horizontes e territórios da Antropologia na América Latina**. Porto Alegre: UFRGS, 1993. p. 9-21.

RICARDO, Beto. A Sociodiversidade nativa contemporânea no Brasil e a biodiversidade da Amazônia. In: CAPOBIANCO, João Paulo et al (org.) **Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefício**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2001. p. 194-233.

ROBINSON, Daniel F. **Confronting Biopiracy**. London – New York: Earthscan, 2010.

ROBINSON, Daniel. Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities. In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. 77-93.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo.** São Paulo: Brasiliense, 1988.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem do desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RODRIGUES, Saulo Tarso. Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas. **Espaço Jurídico: Journal of Law**. Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 41-64, jan./jun. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais:** avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o Direito", Referência: PRODOC BRA 07/004**.** São Paulo: Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (NDD/CEBRAP), 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; VALENTE, Mariana Giorgetti; PROL, Flávio Marques; TAVOLARI, Bianca. O Deus-sociedade contra do Diabo-mercado? Pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 185-204.

ROGEL VIDE, Carlos. **Estudios completos de propiedad intelectual.** Volumen cuarto. Madrid: Aseda, 2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RUIZ MULLER, Manuel. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina**. Lima-Perú: UICN, BMZ, SPDA, 2006.

RUIZ MULLER, Manuel. Regulating bioprospecting and protecting indigenous peoples' knowledge in the Andean community: Decision 391 and its overal impacts

in the region. In: TWAROG, Sophia; KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 241-262.

SAES, Beatriz Macchione; COLOMBINI NETO, Iderley. **Insustentabilidade financeira e limites ecológicos na economia contemporânea**. IX Encontro Nacional da ECOECO. Brasília-DF. Outubro de 2011.

SALAMA, B. M. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

SALAMA, B. M. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV (Caderno 22), v. 5, n. 2: março 2008b. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%202 2.pdf>. Acesso em: 07 maio 2017.

SANCHEZ AYALA, Maira Citlalli. **El control de convencionalidad: um estúdio comparado entre Brasil y Mexico**. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD da PUC/RS. Porto Alegre: PUC/RS, 2016.

SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**. São Paulo: Peirópolis, 2009.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília-DF, n. 9, 2015. p. 21-73.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: medidas para equacionar o uso sustentável, favorecendo o desenvolvimento da biotecnologia e a redução da biopirataria. **II Seminário de Propriedade Intelectual, Ciência e Conhecimentos Tradicionais da Amazônia.** Manaus-AM, 12, 13 e 14 de setembro de 2005. Manaus: INPA, 2007.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2010a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima-Perú: IIDS, 2010b.

SANTOS, Boaventura; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Demasiadamente pós-humano: entrevista com Laymert Garcia dos Santos. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 72, p. 161-175, July 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art>. Acesso em 10 jan 2017.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (coord.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição e as relações com o direito estrangeiro e internacional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-212.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil – o caso da EC 96/2017. **Revista Consultor Jurídico**. 7 jul 2017. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017. Acesso em 09 jul 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 68 do ADCT. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2013. p. 2241-2250.

SASSEN, Saskia. **Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy.** Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2014.

SCHMIDT, Larissa. **A repartição de benefícios decorrentes do acesso à diversidade biológica e ao conhecimento tradicional associado no âmbito da Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e da Organização Mundial do Comércio – OMC**. Brasília-DF, 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF: UnB, 2009.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Note by the Executive Secretariat of the Convention on Biological Diversity. In: TWAROG, Sophia, KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 111-119.

SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A "commoditização" do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. **Economia y Sociedad**, ns. 33 e 34. Enero-Diciembre de 2008, pp. 119-131.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, José Everton da; PILAU, Newton Cesar. O conhecimento tradicional e a propriedade intelectual: uma proposta para futura repartição dos ganhos. **Revista da Unifebe** (on line), 2012; 11 (dez). p. 144-157.

SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (orgs). **A "nova" lei n. 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 117-125.

SILVA, Luiz Fernando da. Unesco, cultura e políticas culturais. **XV Encontro de Ciências Sociais do Norte e Nordeste e pré-alas Brasil** 04 a 07 de setembro de 2012, UFPI, Teresina – PI.

SILVA, Reginaldo Conceição da. Conflitos por terra e água no Alto Solimões envolvendo povos e comunidades tradicionais**. Cult.**, São Paulo, v. 65, n. 1, Jan. 2013. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252013000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 maio 2017.

SILVA, Vasco Pereira. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVEIRA, Newton. Transgênicos. In: SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**. 5. ed. ver. ampl. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 90-91

SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de. Critérios para indenização em processos de desapropriação de imóveis rurais: os casos de desapropriação por declaração de utilidade pública – ferrovia Transnordestina e Parque Nacional Serra da Capivara e de desapropriação-sanção no Estado do Piauí. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública**. vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (cood.). **Estatuto dos Povos Indígenas**. Projeto Pensando o Direito. Relatório Final. Curitiba: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) e PUC/PR, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentários aos artigos 231 e 231 da Constituição Federal de 1988. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2013. p. 2147-2157.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais e bem cultural. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.). **Direito, tecnologia e sociedades tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153-168.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA, Elizabeth Regina Loiola da Cruz; MATTA, João Paulo Rodrigues; DIAS Camila Carneiro. Economia criativa: reflexões sobre a regulação de conhecimentos tradicionais. **IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**. Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil. 28 a 30 de maio de 2008.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. Conhecimentos tradicionais e a regulação do acesso aos recursos genéticos no protocolo de Nagoya. In: SCHIOCCHET, Taysa; SOUZ FILHO, Carlos Frederico Marés (coords.) **Direito, biotecnologia e sociedades internacionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 303-318.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI questiona emenda constitucional que permite a prática de vaquejada. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571>. Acesso em: 04 jul. 2017.

TAUBMAN, Antony. Indigenous Innovation: New Dialogues, New Pathways. In: DRAHOS, Peter, FRANKEL, Susy (orgs.). **Indigenous peoples' innovation: Intellectual Property Pathways to Development**. Camberra: Australian National University, 2012. p. xv-xxiv.

TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, out./2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 20 out. 2015.

TOBÓN FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para La protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudos Socio-Jurídicos**, Bogotá (Colômbia), 9 (1):96-129, enero-junio de 2007.

TOLEDO, André de Paiva. Biopirataria e Direito Internacional. In: SCHIOCCHET, Taya; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (Coords.) **Direito, Tecnologia e Sociedades Tradicionais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123-144.

TRITON, Guy; DAVIS, Richard; EDENBOROUGH, Michael; GRAHAM, Michael; MALYNICZ, Simon; ROUGHTON, Ashley. **Intellectual Property in Europe**. London: Sweet & Maxwell, 2008.

TYLOR, Edwar B. **Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom**. London: John Murray, 1871.

VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade Intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática**. São Paulo: Atlas, 1996.

VASCONCELOS, R. M. de; MACEDO, F. S.; DIAS, A. T. G. M.; FREIRE, A. R. M.; MOREIRA, C. T. Conhecendo a Lei nº 13.123, de 2015, e o Decreto nº 8.772, de 2016, que regulam o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e a exploração econômica de produto ou material produtivo desenvolvido a partir do acesso. In: VASCONCELOS, Rosa Míriam de. **Marcos Regulatórios aplicáveis às atividades de pesquisa e desenvolvimento**. Brasília-DF: EMBRAPA, 2016. p. 11-76.

VASCONCELOS, Rosa Miriam de. **Conhecimento a nova lei de acesso ao patrimônio genérico e conhecimento tradicional (Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015)**. 1. ed. Junho de 2015. Disponível em: <http://www.cfbio.gov.br/admin/_lib/file/docAnexos/publicacao-lei-13123-de-2015.pdf>. Acesso em: 21 jun 2017.

VIEIRA, Felipe Stock. **Economia do conhecimento tradicional e a valoração econômica como instrumento de sua conservação: o caso das mandiocas açucaradas**. Brasília: UnB, 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Econômica do Meio Ambiente). Programa de Pós Graduação em Economia, UnB Brasília, 2014.

WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade intelectual: conhecimento tradicional associado e a biopirataria. In: IACOMINI, Vanessa (coord.). **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45-61.

WADDINGTON, May. Da embriaguez à sobriedade: a história da cajuína e a modernização do Piauí. WOORTMANN, Ellen; CAVIGNAC, Julie A. (orgs.) **Ensaios sobre Antropologia da Alimentação: saberes, dinâmicas e patrimônios**. Natal: EDUFRN, 2016. p. 183-233.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Biodiversidade e conhecimento tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord.). **Propriedade intelectual**. v. 2, 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Desenvolvimento de bionegócios e conhecimento tradicional: uma análise de suas influências nas populações tradicionais no Brasil.

Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 50-68, jul./dez. 2015.

YAMAMURA, Simone; SALLES FILHO, Sérgio Luiz M.; CARVALHO, Sérgio M. P. de. Propriedade intelectual e plantas transgênicas: quadro regulatório e implicações sobre pesquisa e inovação no Brasil. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord.) **Propriedade intelectual.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. A modo de introducción. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde uma epistemologia del Sur**. Lima-Peru: IIDS, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pueblos indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina**. Lima: ILSA, INESC, IIDS, 2010.

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, v. X, n.1, jan-jun 2007. p. 39-55.

ZHANG, Xiaorui. Traditional medicine: its importance and protection. In: TWAROG, Sophia, KAPOOR, Promila (orgs). **Protecting and promoting tradicional knowledge: systems, national experience and international dimensions**. New York and Geneve: United Nations, 2004. p. 3-6.

Sobre o autor

SEBASTIÃO P. MENDES DA COSTA

Pós-doutorado em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg, Alemanha. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestre em Antropologia e Arqueologia pela Universidade Federal do Piauí-UFPI. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília-UnB. Graduação em Direito pela Universidade de Brasília-UnB. Docente permanente do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal do Piauí-UFPI. Advogado.