



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

KARINA PUCCI DA SILVA PINTO

**OS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DAS
COMUNIDADES TRADICIONAIS: UMA ANÁLISE DAS
HIPÓTESES DE ISENÇÃO PREVISTAS NOS §§ 1º E 2º DO
ART. 17 DA LEI Nº 13.123/2015.**

BRASÍLIA

2018

KARINA PUCCI DA SILVA PINTO

**OS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DAS
COMUNIDADES TRADICIONAIS: UMA ANÁLISE DAS
HIPÓTESES DE ISENÇÃO PREVISTAS NOS §§ 1º E 2º DO
ART. 17 DA LEI Nº 13.123/2015.**

Monografia apresentada como requisito básico para a obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof. Anna Luiza de Castro Gianasi.

BRASÍLIA

2018

KARINA PUCCI DA SILVA PINTO

**OS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DAS
COMUNIDADES TRADICIONAIS: UMA ANÁLISE DAS
HIPÓTESES DE ISENÇÃO PREVISTAS NOS §§ 1º E 2º DO
ART. 17 DA LEI Nº 13.123/2015**

Monografia apresentada como requisito básico para a obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Anna Luiza de Castro Gianasi.

BRASÍLIA, 04 de outubro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Professora Anna Luiza de Castro Gianasi

Professor(a) avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor, apoio e incentivo incondicional.

À minha avó, Maria Pucci, pelo suporte que proporciona a todos os meus projetos.

Aos professores desta instituição pelo empenho dedicado ao ensino.

À professor Anna Luiza Gianasi, pela atenção, orientação e confiança.

RESUMO

O intuito deste trabalho é analisar as isenções previstas no art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.123/15, que regulamenta os requisitos para a repartição de valores decorrente do uso de conhecimento produzido pelas comunidades tradicionais. Será apresentado o conceito de conhecimento tradicional associado e o debate doutrinário para a sua classificação como um direito intelectual coletivo que deve ser protegido em um regime *sui generis*. As bases para a argumentação do trabalho são construídas com o suporte da teoria dos direitos fundamentais seguido do reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados como direitos culturais incluídos no rol de direitos fundamentais coletivos. A partir de pesquisa bibliográfica a respeito da proteção conferida aos direitos coletivos durante o segundo semestre de 2017 e primeiro semestre de 2018, avaliou-se eventual indisponibilidade pelo Estado de direitos cuja titularidade pertence a um grupo determinável ou não, utilizando-se como referencial de pesquisa o princípio da proibição do retrocesso.

Palavras-chave: Conhecimentos tradicionais associados. Direitos intelectuais coletivos. Lei nº 13.123/15. Titularidade. Proibição do retrocesso.

ABSTRACT

This work intends to analyze the exemptions foreseen in art. 17, §§ 1 and 2 of Law 13.123/15, which regulates the distribution of values resulting from the use of knowledge produced by traditional communities. It presents the concept of associated traditional knowledge and the doctrinal debate for its classification as a collective intellectual right that must be protected in a sui generis regime. The bases for the argumentation of the work are built with the support of the theory of fundamental rights, with recognition of traditional knowledge associated as cultural rights included in the list of collective fundamental rights. Based on a bibliographical research on the protection granted to collective rights during the second semester of 2017 e first semester of 2018, it is assessed the possible unavailability by the State of rights whose ownership belongs to a determinable group or not, using as reference research on the principle of prohibition of retrocession.

Key words: Traditional Knowledge associated. Collective intellectual rights. Law n° 13.123/15. Ownership. Principle of prohibition of retrocession.

LISTA DE SIGLAS

CAF	La Corporación Andina de Fomento
CDB	Convenção da Diversidade Biológica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal de 1988
CURB	Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios
CTA	Conhecimento Tradicional Associado
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
LACP	Lei de Ação Civil Pública
MP	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PL	Projeto de Lei
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
SGCAN	La Secretaría General de la Comunidad Andina
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
WIPO	World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.1 Dimensões dos direitos fundamentais	13
1.2 As espécies de direitos coletivos	16
1.3 Os direitos culturais como direitos fundamentais coletivos.....	18
2 O CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO COMO UM DIREITO INTELLECTUAL COLETIVO NA LEI Nº 13.123/15	22
2.1 Comunidades tradicionais.....	22
2.2 O conhecimento tradicional associado	26
2.3 O status coletivo do conhecimento tradicional associado.....	30
2.4 Breves considerações sobre antecedentes normativos e o escopo da Lei nº 13.123/15	34
3 DAS ISENÇÕES PREVISTAS NOS §§1º E 2º DO ART. 17 DA LEI Nº 13.123/15	41
3.1 A (in) disponibilidade pelo Estado dos conhecimentos tradicionais associados	41
3.2 A proibição do retrocesso em matéria de conhecimentos tradicionais	52
3.3 A (in)constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 17 da Lei nº 13.123/15	57
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país detentor de uma das maiores biodiversidades do planeta que, devido ao seu extenso território, possui de incalculável número de fontes naturais de recursos genéticos para a descoberta de tecnologias. Tal condição sempre atraiu a atenção do setor empresarial que, nos últimos anos, passou a redirecionar sua atuação almejando uma nova forma de produção de riquezas fora do convencional mercado industrial, voltando-se para a exploração de bens imateriais. É nesse complexo cenário da ordem econômica mundial, que o reconhecimento do valor de mercado do chamado Conhecimento Tradicional Associado (CTA) tem ganhado destaque.

O constituinte originário de 1988 identificou o valor da produção cultural do homem e assegurou sua proteção nos arts. 215 e 216 do texto constitucional. Assim, algumas criações artísticas, científicas e tecnológicas foram vistas como fontes reveladoras do modo de criar, fazer e viver de uma determinada comunidade, conquistando o *status* jurídico de uma expressão intelectual protegida pelo art. 5º da CF na ordem dos direitos coletivos.

Nesse cenário, no qual se destaca uma propriedade imaterial, caracterizada pelo reconhecimento de produções intelectuais coletivas resultantes de expressões culturais, a efetiva proteção ao Conhecimento Tradicional associado se mostra como um desafio do ordenamento jurídico brasileiro, visando à criação de normas que assegurem aos seus verdadeiros titulares o acesso às vantagens advindas da exploração desse conhecimento que compõe o patrimônio cultural imaterial de uma comunidade.

A tentativa de se garantir tal tutela culminou na promulgação da Lei nº 13.123/15, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e Conhecimento Tradicional Associado, cujas disposições inseridas no art. 17, §§ 1º e 2º serão objeto de análise e crítica neste trabalho, almejando a compreensão de eventual inconstitucionalidade de seus respectivos conteúdos, a partir do exame da titularidade dos direitos coletivos e sua (in) disponibilidade pelo Estado.

Considerando o exposto acima, o presente trabalho irá apresentar em seu capítulo inicial a teoria dos direitos difusos e coletivos, como uma especial categoria de direitos fundamentais, bem como suas espécies, com vistas à classificar, no capítulo subsequente, o conhecimento tradicional associado à Biodiversidade como uma categoria *sui generis* de direito intelectual, qual seja, um direito intelectual coletivo, inserido dentro da órbita de proteção proclamada pelo Estado no art. 5º da CF.

No segundo capítulo, será apresentado o problema desta pesquisa a partir da análise da titularidade dos direitos difusos e coletivos e com suporte da doutrina dos principais teóricos sobre o tema, como Eliane Pinto Moreira, Nurit Bensusan e Juliana Santilli, criticando a aplicação do sistema de propriedade intelectual, essencialmente individualista, à direitos coletivos. Assim, o capítulo explora a necessidade de criação de um regime *sui generis* para a efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais associados.

No terceiro capítulo será apresentado o valor mercadológico dos saberes culturais produzidos em comunidades tradicionais, visando delimitar a importância da repartição de valores decorrentes da exploração do CTA. Dessa maneira, com amparo dos capítulos anteriores, os quais criaram as bases para a inclusão dos conhecimentos tradicionais no rol de direitos coletivos e, conseqüentemente, de direitos fundamentais coletivos, serão analisadas as isenções previstas no art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.123/15 sob o referencial do princípio da proibição do retrocesso. Ademais, no mesmo capítulo será demonstrada uma possível violação do mencionado princípio, tendo em vista a criação de hipóteses de dispensa de repartição de valores obtidos através da exploração de um direito cujo titular não é o Estado.

Após a apresentação de toda essa construção teórica, o trabalho irá trazer a síntese dos principais argumentos, pretendendo defender a possível inconstitucionalidade material e formal das disposições do mencionado art. 17, §§1º e 2º, da Lei nº 13.123/15.

Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica, será discutido o arcabouço doutrinário necessário para a fundamentação de possível (in) disponibilidade dos

direitos coletivos pelo Estado, com a pretensão de amparar a construção da crítica ao disposto no art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.123/15.

A construção da argumentação será sustentada pelo método dedutivo, através do qual as considerações finais serão resultado lógico decorrente do encadeamento dos argumentos expostos nos capítulos anteriores, partindo do geral para o particular.

É, portanto, com essa metodologia que o trabalho objetiva elaborar a suas considerações finais, utilizando como premissas a definição da natureza jurídica do CTA, sua titularidade e (in) disponibilidade pelo Estado, almejando defender uma possível inconstitucionalidade das disposições efetuadas pelo Estado na Lei nº 13.123/15.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos fundamentais são resultado de um processo cumulativo, a partir dos esforços dos indivíduos em determinado período histórico. São conquistas coletivas que resultam dos anseios individuais e coletivos em determinado momento histórico.

A ampliação dos direitos fundamentais a partir desse processo histórico dificulta a sua própria definição de forma sintética. Tal dificuldade de definição, em alguma medida, decorre da quantidade de expressões existentes para referenciá-los, sendo chamado de: “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais do homem”, dentre outras. (SILVA, 2014, p. 57). Apesar das expressões indicarem características próprias para cada conteúdo, o que se percebe constantemente é a utilização injustificada destas como sinônimos.

Os direitos fundamentais se concebem a partir das lutas, movimentos sociais, tensões políticas, ampliando-se em um processo histórico, gradativo e cumulativo. Nesse processo, a liberdade que antes era a expressão do indivíduo, passa a se projetar em espaços públicos e desse novo homem social emerge a solidariedade, abrindo espaço para o direito à democracia, direito à informação e ao pluralismo. (ROCHA, 1997)

Assim, independente da maneira como são chamados, os direitos fundamentais possuem características em comum, tais como a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Ademais, possuem um caráter de normas positivas constitucionais, a respeito das quais não há qualquer discussão sobre o seu valor jurídico, como explica José Afonso da Silva:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou, mesmo, constam de simples declaração solenemente, estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular. (2014, p. 59)

Se na antiguidade o direito tomava a forma de um direito natural, hoje o direito resulta de uma experiência política e jurídica do homem. À vista disso, as categorias de direitos se ampliam em um processo dinâmico e ascendente, conforme destaca Paulo Bonavides (2011).

Nas palavras da ministra Cármem Lúcia:

Tem-se afirmado ser a passagem dos direitos fundamentais de primeira para os de segunda geração são uma substituição, o que não corresponde à natureza do processo. Os direitos ampliam-se, estendem-se, adicionam-se, adensam-se nos que se seguem e que se põem como plus em relação ao que se tinha anteriormente. Não há antinomia, mas uma relação de complementariedade. (ROCHA, 1997, p.7)

A CF de 1988 inaugura uma fase diferente de enaltecimento dos direitos fundamentais, reconhecendo a categoria de direitos individuais e coletivos na proteção do esculpida em seu Título II. Busca, dessa maneira, inserir uma amplitude de proteção de modo a cumprir com a função de assegurar a máxima efetividade já que “direito não é o que se nega, mas o que se afirma” (ROCHA, 1997, p. 4).

1.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Para a compreensão do tema, a doutrina constitucionalista explica a introdução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico a partir de dimensões¹. Os direitos da primeira dimensão são resultado do pensamento liberal – burguês do século XVIII, sendo direitos de cunho “individualista”, uma vez que foram reconhecidos em um contexto de oposição ao Estado. Nesse sentido, conforme Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (2011, p. 563)

Por outro lado, os direitos da segunda dimensão resultam de problemas sociais que acompanharam o desenvolvimento industrial no decorrer do século XIX.

¹A tendência da doutrina em situar os Direitos Fundamentais em gerações tem perdido espaço para a terminologia “dimensões”. Isso porque o termo geração dá uma ideia de substituição, de que direitos novos substituem os antigos. No entanto, os direitos passam a conviver de forma harmoniosa e simultaneamente, não havendo exclusão (GERA, 2004).

Possuem como elemento diferenciador a ideia de “liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2012, p. 33).

Foi no período pós Segunda Guerra Mundial que esse conjunto de direitos da segunda dimensão foram incorporados nos textos constitucionais e nos pactos internacionais. O que marcou essa dimensão foi a atribuição de um conjunto de obrigações ao Estado, como a função de promoção de bem-estar social. (SARLET, 2012). Outro aspecto que se destaca nos direitos da segunda dimensão refere-se à circunstância de versarem direitos de cunho social.

Inicia-se a noção de direitos culturais, econômicos, ambientais e culturais. Nas palavras de Paulo Bonavides: “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. (2011, p. 564)

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista. (BONAVIDES, 2011, p, 565).

Entretanto, apesar do cunho social que estes assumem, a titularidade desses direitos continua sendo entendida como individual (SARLET, 2012). Tal noção começou a ser modificada com a globalização e com a constatação da existência de um conjunto de direito atribuídos ao gênero humano e não somente a um indivíduo determinado.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão superaram a esfera individual e se apresentam como direitos de titularidade coletiva. São os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à comunicação, à proteção ao patrimônio histórico e cultural. Possuem uma implicação transindividual, cuja titularidade poderá ser indefinida ou ao menos indeterminável (SARLET, 2012).

A terceira dimensão dos direitos fundamentais se assenta na noção de fraternidade e solidariedade, com teor de humanismo e universalidade. São direitos destinados a concretizar direitos de um grupo ou de um determinado Estado. (BONAVIDES, 2011)

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. São direitos destinados a concretizar direitos de um grupo ou de um determinado Estado (SARLET, 2012, p. 34).

Assim, há a desvinculação da titularidade dos direitos baseada na noção do homem-indivíduo, passando-se para direitos com uma implicação transindividual, como o direito à paz, à autodeterminação, ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, dentre outros. (SARLET, 2012)

Importante para a caracterização dos interesses² transindividuais é entender que estes estão inseridos entre o interesse público e o interesse privado, ultrapassando a esfera individual, sem ser configurados como interesse do Estado. Vamos rever essa frase? Desse modo, não é apenas o fato de serem compartilhados que caracteriza essa espécie de direito, mas a possibilidade de tutela coletiva por um processo coletivo único para a defesa destes de uma só vez, de modo a se evitar decisões contraditórias (MAZZILI, 2007).

Para Marise M. Cavalcanti Chamberlain, o surgimento do conceito de interesses transindividuais coincide com a crise da dicotomia entre direito público e privado. Se antes, a doutrina jurídica possuía uma clara distinção entre o público e privado, hoje há organismos que influem nas duas esferas sem pertencer a uma única categoria, tais como Igreja, associações, família, organizações, dentre outras. Assim, esclarece:

Direito público e privado, ou seja, assuntos particulares e públicos perderam em nitidez, exurgindo uma nova classificação sob o signo da subjetividade que marca o modo como o homem se relaciona com seus semelhantes: individualmente ou coletivamente, restando claro que coletivo não significa a mesma coisa que público, mas um terceiro gênero que está inserido entre interesse individual e o geral (CHAMBERLAIN, 2004, p. 39-40).

Nesse contexto, José Afonso da Silva elabora um trabalho de agrupamento dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição em categorias a partir de seu conteúdo e reconhece a existência de direitos

² Não há razões neste trabalho para a diferenciação entre os termos “interesse” e “direito” já que para fins de tutela jurisdicional tal diferenciação não seria necessária, conforme a doutrina de Kazuo Watanabe (1996 apud VIGLIAR, 2013)

fundamentais do “homem-membro de uma coletividade”, os quais a CF denominou de direito coletivos. (SILVA, 2014)

Por fim, conforme ensina Hugo Mazzilli, os direitos transindividuais estão situados em uma categoria intermediária entre o interesse privado e o interesse público, os quais são compartilhados por um grupo de pessoas, podendo ultrapassar a esfera individual, sem constituir um interesse público. (MAZZILLI, 2007)

1.2 As espécies de direitos coletivos

O Título II da Constituição Federal de 1988 uniformizar chamou a atenção sobre o recorte de direitos qualificados como coletivos, como a proteção à fauna, à flora, ao desenvolvimento econômico, aos direitos culturais, dentre outros. Insere, ainda, em seu art. 5º, § 2º, a determinação de um rol exemplificativo desses direitos. Assim, ter uma compreensão diversa “seria o mesmo que estacionar no já superado positivismo normativo”. (CUNHA FILHO, 2000, p. 41)

Apesar de terem sido contemplados no texto constitucional, a tentativa de implementação de uma efetiva proteção coletiva dos direitos expressos na CF teve início com a publicação da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990). Foi a partir desses diplomas normativos que houve a divisão desses direitos coletivos (lato sensu) nas espécies direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. (BARROSO, 2007).

O CDC em seu art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III diferencia três modalidades de interesses transindividuais, quais sejam, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990)

Os direitos difusos são titularizados por grupos de pessoas indetermináveis. Não podem ser confundidos com interesses do Estado, como já mencionado anteriormente, mesmo que os interesses como a proteção ao meio ambiente sejam abrangentes a ponto de coincidirem algumas vezes com os interesses públicos. Isso porque nem todos os interesses compartilhados por um grupo de indivíduos serão compartilhados pelo Estado (MAZZILI, 2007).

A expressão “direito coletivo” foi utilizada pelo constituinte no Título II em sua acepção mais ampla (*lato sensu*), para se referir à direitos de um grupo de pessoas. No entanto, o art. 81, inciso II, do CDC se refere à modalidade de direitos coletivos *stricto sensu*, definido como aquele em que a coletividade está ligada por uma relação jurídica básica comum. (MAZZILLI, 2007)

Explica Marise M. Chamberlain que o fundamento que caracteriza o direito coletivo (*stricto sensu*) é a identidade das pessoas que reunidas em um mesmo grupo, compartilham os mesmos interesses. São pessoas reunidas em sindicatos, partidos políticos, associações, agremiações, por exemplo. Ou seja, há um “núcleo de base, que sobrevive, existe antes do conflito e permanecerá depois dele”.(CHAMBERLAIN, 2004)

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, decorrem de uma origem fática em comum assim como acontece nos interesses difusos. Entretanto, naqueles os titulares são determinados ou, ao menos, determináveis e o direito é divisível, podendo ser sua extensão definida para cada integrante do grupo. Em outras palavras, um eventual processo coletivo cuja pretensão sejam direitos individuais homogêneos, cada integrante do grupo poderá ser favorecido de forma individual. (MAZZILI, 2007)

A divisibilidade do direito é uma marca que distingue os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Conforme explica José Marcelo Vigliar, um interesse é indivisível quando não é possível atribuir a cada detentor a parcela que lhe cabe daquele direito. Assim, é a própria natureza do direito que não comporta uma divisão e, por esta razão, só poderá ser tutelado na modalidade coletiva. (VIGLIAR, 2013)

Dessa maneira, o direito individual homogêneo possui uma origem comum da qual emanam diversas pretensões indenizatórias a cada um dos indivíduos. Em uma eventual ação, haveria duas fases: na primeira, se buscaria uma declaração do dever de indenizar, já na segunda haveria a habilitação dos beneficiados, à título individual, para proceder à liquidação da sentença que já reconheceu um direito no âmbito coletivo. (BENJAMIN, 2016)

Ao contrário, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são transindividuais e indivisíveis, não podendo ser usufruídos de forma individual, tampouco serão objeto de disposição por qualquer um de seus titulares. Já no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, temos uma categoria resultante de uma conveniência legislativa e não da natureza do direito protegido, que é individual e passível de disposição. (BARROSO, 2007)

Segundo Teori Zavascki, os direitos individuais homogêneos assumem a roupagem de direito coletivo, sendo que esta característica de “coletivo” diz respeito somente à forma que podem ser tutelados. São por natureza direitos individuais, mas sob o aspecto processual podem ser considerados “acidentalmente coletivos”. (ZAVASCKI, 2014)

1.3 Os direitos culturais como direitos fundamentais coletivos

O §2º, do art. 5º, da CF contempla uma abertura do campo dos direitos fundamentais fora do Título II, sendo que são incluídos neste rol os direitos decorrentes do regime democrático, dos princípios constitucionais, bem como de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. (SILVA, 2014)

A partir da ressalva de que os direitos fundamentais não se limitam às disposições do art. 5º da Constituição Federal, inserido no rol das garantias individuais e coletivas há os “direitos culturais”, para os quais o constituinte originário conferiu o *status* de direito fundamental. Nas palavras de Francisco Humberto Cunha Filho:

[...] no corpo de toda a Constituição espalham-se direitos culturais que, pelo conteúdo, nenhum intérprete, com o mínimo de sensibilidade, pode negar-lhes o *status* de fundamental. Isto porque referem-se a aspectos subjetivos de importância capital, por vezes

de individualidades, por vezes de grupo e também de toda a Nação [...]. (CUNHA FILHO, 2000, p. 42)

Tendo em vista as diversas acepções que o termo “cultura” pode assumir, é importante entender o conceito a partir da definição adotada desde 1982 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), na Conferência Mundial sobre Políticas Culturais em Mondiacult: “Cada cultura representa um conjunto de valores únicos e insubstituíveis, já que as tradições e formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais exitosa de estar presente no mundo”.³ (UNESCO, 1982, p.43)

Na mesma conferência em Mondiacult, há a definição de patrimônio cultural de um povo, sendo reconhecida a existência de patrimônio imaterial:

O patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas, surgidas da alma popular, e o conjunto de valores que dão um sentido para a vida. Ou seja, as obras materiais e imateriais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a literatura, as obras de artes e os arquivos e bibliotecas.⁴ (UNESCO, 1982, p. 45)

As previsões no texto constitucional de proteção à manifestação cultural são resultado de mobilização de setores liderados por artistas, comunidades indígenas, quilombolas, e outros grupos que reivindicavam proteção à sua atividade criativa, expressão de sua própria história. O art. 216, da CF contempla uma definição do que se considera o patrimônio cultural de um povo:

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;

³ Tradução livre da versão em espanhol: “Cada cultura representa un conjunto de valores único e ireemplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada Pueblo constituyen su manera más lograda de estar presente en el mundo.”

⁴ Tradução livre da versão em espanhol: “El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, a arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan um sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que epxresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas”.

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.
 (BRASIL, 1988)

Considerando o próprio texto constitucional, o patrimônio cultural de um povo poderá se revelar como uma atividade intelectual (imaterial) típica de determinada comunidade, podendo ter sua titularidade difundida através de gerações e entre indivíduos indetermináveis, “tomados em conjunto”.

José Humberto Cunha Filho entende que a definição conferida pela CF sigla ao patrimônio cultural serve também para a definição dos direitos culturais. Mas, mesmo assim, elabora uma definição jurídica para o tema:

Direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (CUNHA FILHO, 2000, p. 30).

Destaca-se no conceito acima a existência de um direito cultural cuja presença no lapso temporal não é explícita, como a produção intelectual de um povo que são resultado de um acúmulo de conhecimento que independem de qualquer referência pretérita (CUNHA FILHO, 2000). Essa característica de ancestralidade é uma marca dos CTA's que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Nesse tema, são identificados princípios que regem o ordenamento cultural brasileiro que, segundo José Humberto Cunha Filho (2000), decorrem de uma interpretação sistemática da Constituição, quais sejam, (i) princípio do pluralismo cultural; (ii) princípio da participação popular; (iii) princípio da atuação estatal como suporte logístico; e (iv) princípio do respeito à memória coletiva.

O princípio do pluralismo cultural refere-se à possibilidade de um conjunto de expressões culturais simultâneas, sem que uma manifestação tenha *status* de superioridade em relação à outra. É, em suma, decorrência lógica do Estado Democrático de Direito que deve garantir as condições para a “convivência dos diferentes”. (CUNHA FILHO, 2000)

O princípio da participação popular molda-se na “colaboração da comunidade”, na presença de Conselhos de Cultura, seja em nível individual ou coletivo, ou ainda quando há expressa previsão constitucional da oitiva da população, como a previsão do art. 18, §§3º e 4º da Constituição Federal. (CUNHA FILHO, 2000)

O princípio da atuação estatal como suporte de logística delinea que o Estado não é o realizador das manifestações culturais, devendo ter uma atuação apenas de suporte. Ou seja, a democracia impõe que a produção cultural pertença à sociedade e aos indivíduos, não podendo o Estado ser o realizador ou controlador dessas atividades. Apesar de ser essa uma conclusão que decorre da análise de dispositivos constitucionais como art. 215, § 1º e art. 216, § 2º, Francisco Humberto da Cunha (2000) levanta a crítica de que alguns governos ainda insistem em serem “fazedores de cultura”, por meio de secretarias e departamentos.

O princípio do respeito à memória coletiva, por sua vez, determina que as atividades estatais não podem negligenciar os valores da memória coletiva. Isso significa que o Estado deverá promover a proteção, o registro, a preservação e um conjunto de punições para danos contra o patrimônio cultural. (CUNHA FILHO, 2000)

Portanto, como os elementos descritos neste tópico, é preciso entender os CTA’s como direitos culturais inseridos no rol de direitos fundamentais, a partir da determinação do §2º, do art. 5º, da CF com reconhecimento do Estado como um suporte para a promoção deste direito fundamental e não como um detentor destes. Isto porque, o Estado não produz atividade cultural e estas são titularizadas pelos respectivos povos que a reproduzem ao longo de gerações, como será apresentado no capítulo seguinte.

2 O CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO COMO UM DIREITO INTELECTUAL COLETIVO NA LEI N° 13.123/15

2.1 Comunidades tradicionais

O multiculturalismo inaugurado pela CF ampliou a proteção à grupos sociais a fim de garantir a continuidade de sua expressão cultural. Como menciona José Afonso da Silva (2014), a CF se refere às “culturas populares” com o objetivo de indicar que não existe uma unidade de manifestação, mas expressões culturais de várias camadas do povo. Por vezes, essas manifestações se materializam em práticas mantidas por comunidades tradicionais, produzidas de forma coletiva sem origem histórica definida.

A ideia de comunidade passa pela noção de um espaço geográfico social onde se vive e onde se produz identidade social. Mas, esse conceito deve ser entendido ultrapassando essa noção territorial, sendo compreendido como uma relação interpessoal, consensual a qual os indivíduos pertencem por livre escolha ou por herança (BRANDÃO, 2017).

Eunice Durhan explica que: “Além de designar um agregado humano, ‘comunidade’ também se refere a um processo de interação social que dá origem a atitudes e práticas de colaboração, cooperação e uniformização”. (2004, p. 222 apud BRANDÃO, 2017)

Da noção de comunidade, chega-se ao entendimento de comunidade tradicional. Tomando um referencial histórico, a comunidade tradicional pode ser identificada como aquela reunião de indivíduos que “ali estavam quando outros grupos humanos, populares ou não, ali chegaram e ali se estabeleceram” (BRANDÃO, 2017)⁵.

Um estudo realizado por Diegues e Arruda (2000) em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente resultou no elenco de alguns indicadores necessários para qualificar uma comunidade como tradicional. A listagem deste trabalho inclui características como: (i) dependência da relação de simbiose entre a natureza e a construção do modo de vida; (ii) noção de espaço e território onde o social se

⁵ Citação retirada de livro em formato digital (ePub) sem a indicação de páginas.

reproduz; (iii) ocupação do território por várias gerações, (iv) importância das atividades de subsistência, (v) autoidentificação por pertencer a uma cultura distinta; (vi) importância de simbologias; (vii) conhecimento aprofundado da natureza, bem como de seus ciclos; (viii) utilização de tecnologia simples; (ix) importância dada a unidade familiar; (x) baixa acumulação de capital, dentre outras. (DIEGUES, 2000)

Um indicador para o reconhecimento de uma comunidade tradicional é a chamada “cultura de memória” consistente no autoreconhecimento de pertencimento à uma relação de parentesco ou ancestralidade fundadoras de uma localidade. Nestas há a crença de uma ocupação territorial por uma comunidade original que, por meio do trabalho produtivo de ancestrais fundadores, ali se estabeleceram, formando uma identidade de pertencimento a esse lugar. (BRANDÃO, 2017)

Entretanto, para a própria identificação desses povos, deve-se ressaltar que o centro de seu conceito é deslocado de uma concepção da ideia de antiguidade/ancestralidade para a importância de suas formas de manejo do ambiente, seus saberes, suas práticas, sua unidade interna e sua identidade cultural. Diegues (2000) sintetiza o conceito de comunidade tradicional:

[...] grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Essa noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos. (DIEGUES, 2000, p. 22)

As comunidades tradicionais criam espaços de vida e atribuem a eles significados e um conjunto de simbologia que permeiam o cotidiano dos indivíduos, criando entre eles um sistema próprio de socialização. Formam, assim, um sistema singular de integração, preservando relações com outras comunidades com semelhanças culturais. (BRANDÃO, 2017)

O elemento cultural torna-se expressivo quando considera que as comunidades tradicionais se reconhecem como construtoras de cultura por conta própria. O sentimento de pertencimento ao corpo social é marcado pela ideia de uma cultura produzida pela comunidade e transmitida pelas gerações. Nesse sentido explica Carlos Rodrigues Brandão:

[...] um complexo de reprodução/transmissão de saberes e de práticas ocorreu no passado e segue acontecendo entre diferentes alternativas e momentos propícios. O que sempre foi daqui e o que veio de fora e está chegando aqui quase sempre configura sistemas são não excludentes de saber-viver, saber-pensar e saber-agir e saber-fazer. Na verdade, quase tudo o que acontece consolida-se e se transforma nesse campo, chega, existe e muda por diferentes processos de um múltiplo e diferenciado lidar pessoal e coletivo entre diferentes dimensões de uma mesma cultura e entre culturas diversas (BRANDÃO, 2017)⁶.

Hoje, há a tendência de substituição da terminologia “tradicional” por palavras mais específicas como: comunidade agrícola, comunidade rural, comunidade sertaneja, comunidade quilombola, comunidade indígena, dentre outras. Isso acontece porque, por muitas vezes, a generalidade do conceito de tradicional pode gerar uma noção de residual, parado no tempo ou de algo que não evolui (BRANDÃO, 2017).

Todo esse conjunto de características e indicadores são mantidos pelas comunidades tradicionais desde os tempos mais remotos. No entanto, algumas características são típicas da atualidade, tais como: (i) união para proclamação de direitos; (ii) cobrança do poder público e de Organizações Não-Governamentais (ONG’s) de promessas e parcerias; (iii) inserção em regiões econômica menos periféricas de mercado de bens; e (iv) redefinição como agentes de sustentabilidade (BRANDÃO, 2017).

Atualmente o CTA integra o desenvolvimento econômico de um país, visto que é um importante instrumento para o desenvolvimento de novas tecnologias, conforme explica Cunha Filho:

[...] populações tradicionais não estão mais fora da economia central, nem mais simplesmente na periferia do sistema mundial. As populações tradicionais e suas organizações não tratam apenas com fazendeiros, madeireiros, garimpeiros. Elas tornaram-se parceiras de instituições centrais como as Nações Unidas, o Banco Mundial e as poderosas ONGs do “primeiro mundo.” (Cunha Filho, 2009, p. 289 apud BRANDÃO, 2017)

A compreensão do conceito de “comunidade tradicional” depende de pesquisa social e a interpretação dos dispositivos judiciais que lhes dizem respeito se sujeitam à conhecimento antropológico sobre a matéria. Entretanto, é certo que

⁶ Citação retirada de livro em formato digital (epub) sem indicação de página

valores culturais são constitucionalmente protegidos e o legislador infraconstitucional já demonstrou preocupação em garantir condições às comunidades tradicionais para a sua reprodução cultural, a evidenciar a importância desse assunto nas diferentes esferas de poder e na sociedade em geral. (SANTILLI, 2005)

O Decreto nº 6.040/2007 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais e adotou em seu art. 3º, inc. I, a seguinte definição, agora oficial e institucionalizada, de comunidade tradicional.

Art. 3º

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; [...]. (BRASIL, 2007)

No entanto, pode-se afirmar que o reconhecimento oficial dessas comunidades é anterior ao mencionado Decreto, pois a constatação de utilização dos CTA's no mercado para o desenvolvimento de biotecnologia resultou na assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 2.519, de 16 de março de 1998, que fixou em suas disposições o valor econômico e o direito destes povos sobre seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Nos termos art. 8º, inciso "j" do CDB foram fixados alguns objetivos como a preservação, a manutenção e a repartição equitativa de valores aos detentores de conhecimento tradicional:

Art.8º, inciso "j"

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

É dizer, se por muito tempo o conceito de comunidade tradicional esteve atrelado à ideia de comunidades isoladas, posta à margem da sociedade, hoje não

se pode entender como grupos de indivíduos fora do mercado e do desenvolvimento econômico (BRANDÃO, 2017).

2.2 O conhecimento tradicional associado

Entre o final do século XX e início do século XXI, evidenciou-se uma ampliação de interesse pelos conhecimentos sobre recursos naturais e passou-se a buscar nos saberes produzidos pelas comunidades tradicionais o desenvolvimento de novas tecnologias. Estas comunidades que há muito tempo habitam determinado território, possuem conhecimentos sobre propriedades de plantas, manejo de animais, dentre outros conhecimentos relacionados à seres vivos, denominados conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, que são fonte de inovação para ciência e indústria (BENSUSAN, 2017).

Foi a partir da assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica (1992, Rio de Janeiro) que se estabeleceu a autoridade e a soberania dos países para determinar a regulamentação de acesso aos seus próprios recursos genéticos⁷ e conhecimentos tradicionais. Se antes o acesso à biodiversidade entre os países era livre, já que esta é considerada patrimônio da humanidade, esse cenário se modificou com o avanço das patentes sobre produtos e processos de acesso à recursos genéticos (SANTILLI, 2017).

A biodiversidade está concentrada em países em desenvolvimento como Brasil, México, China, Indonésia, Quênia, Peru, Venezuela, Equador, Índia, Costa Rica e África do Sul que juntos detêm mais de 70% (setenta por cento) da biodiversidade do planeta. Apesar desse quadro, 90% (noventa por cento) das patentes sobre biotecnologia pertencem aos Estados Unidos, Japão e países europeus (SANTILLI, 2017), países que se valem do uso dos CTA's para o aumento da eficiência para o desenvolvimento de medicamentos ou outras tecnologias, como a invenção da água tônica e refrigerante de quinino, derivados da quinina. (CASTRO, 2016)

⁷ Será adotada para fins deste trabalho a definição de recursos genéticos como "Material genético de valor real ou potencial" segundo definição do art. 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Tendo como base essas considerações a respeito de recursos genéticos, o aspecto enfatizado no presente trabalho é o reconhecimento dos direitos de comunidades tradicionais sobre os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético⁸. Trata-se, como já citado, de inovações práticas e conhecimentos úteis dessas comunidades para a preservação da terra, e técnicas de cultivo, extração, rotação de culturas, dentre outras.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization- WIPO*) adota a seguinte definição para conhecimento tradicional:

Conhecimento tradicional é o conhecimento, *Know How*, habilidades e práticas que são desenvolvidas, sustentadas e transmitidas de geração em geração dentro de uma comunidade, muitas vezes formando parte de sua identidade cultural ou espiritual. (WIPO, 2015)

Da mesma forma quando se conceituou “comunidade tradicional”, importa destacar que o termo “tradicional” associado ao conhecimento de uma comunidade não está relacionado com antiguidade ou algo inerte, mas algo vital e dinâmico dentro de uma comunidade. “É a relação com a comunidade que faz com que o conhecimento ou expressão seja tradicional”.⁹ (WIPO, 2015)

La Corporación Andina de Fomento (CAF) e La Secretaría General de La Comunidad Andina (SGCAN), em parceria, elaboraram uma cartilha para o embasamento das discussões a respeito dos conhecimentos tradicionais, na qual consta que:

O conhecimento, as inovações e as práticas tradicionais são todos aqueles saberes que os povos indígenas possuem sobre relacionamentos e práticas com seu entorno e que são transmitidos de geração em geração, geralmente de maneira oral. Estes saberes são intangíveis e integrais para todos os conhecimentos e práticas ancestrais, por constituírem o patrimônio intelectual coletivo dos povos indígenas e fazem parte dos direitos fundamentais.¹⁰ (DE LA CRUZ et al, 2005, p. 8)

⁸ Lei 13.123/15, art. 2º, inciso 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”.

⁹ Tradução livre da versão em inglês: “it is the relationship with the community that makes knowledge or expressions “tradicional”.

¹⁰ Tradução livre da versão em espanhol: “Los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales son todos aquellos saberes que poseen los pueblos indígenas sobre las relaciones y practicas con su entorno y son transmitidos de generaciun en generaciun, habitualmente de manera oral. Estos

A Lei nº 13.123/15, marco legal brasileiro sobre os CTA's define conhecimento tradicional associado em seu art. 2º, inc.II, como: "informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético".

O CTA poderá ter uma utilização somente direcionada às necessidades da comunidade. No entanto, por vezes, essa utilização poderá se revelar como um recurso de biotecnologia, sendo utilizado indiretamente por setores de tecnologia que se interessam por esse conhecimento (SANTILLI, 2005). Como exemplo, Juliana Santilli relata:

Um povo indígena usa espigas de milho multicoloridas para produzir adornos e enfeites, e essa característica fenotípica do milho selecionado por esse povo dá indicações claras sobre certas propriedades genéticas suas, que o tornam particularmente atraentes para pesquisas genéticas. (SANTILLI, 2005, p. 196)

Um caso ilustrativo do tema é o caso do cupuaçu. Em 1998, a empresa japonesa *Asashi Foods* patenteou o processo de extração do óleo do cupuaçu para a produção de chocolate em desrespeito aos conhecimentos tradicionais do povo Tikuna, que utilizava o óleo extraído da semente para curar dores abdominais. Além disso, houve o registro da marca "Cupuaçu International Inc.", que foi revogada após impugnação do Instituto Dos Direitos do Comércio Internacional e Desenvolvimento e a ONG Amazonlink (CARVALHO; PÉRES, 2014).

Esses exemplos evidenciam que a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade pode ocorrer com amparo em direitos de propriedade intelectual como a patente¹¹. É o caso, por exemplo, da aspirina que deriva da casca do salgueiro e da toxina *d-tubocurarina* utilizada como relaxante muscular, extraído do veneno *curare* que era utilizado pelos índios em flechas para imobilização das caças. (CASTRO, 2016)

saberes son intangibles e integrales a todos los conocimientos y practicas ancestrales, por lo que constituyen el patrimonio intelectual colectivo de los pueblos indígenas y hacen parte de los derechos fundamentales."

¹¹ Conforme definição da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (2001, p. 37): A patente é um direito exclusivo por uma invenção, sendo produção ou processo que oferece uma nova solução técnica pra um problema. Tradução livre da versão em inglês: "A patent is an exclusive right garanted for an invention, being a produt or process that offers a new technical solution to a problem."

Outro caso envolve o jaborandi, cujo uso para a fabricação de colírios de pilocarpina (*Pilocarpus spp*)¹² já eram utilizados pelos índios até a descoberta dos benefícios desta substância para o tratamento de glaucoma. Entretanto, a patente para a fabricação dos colírios foi registrada em 1991 pela multinacional alemã Merck. Assim, nenhum benefício que resulte da exploração desta substância é revertido em favor da comunidade tradicional que já conhecia alguns dos efeitos das folhas de jaborandi, como o aumento de suor e salivação. (MARIUZZO, 2013)

Assim, para evitar que o CTA seja indevidamente apropriado, busca-se um regime, no qual “não se fala em direitos de propriedade intelectual, mas em direitos intelectuais coletivos”. (IADEROZZA, 2017, p. 248)

A proteção à comunidade tradicional envolve a proteção aos componentes tangíveis e intangíveis, como as terras, os objetos e o conhecimento construídos pelos indivíduos em grupo. Deve-se ressaltar, ainda, o reconhecimento do direito de usufruto aos índios sobre os recursos naturais, genéticos e culturais que se encontram em seus territórios, conforme previsão dos §§ 2º e 3º do art. 231 da CF (BRASIL, 1998):

Art. 231

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

§ 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.

A CF, portanto, exige o consentimento prévio das comunidades indígenas para o acesso aos recursos genéticos que se encontram em seu território. Da mesma forma, o art. 15 do CDB estabelece que o acesso a recursos genéticos estará “sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte”. (CDB, 1982)

Os princípios norteadores do CDB são o consentimento prévio informado e a repartição justa de benefícios entre as empresas de biotecnologia e os detentores do

¹² Substância importante para a contração da pupila (MARIUZZO, 2013)

CTA. Segundo Vandana Shiva (2001), 75% dos ativos medicinais resultam de componentes identificados a partir de conhecimentos tradicionais, sendo que há um aumento em 400% do reconhecimento de propriedades medicinais em plantas a partir desses conhecimentos.

Para o reconhecimento do direito da comunidade tradicional em ter benefícios em troca da utilização de seu conhecimento, é preciso analisar a natureza coletiva do CTA, bem como suas consequências.

2.3 O status coletivo do conhecimento tradicional associado

O reconhecimento às comunidades tradicionais de direitos intelectuais coletivos sobre seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, implica que o acesso à tal conhecimento se sujeita à consentimento prévio informado e à repartição justa de benefícios. (SANTILLI, 2005)

O problema é que o tradicional sistema de patentes permite que empresas se apropriem desse conhecimento sem qualquer proteção às comunidades tradicionais (SANTILLI, 2005). Pelo sistema de patentes, o Estado confere ao titular o direito de exploração da tecnologia por um tempo determinado como forma de incentivo para a exploração do invento. (BARBOSA, 2010)

O problema é que essa exclusividade por vezes esconde elementos que foram obtidos de maneira irregular para se alcançar a tecnologia. No entendimento de Laderozza:

Estamos nos referindo a uma situação em que as patentes dão direito à apropriação privada desse conhecimento, e uso exclusivo do produto que ele proporcionar, ou ainda, é exigir um direito de monopólio sobre algo que foi gerado e acumulado ancestralmente, sem que, em momento algum, fosse utilizado visando algum benefício particular; o benefício, para essas comunidades, é coletivo, nunca particular. O que as patentes proporcionam, porém, é a privatização desses conhecimentos. (IADEROZZA, 2015, p. 229)

Pelo sistema de patentes, somente as invenções com aplicações industriais que recebem a proteção. Ou seja, a criação deve ser técnica, não podendo ser uma criação abstrata como ideias (BARBOSA, 2010). A questão é que nem sempre os conhecimentos tradicionais possuem uma aplicação industrial direta, mas são

elementos essenciais para desenvolver produtos que tenham tal aplicação (SANTILLI, 2005).

Dessa maneira, as patentes são insuficientes para uma efetiva proteção dos sistemas de conhecimento (SHIVA, 2001). Isso porque a patente, como um direito de propriedade intelectual, descaracteriza o próprio processo de formação dos CTA's, que são construídos de forma coletiva. A ideia de propriedade destaca um indivíduo que tenha as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver e tal noção não leva em consideração o livre intercâmbio de ideias dos CTA's, que sequer possuem um marco temporal definido (SANTILLI, 2005) e, ainda, só fazem sentido quando protegidos como um direito coletivo.

Os processos inventivos e criativos de tais populações são, por essência, coletivos, e a utilização das informações, ideias e recursos gerados com base em tais processos é amplamente compartilhada; portanto, a concepção de um direito de propriedade – pertencente a um indivíduo ou a alguns indivíduos determinados – é estranha e contrária aos próprios valores e concepções que regem a vida coletiva em tais sociedades. **Por tal razão é que se defende a adoção do conceito de “direitos intelectuais coletivos”** (ou comunitários”, para excluir a propriedade, em virtude do seu caráter exclusivista, monopolístico e individualista. (SANTILLI, 2005, p. 211-213) (*grifo nosso*)

Juliana Santilli (2005) defende a criação de um regime jurídico de proteção *sui generis* aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e elenca alguns elementos que devem ser considerados para formulação desse sistema, tais como: (i) a proteção dos componentes tangíveis e intangíveis dessas comunidades devem estar conectados com normas que assegurem seus direitos culturais e econômicos; (ii) a proteção da integridade intelectual e cultural ligados ao conhecimento tradicional devem sempre nortear as normas de proteção; (iii) a simples transformação dos conhecimentos em mercadoria foge do controle do ordenamento jurídico, por isso, normas deveriam ser apenas uma parte de um amplo rol de políticas públicas destinadas a garantir os direitos das comunidades.

Nessa perspectiva, Eliane Moreira (2006) aponta que diante dos problemas reais que a proteção por patentes conferem aos conhecimentos tradicionais, é imperioso verificar em qual enquadramento de proteção estes deveriam ser inseridos. Uma possibilidade seria classificá-los como “direito de propriedade intelectual coletivo ou *sui generis*”, que iria destacar a origem coletiva desse

conjunto de saberes. O problema, entretanto, é que esta classificação esbarraria em elementos essenciais para o conceito de “propriedade”, como a exclusividade.

Outra opção seria enquadrar o conhecimento tradicional em uma categoria diferente da propriedade intelectual, reconhecendo-os como direitos intelectuais coletivos ou direitos intelectuais *sui generis*. Nesse diapasão, Eliane Moreira (2006) elenca algumas razões de tal diferenciação e indica motivos para a adoção de um regime *sui generis*, tais como: (i) inadequação do sistema patentário para proteger direitos coletivos; (ii) a ausência do requisito “novidade”, tendo em vista que o conhecimento é transmitido através de gerações e (iii) dificuldade em se reconhecer a autoria. (MOREIRA, 2006)

A inclusão do CTA na categoria de direitos coletivos ressalta sua titularidade coletiva pelas comunidades tradicionais. “Pretender atribuir a titularidade dos direitos sobre determinado conhecimento, inovação ou prática a um indivíduo, ou mesmo a um grupo de indivíduos, é subverter a forma como estes são gerados”. (SANTILLI, 2005, p. 222)

O CTA demanda medidas que assegurem sua proteção e permitam às comunidades tradicionais assumirem o controle e destino de suas criações, além de participarem dos benefícios de advêm destas. Exige-se, portanto, um sistema diferente que deverá proteger direitos coletivos, um regime *sui generis* que inclua o caráter intelectual coletivo dos conhecimentos tradicionais. (DE LA CRUZ, 2005)

Existe um movimento ecológico popular que visa à recuperação e proteção da biodiversidade comunitária através da exigência de sistemas de propriedade coletiva no que diz respeito à propriedade e uso da biodiversidade. Insere-se nesse movimento, o conceito de direitos intelectuais coletivos que foi utilizado pela primeira vez em 15 de agosto de 1993, na Índia, quando lavradores declararam que seus direitos eram protegidos pelo *Samuhik Gyan Sanad* – direitos intelectuais coletivos. (SHIVA, 2001)

A noção de direitos intelectuais coletivos tem sido utilizada como uma categoria estritamente vinculada à biodiversidade. Porém, é necessário transcender esta percepção e compreender que o conceito abrange todos os direitos dos povos tradicionais relativos ao sistema de saberes, inclusive àqueles associados à biodiversidade (MOREIRA, 2017b, p.4).

A análise do reconhecimento da titularidade coletiva dos CTA's ao patrimônio genético, objeto central desse trabalho, já foi fixado pelo §1º do art. 10 da Lei nº 13.123/15 nos seguintes termos:

§ 1º Para os fins desta Lei, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético será considerado de natureza coletiva, ainda que apenas um indivíduo de população indígena ou de comunidade tradicional o detenha. (BRASIL, 2015)

Assim, já está positivado o reconhecimento da titularidade coletiva desses conhecimentos. Destaca-se no parágrafo citado que ainda que dentro de uma comunidade somente determinados grupos mais especializados detenham o conhecimento, não se pode retirar desses conhecimentos o seu pertencimento a coletividade. Em outras palavras, ainda que um indivíduo detenha determinado conhecimento, não há como descaracterizar a sua origem coletiva.

Da mesma maneira, os conhecimentos tradicionais podem até transcender uma comunidade e serem compartilhados por um conjunto de grupos indígenas, quilombolas e outras comunidades. São direitos coletivos, que a depender da situação, poderão se revelar como direitos coletivos difusos, estrito senso e ainda como direitos individuais homogêneos. Conforme ensina Nelson Nery Junior (2001, p. 922): “Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais [...] o tipo de pretensão é que classifica um interesse ou direito como difuso, coletivo ou individual”.

Portanto, os conhecimentos tradicionais devem ser vistos em uma nova esfera de direitos coletivos referentes à cultura, tratados como direitos difusos *lato sensu*, que a depender da situação irão se apresentar como direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Nesse sentido, afirma Eliane Moreira:

O nó górdio de tal distinção dependerá da forma de sua detenção pelos povos. Serão difusos os conhecimentos tradicionais cujos titulares sejam indeterminados; coletivos, em sentido estrito, aqueles que pertençam a um grupo cujos interesses sejam indivisíveis; e, individuais homogêneos, aqueles cujos titulares sejam perfeitamente definidos e que possuam interesses divisíveis. (MOREIRA, 2017b, p. 6)

Um dos problemas centrais de debate em torno dos conhecimentos tradicionais diz respeito aos seus titulares, pois a efetividade da tutela desses direitos envolve também a definição de seus detentores. O que existe é um consenso de que a proteção desse conhecimento deve beneficiar principalmente os povos indígenas e comunidades locais que o desenvolvem e os repassam através de gerações (WIPO, 2001).

O conceito de “coletivo” não deve ser restringido à somente uma comunidade, devendo-se estender à várias comunidades que detêm tal conhecimento. Dessa maneira, “ se estará rompendo com a titularidade ou cotitularidade individual de direitos, e reconhecendo os povos tradicionais como sujeitos coletivos de direitos, o que melhor traduz a sua realidade cultural” (SANTILLI, 2005, p. 224).

O reconhecimento do caráter coletivo dos CTA’s implica em confirmar que os povos de comunidades tradicionais são sujeitos de direitos intelectuais coletivos com um conjunto de saberes construídos ancestralmente. Essa condição “rompe com o caráter individualista de toda a estrutura jurídica convencional que se limita a prever a titularidade ou cotitularidade individual de direitos” (IADEROZZA, 2015, p. 248).

Segundo ensinamento de Juliana Santilli (2005), a titularidade coletiva dos CTA’s deve abarcar tanto os direitos morais e os direitos patrimoniais das comunidades. Os direitos morais implicariam na possibilidade de oposição destas ao acesso à suas práticas. Já a esfera patrimonial conferiria a essas comunidades a possibilidade de obter benefícios decorrentes de seus conhecimentos.

Por esta razão, é necessária a criação de um sistema efetivo de repartição de benefícios decorrentes da exploração de tais conhecimentos, resultado da relação coletiva entre indivíduos e a natureza.

2.4 Breves considerações sobre antecedentes normativos e o escopo da Lei nº 13.123/15

O aumento da competição no campo tecnológico levou tanto países desenvolvidos como países subdesenvolvidos a perceberem a necessidade de

proteção à diversidade biológica na área de desenvolvimento da biotecnologia. Entretanto, essa valorização não veio acompanhada do reconhecimento dos sistemas tradicionais que passam a ser explorados por indústrias sob o manto de proteção conferido pelas patentes. (SHIVA, 2001)

A exploração da criatividade de outras culturas por empresas com o intuito de ganho comercial é um cenário antigo. “No coração da “descoberta” de Colombo estava o tratamento da pirataria como um direito natural do colonizador, necessário para a salvação do colonizado. [...] A biopirataria é a “descoberta de Colombo 500 anos depois de Colombo”. (SHIVA, 2001, p. 27)

O desenvolvimento do setor cultural passa a ser visto fora da esfera do supérfluo, com atenção para algo que influencia o desenvolvimento da vida coletiva. Nas palavras de Francisco Humberto Cunha Filho: “o aparentemente supérfluo é imprescindível à obtenção permanente daquilo que se tem por essencial.” (2000, p. 72)

Nesse sentido, a cultura vista como consumidora de recursos que poderiam ser utilizados em outros setores não se compatibiliza com a ordem econômica que se instaura no pós segunda guerra (CUNHA FILHO, 2000). O que se tem é uma valorização da diversidade cultural, inclusive como instrumento de desenvolvimento econômico para um país.

Esse processo foi acompanhado de uma autodeterminação dos povos tradicionais que buscavam maior reconhecimento às suas produções culturais, conforme explica Terence Turner:

Um importante aspecto desse processo foi o desenvolvimento da auto-consciência cultural e da consciência étnica. Cada vez mais os povos tradicionais e a manutenção de suas instituições sociais e ritos tradicionais como parte integral de recursos e poderes de auto-determinação. (TURNER, 1987, p. 69)

Rodrigo Vieira Costa (2017) explica que durante mais de 15 (quinze) anos se defendeu a ideia de que o registro do patrimônio cultural imaterial (PCI) no IPHAN produziria efeitos de declarar os bens culturais em “Patrimônio Cultural do Brasil”, sem garantir qualquer espécie de direito para as comunidades tradicionais.

É relevante mencionar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Embargos Infringentes nº 70005218722, a qual ilustra o cenário de classificação das ideias indígenas como domínio público.

Tratava-se de uma disputa judicial entre a *designer* de joias, Maria Bernadete Conte contra a empresa H.Stern, na qual a primeira acusava a mencionada empresa de plágio de modelos de joias que teriam sido inspiradas em artesanatos indígenas (COSTA, 2017). De acordo com os desembargadores julgadores, teria havido no máximo uma inspiração em ideias de domínio público. Dessa forma, destaca-se que não houve qualquer reconhecimento aos índios da titularidade de sua produção cultural, como ilustra trecho do voto da Desembargadora Relatora Maria Larsen Chechi:

Destarte, se é rigorosamente certo dizer que ambas as partes acessaram um acervo de domínio público para a criação de suas coleções de jóias, também tanto a autora como a ré se valeram da estrutura da arte indígena e desenvolveram o tema em estilos diferentes, produzindo resultados finais estéticos também diferentes, sem nenhuma identidade de estruturação na escolha dos referenciais. (RIO GRANDE DO SUL, 2014, p. 12)

Essa noção foi reafirmada em parecer do IPHAN para o qual a titularização de “Patrimônio Cultural Imaterial brasileiro” seria apenas o reconhecimento de um direito difuso de toda sociedade ao patrimônio cultural. Assim, o registro teria o mérito de apenas reconhecer a valorização da cultura, “negando o alcance redistributivo de direitos e garantias materiais” em favor da comunidade que criou o conhecimento. (COSTA, 2017)

Diante desse cenário, considera-se que o registro teve o mérito de trazer uma proteção ao patrimônio cultural, nas palavras de Rodrigo Vieira, “trouxe impactos e transformações, advindos da valorização e sustentabilidade frente às investidas de apropriação e às demandas do mercado” (COSTA, 2017, p. 364). Contudo, esse mecanismo de registro do patrimônio imaterial não foi o suficiente para que se cumprisse com a função de proteção aos direitos coletivos de comunidades tradicionais.

O reconhecimento de direitos para a proteção de CTA às comunidades tradicionais é resultado de uma história de luta desses povos para o reconhecimento

de seus elementos culturais. É, ainda, resultante de um paradigma no cenário mundial, qual seja, a ideia de que essa luta atenda às perspectivas de um desenvolvimento sustentável. (MOREIRA, 2006)

A preocupação com o desenvolvimento sustentável no cenário internacional reuniu vários Estados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, ocasião em que foi firmada a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Esta constitui o principal instrumento normativo destinado à proteção da biodiversidade e à repartição justa e equitativa de valores derivados da utilização de tal biodiversidade.

Assim, a CDB foi a primeira convenção que reconheceu os conhecimentos e práticas tradicionais como importantes para o uso sustentável e a repartição de benefícios como fonte geradora de recursos para conservação da própria biodiversidade. (BENSUSAN, 2017)

A partir do CDB qualquer empresa ou instituição que tivesse interesse em acessar a biodiversidade ou CTA produzidos em um país, deveria se sujeitar às normas internas deste. Tal determinação modificou a noção de que tais recursos seriam patrimônios da humanidade e poderiam ser acessados livremente. (SANTILLI, 2017)

O Brasil já era signatário da CDB desde fevereiro de 1994, mas foi somente com a Medida Provisória (MP) nº 2.186-16 de 2001, que iniciou os primeiros conceitos de patrimônio genético¹³. No entanto, tal instrumento normativo não definiu as condições necessárias para que as comunidades decidissem sobre o acesso ao seu conhecimento tradicional. (BENSUSAN, 2013)

A MP nº 2.186-16 teve o mérito de criar uma regulamentação para a proteção dos direitos de comunidades indígenas, bem como a repartição de valores advindos da exploração do patrimônio genético, visando o combate à biopirataria. Entretanto, não esteve livre de críticas, dentre as quais, a criação de severas restrições para o acesso ao CTA com rígida e demorada burocracia, além da falta de incentivos para pesquisadores. (TÁVORA et al, 2015)

¹³ A MP nº 2.186-16 utiliza o termo patrimônio genético como “informação de origem genética contida em amostras de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal” (TÁVORA et al, 2015, p. 7)

Conforme entende Borges Dias, é possível afirmar que a base para a formulação da anuência livre, prévia e informada da referida MP se deu com uma experiência de colaboração entre a Embrapa, a Fundação Nacional do índio (Funai) e a União das Aldeias Krahô¹⁴ (Kapéy) que resultou na assinatura de um Convênio de Cooperação Geral entre Embrapa e a Funai entre 1997 e um Contrato de Cooperação Técnica entre a Embrapa e Kapéy em 2000. (DIAS et al, 2017)

A colaboração se iniciou em 1994 quando representantes da aldeia Krahô procuraram suas sementes de milho tradicionais guardadas na Coleção de Base de Germoplasma (Colbase) na Embrapa Recursos Genéticos e Biotecnologia. Tal espécie de milho estava ligada aos rituais e às práticas culturais desta comunidade, que estavam sendo esquecidas pela falta desta espécie de milho que, segundo as crenças da comunidade, teria sido entregue por uma estrela *Catxêkwy*. (DIAS et al, 2017)

O início da parceria aconteceu quando a tribo indígena retornou à Embrapa levando quantidades desse milho resultantes de sua primeira colheita para que fossem novamente guardadas para que se evitasse um futuro evento de escassez. Com essa atitude, lideranças da Embrapa iniciaram negociações de cooperação com a comunidade indígena para o desenvolvimento de pesquisas científicas no território indígena e aprimorar a segurança alimentar deste povo. (DIAS et al, 2017)

Debates em torno do tema foram promovidos após a promulgação da mencionada MP nº 2.186-16. Isso porque alguns setores de pesquisa e desenvolvimento consideravam a MP prejudicial no que diz respeito à dinâmica das inovações, principalmente as previsões de exigência do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (CURB) que, segundo entendiam, não era compatível com incertezas técnicas, tal como a real viabilidade de se obter benefícios com o que se pretendia produzir. (TÁVORA et al, 2015)

No entanto, o grande desafio era justamente a determinação de um sistema de proteção diferente da proteção usual conferida à propriedade intelectual. Em

¹⁴ Povo indígena Krahô “É um povo da família Timbira do tronco linguístico Macro-Jê, com população de mais de 2.500 pessoas distribuídas atualmente em 28 aldeias. Seu território no Estado do Tocantins tem cerca de 302.000 ha e é composto de paisagens preservadas típicas do bioma Cerrado” (DIAS et al, 2017)

suma, reconheceu-se a necessidade de um regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais, conforme esclarece Nurit Bensusan:

Apesar do constante uso do termo “regime *sui generis*”, não há clareza sobre o que significa essa expressão. Alguns entendem que esse sistema consistiria na criação de um outro instrumento de proteção intelectual dentro dos limites do modelo hoje posto. Essa concepção esbarra na dificuldade, senão impossibilidade, que o modelo vigente apresenta, de incorporar a noção de coletividade inerente aos conhecimentos tradicionais. Outra possibilidade é compreender o regime *sui generis* como uma nova alternativa, fora do modelo de proteção à propriedade intelectual que temos hoje. (BENSUSAN, 2013, p.14)

Em 2010, foi aprovado um protocolo vinculado à CDB conhecido como Protocolo de Nagoya (Japão), que complementa as normas referentes à repartição justa e equitativa dos valores obtidos da exploração da biodiversidade. Este protocolo foi visto como um instrumento destinado ao combate à biopirataria e acesso indevido aos conhecimentos tradicionais associados. O Protocolo destaca a soberania de cada país com relação a determinação de acesso aos seus recursos naturais e conhecimentos tradicionais, definindo estes como direito das comunidades indígenas e locais (SANTILLI, 2017).

Em 2014, o Projeto de Lei (PL) nº 7.735 foi apresentado na Câmara dos Deputados e resultou na aprovação da Lei nº 13.123/15 que fixou as diretrizes da CDB e revogou a MP nº 2.186-16/2001, trazendo as normas para o acesso ao patrimônio genético, proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, bem como repartição de benefícios para preservação da biodiversidade.

Deve-se destacar que a Lei nº 13.123/15 surgiu em um contexto de críticas aos supostos empecilhos criados pela MP nº 2.186-16/2001 no setor de pesquisas, tendo em vista a burocracia para obtenção de um acesso legalizado ao patrimônio genético e ao CTA. Dessa forma, a Lei veio com o objetivo de criar um maior incentivo à bioprospecção, com redução dos custos de transação e uma repartição de benefícios “factível”. (TÁVORA et al, 2015, p. 10)

É possível observar essas finalidades da Lei nº 13.123/15 quando esta traz uma classificação para o CTA, dividindo-o em: CTA de origem identificável e CTA de origem não identificável e estabelece que somente em relação a primeira categoria, para a qual é possível a identificação de sua origem e seus titulares, é

que deverá haver a necessidade do consentimento prévio¹⁵ para o acesso e utilização deste conhecimento (SANTILLI, 2017). Já em relação à segunda categoria, a Lei determinou a dispensa deste consentimento em uma tentativa de cumprir com seu objetivo de diminuir dispêndios na etapa inicial de acesso ao CTA.

Contudo, essa dispensa da obtenção de consentimento prévio não é estendida para a obrigação de repartição de valores. Ou seja, independente da categoria de CTA (identificável ou não) há a obrigação de repartição de eventuais benefícios decorrentes de sua exploração. Assim, quando o CTA for de origem identificável será necessária a realização do Acordo de Repartição de Benefícios (substituto do CURB). Já quando se tratar de CTA não identificável haverá o depósito dos valores oriundos de sua exploração no Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB), que deverá financiar atividades destinadas à promoção e desenvolvimento social, cultural e econômico das comunidades tradicionais (SANTILLI, 2017).

A questão é que nem sempre existe uma distinção muito definida entre essas duas categorias de CTA, já que alguns conhecimentos são tão difundidos entre várias comunidades sendo possível afirmar que a identificação de seus titulares não raro seria difícil e onerosa. Assim explica Juliana Santilli:

A exigência legal de obtenção do consentimento prévio informado de todas as comunidades detentoras de tais conhecimentos tradicionais compartilhados desencorajaria qualquer pesquisa. Essas comunidades deve, entretanto, usufruir coletivamente da repartição dos benefícios derivados da utilização de seus conhecimentos tradicionais, pois são os titulares de direitos coletivos, e tais direitos foram resguardados pela nova lei. (SANTILLI, 2017, p. 288)

Em suma, aos detentores do conhecimento tradicional associado, a Lei nº 13.123/15 elenca alguns direitos, com destaque para: (i) ter reconhecimento de sua participação em qualquer publicação que tenha utilizado o conhecimento produzido na comunidade, bem como ter indicada a origem de acesso a tal conhecimento; (ii) perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido a partir do CTA; (iv) usar ou vender livremente produtos decorrentes da exploração do CTA; (v) participar sobre decisões que

¹⁵ A Lei nº 13.123/15 em seu art. 2º, inciso VI traz a seguinte definição: “consentimento prévio informado – consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”.

envolvam acesso ao conhecimento tradicional associado e à repartição de valores decorrente desse acesso.

Apesar da previsão de direitos aos povos tradicionais, a Lei 13.123/15 reflete a intenção legislativa do PL n° 7.735/14 de promover o setor de pesquisas e desenvolvimento. O problema é que a Lei acabou incorporando os anseios do setor empresarial com disposições prejudiciais ao direito intelectual coletivo das comunidades tradicionais, o que fragilizou sua proteção quando comparada quando com a antiga MP n° 2.186-16/14.

3 DAS ISENÇÕES PREVISTAS NOS §§1º E 2º DO ART. 17 DA LEI N° 13.123/15

A partir das características apontadas dos CTA's, bem como sua classificação como um direito intelectual coletivo, é possível fazer uma análise crítica das isenções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 17 da Lei n° 13.123/15 com amparo na teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, um aspecto importante que deve ser ressaltado diz respeito à titularidade dos CTA's a fim que se possa definir a legitimidade para disposição deste direito.

3.1 A (in) disponibilidade pelo Estado dos conhecimentos tradicionais associados

O CDB adota a construção de uma proteção à biodiversidade e desenvolvimento sustentável inseparável da proteção aos CTA's (ZHANG, 2018). No entanto, para que seja possível alcançar uma efetiva defesa aos direitos das comunidades tradicionais, é imprescindível a declaração da titularidade do CTA para que se possa superar a ideia de que os saberes tradicionais são domínio público, que todos podem usar e dispor livremente.

Definir o titular/ direitos do assunto é bastante crucial para essa proposta, uma vez que isto é o cerne da legitimidade, da utilização, bem como, the enforcement da proposta dos direitos do conhecimento tradicional associado. A definição do titular/ right holder dos conhecimentos tradicionais apresenta o maior desafio

para a legitimidade dos direitos de propriedade dos conhecimentos tradicionais associados¹⁶. (ZHANG, 2018, p. 4)

A partir da classificação do CTA no rol de direitos coletivos, a legislação pátria reconhece a titularidade desse direito aos povos tradicionais no art. 8º, da Lei nº 13.123/15¹⁷. A partir disso, é possível verificar que as hipóteses de isenção previstas na Lei nº 13.123/15 em favor do setor empresarial em detrimento dos povos tradicionais, contraria o direito dos titulares desses conhecimentos, (OLIVEIRA, 2017)

As isenções previstas na Lei estão em desacordo com a CDB, já que deveriam ser um “direito coletivo de disposição” que precisaria da realização de um acordo e da anuência de seus titulares, conforme explica Chenguo Zhang:

O direito de disposição proposto pela CDB enfatiza a necessidade de firmar um acordo com o detentor do recurso antes para obter e usar os recursos. [...] O direito de disposição mencionado acima proposto pela CDB é um direito coletivo de disposição, em vez de um direito de propriedade¹⁸. (ZHANG, 2018, p. 7)

A natureza coletiva dos direitos relacionados com o CTA importa na sua classificação em uma categoria situada entre a clássica separação entre Direito Público e Direito Privado. Tal classificação teve suas fronteiras redefinidas com a complexidade da sociedade capitalista, mas continua mantendo sua funcionalidade como “conceitos limites” para a compreensão dos “direitos transindividuais”. (RODRIGUES, 2002, p. 46)

O direito privado mantém sua esfera de abrangência restrita à pessoa física ou jurídica. Isto significa que sua guarda e sua disponibilidade compõem a esfera de discricionariedade do sujeito, com exceção dos casos em que a lei determina a indisponibilidade dos mesmos (RODRIGUES, 2002). O direito público, por sua vez,

¹⁶ Tradução livre da versão em inglês: “Defining the subject/right holder is fairly crucial for this proposal as it is at the core of the legitimacy, the use, as well as the enforcement of the proposed TK rights. The definition of the subject/right holder of TK presents also the greatest challenge for the legitimacy of TK property rights”.

¹⁷ Art. 8º Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita.

¹⁸ Tradução livre da versão em inglês: “The right of disposal proposed by the CBD emphasizes the need to reach an agreement with the resource holder prior to obtaining and using the resources. [...] The above-mentioned right of disposal proposed by the CBD is a collective right of disposal, rather than a property right.”

se caracteriza pela desigualdade nas relações jurídicas devido à prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016)

O direito transindividual se insere em uma categoria intermediária, é um gênero que comporta três espécies, quais sejam, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, os quais se diferenciam pela amplitude de sua incidência, ora mais difusa, ora mais atomizada. (RODRIGUES, 2002)

Segundo Geisa de Assis Rodrigues, a indisponibilidade de um direito diz respeito à limitação de renúncia ou concessão que implique em redução de seu conteúdo pelo seu titular. Várias são as causas que envolvem a indisponibilidade dos direitos, tais como natureza do direito, condições do titular, interesse específico da sociedade, dentre outras. (RODRIGUES, 2002)

A temática da indisponibilidade de direitos também funciona como elemento diferenciador das espécies de direitos coletivos. Os direitos difusos, devido à indeterminabilidade dos sujeitos titulares e a qualidade de bem de uso comum de seu objeto, são direitos indisponíveis. Nesse sentido, explica Geisa de Assis Rodrigues:

A qualidade do titular do direito é levada em conta, por exemplo, pra definir o direito difuso como indisponível, porque a indeterminação dos sujeitos não permite que se identifique uma vontade adequadamente formulada no sentido da disposição do direito. [...] De igual modo os direitos difusos se desenvolvem no seio da sociedade e sua preservação é de interesse de todos, o que configura mais um motivo relevante para a sua indisponibilidade. (RODRIGUES, 2002, p. 51)

No que diz respeito aos direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos tem-se que a indisponibilidade é mitigada, mas esta atenuação ainda deverá ser exercida sob determinados controles. No primeiro caso, o indivíduo não pode dispor do direito pertencente a um grupo determinado. No segundo caso, poderá haver disposição relativa à tutela coletiva, já que cada indivíduo poderá dispor em sua esfera individual da cota parte que lhe cabe na execução. (RODRIGUES, 2002)

Com uma análise um pouco mais aprofundada da titularidade dos CTA's pode-se traçar um paralelo com o descompasso entre a legitimação para estar em

juízo e a titularidade dos interesses coletivos, tal como definido pelo art. 5º da Lei nº 7.347 de 1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP) e pelo art. 82 do CDC.

Nessas leis que regulam respectivamente a Ação Popular e a Ação Civil Pública a legitimação ao processo é extraordinária. Ou seja, não há coincidência entre o titular e o legitimado ativo da ação, sendo que esta legitimação possui as seguintes características: (i) é conferida à entes públicos, privados e despersonalizados, com exceção da Ação Popular para a qual o cidadão poderá ser um legitimado ativo; (ii) está regulada em lei; (iii) o legitimado atua em nome próprio na defesa de interesses de agrupamento humano; e (iv) esse agrupamento humano não possui personalidade jurídica e, por esta razão, não pode estar em juízo para defender seus direitos. (DIDIER JUNIOR; ZANET JUNIOR, 2014)

A ideia é, em resumo, que um ente público irá substituir um agrupamento humano desprovido de personalidade jurídica para evitar a insustentável situação de milhares de processos envolvendo a mesma temática (DIDIER JUNIOR; ZANET JUNIOR, 2014). Assim, “[...] embora a titularidade seja da coletividade ou de parcela dela, a legitimidade é reservada ao referido Órgão Ministerial e às demais entidades contempladas na lei”. (VIEIRA, 1993, p. 40)

Vale aqui a ressalva de que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) em seu art. 37 confere a legitimidade das comunidades indígenas de protegerem seus direitos em juízo. Ou seja, estas comunidades podem, com a assistência do Ministério Público ou órgão de proteção do índio, defender em juízo direito próprio e, quando for este o caso, haverá uma justaposição entre titularidade e legitimidade.

De qualquer forma, o que importa para este trabalho é demonstrar a consequência da titularidade desvinculada da legitimidade quando se trata de ações que envolvam direitos coletivos, qual seja, a indisponibilidade dos direitos postos em juízo. Disso resulta que estes legitimados não possuem disponibilidade sob o conteúdo material da lide, sendo impedidos de transigir de ofício sobre direitos dos quais não são os titulares. (MAZZILLI, 2016)

A mencionada separação entre a legitimidade ativa e titularidade do direito posto em juízo, diz respeito ao aspecto processual dos direitos coletivos. Aspecto este que, apesar de não ser o foco deste trabalho, merece destaque para a análise

do tema proposto, uma vez que existe uma interdependência entre o direito material e direito processual: “sem o processo civil o direito material não tem condições de se impor para solução de conflitos sociais; sem o direito material o processo civil não tem razão de ser”. (MARINONI, 2015)

Um exemplo capaz de demonstrar essa impossibilidade de disposição do direito coletivo por quem não é o seu titular é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). O TAC está previsto no §6º art. 5º da Lei nº 7347/85¹⁹ e é um acordo firmado entre o tomador (órgão público)²⁰ e o compromitente (pessoa física ou jurídica) que violou um direito coletivo para que este se comprometa a cessar a situação de ilegalidade, reparar o dano e ainda, possivelmente, evitar um processo judicial.

O TAC pode resultar, ainda, em composição de uma eventual lide entre o legitimado ativo e o causador do dano sem, entretanto, incorrer em disposição do direito que poderá ser pleiteado em juízo. (MAZILLI, 2016)

A ideia é resolver a irregularidade antes de uma ação judicial. Caso isto não seja possível, aquilo que não tiver sido abarcado pelo TAC poderá ser discutido em juízo. Em outras palavras, o TAC é um instrumento para a garantia de uma tutela mínima para a coletividade que teve seu direito lesado. (MAZZILLI, 2016)

A doutrina majoritária tem entendido que natureza jurídica do TAC não pode ser confundida com a transação prevista no art. 585, II, do Código de Processo Civil ou art. 57 da Lei nº 9.099/95. (RODRIGUES, 2002)

Isto porque o TAC é um instrumento de tutela coletiva, e aqueles legitimados para firmarem o ajuste não coincide com os titulares do direito coletivo. Dessa maneira, a possibilidade de firmar o compromisso de ajustamento de conduta não comporta a disposição direito material posto em juízo, conforme destaca Hugo Mazzilli:

O compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato, a uma, porque seu objeto não são direitos patrimoniais de caráter

¹⁹ § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

²⁰ Tem legitimidade para firmar TAC os órgãos públicos legitimados para ajuizar ação civil pública como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e fundação pública, conforme prevê o art. 5º da Lei nº 7.347/85

privado; a duas, porque o órgão público que o toma não o titular do direito transindividual nele objetivado, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide. [...] aqui estamos lidando com *interesses transindividuais* – e, portanto, individuais -, dos quais os legitimados ativos para as ações coletivas não são titulares e, portanto, sobre eles não têm disponibilidade. (2016, p. 496)

Sendo afirmada a titularidade coletiva dos CTA's e utilizando o mesmo raciocínio da doutrina em relação ao TAC, pode-se afirmar que o Estado não teria poder de disposição sobre direitos dos quais não seja o titular.

Com o TAC, o órgão público tomador pode fixar a melhor maneira para alcançar a proteção ao direito coletivo, não podendo haver na prática uma “transação entre as partes no tocante à essência do direito material controvertido, já que a titularidade deste é conferida à coletividade” (PINHO; CABRAL, 2008, p. 78)

Por conseguinte, se nem por TAC que é um instrumento previsto em lei no qual são firmadas obrigações para quem lesa ou ameaça direitos coletivos tem se admitido a disposição de direitos coletivos, com muito menos razão se poderia acolher as isenções impostas pelos §§1º e 2º do art. 17 da Lei nº 13.123/15 pelo Estado sem a devida consulta prévia às comunidades tradicionais.

Nesse sentido, pode-se considerar um retrocesso as isenções previstas no art. 17 da Lei nº 13.123/15 que vinculam a repartição de benefícios à situações específicas e trata a obrigação de repartição de benefícios como exceção, já que poucas são as hipóteses em que as comunidades tradicionais terão algum retorno pelo uso de seu conhecimento, o que acaba prejudicando o desenvolvimento dos povos titulares. (MOREIRA, 2017a)

A Lei nº 13.123/15 em seu art. 17 determina que os benefícios resultantes da exploração do conhecimento tradicional associado serão repartidos de forma justa e equitativa devendo ser “um dos elementos principais de agregação de valor”, em conformidade com os demais dispositivos da mesma Lei.

O *caput* do art. 17 estabelece um critério abrangente e indeterminado para a obrigação de repartição de benefícios provenientes da exploração do CTA. A previsão de “elementos principais de agregação de valor” confere à Lei um grau indeterminação que acaba por comprometer a proteção dos CTA's. Essa previsão é

reafirmada no art. 43, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 8.772/16, que regulamenta a Lei nº 13.123/15:

§ 1º No caso do produto acabado referido no inciso I do caput, o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor.

§ 2º Nos termos do que dispõe o inciso XVIII do art. 2º da Lei nº 13.123, de 2015, considera-se elementos principais de agregação de valor os elementos cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico.(BRASIL, 2016)

Por sua vez, o art. 43, § 3º, inc.I e II, Decreto nº 8.772/16 especifica o que se deve considerar como sendo “características funcionais” e “apelo mercadológico” para a verificação da obrigação de repartição de valores:

Art. 43

§ 3º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

I - apelo mercadológico: referência a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, a sua procedência ou a diferenciais deles decorrentes, relacionada a um produto, linha de produtos ou marca, em quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva, inclusive campanhas de marketing ou destaque no rótulo do produto; e

II - características funcionais: características que determinem as principais finalidades, aprimorem a ação do produto ou ampliem o seu rol de finalidades.

O resultado da interpretação dos requisitos impostos pelo art. 17 da Lei nº 13.123/15 é um conjunto de isenções que tiram a garantia à tutela efetiva dos direitos dos povos tradicionais, detentores e, verdadeiros titulares do conhecimento tradicional associado que contribuem para o avanço da biotecnologia. Sob essa perspectiva, o retrocesso da legislação é evidente, como afirma Manuela Carneiro da Cunha (2007, p. 79): “Ora, ciência, já se viu, não se faz em vácuo”.

É preocupante a exigência colocada no art. 17 de que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor do produto acabado para que haja repartição de benefícios. [...] Essa definição é subjetiva o suficiente para motivar inúmeros litígios, pois é extremamente difícil a verificação da importância de um elemento para a agregação de valor em um produto acabado. você deve explorar essa ideia no seu texto, está bem?[...] Ademais, recairá sobre a parte mais frágil, em termos financeiros e informacionais, o ônus da prova de que o elemento em uma eventual disputa judicial seja determinante para a existência das características funcionais ou

para a formação do apelo mercadológico do produto acabado. (TÁVORA, F.L. et al, 2015, p. 50)

À vista disso, é possível afirmar que a previsão do art. 17 implica em uma indevida disposição pelo Estado dos direitos decorrentes do acesso ao CTA, ao criar requisitos que dificultam ou até mesmo impossibilitam o acesso das comunidades tradicionais aos benefícios decorrentes da exploração de seu conhecimento.

Manuela Carneiro da Cunha explica a dificuldade da comunidade científica em assumir a contribuição dos conhecimentos tradicionais para o desenvolvimento de novas tecnologias. De acordo com a mencionada antropóloga, muitos farmacólogos insistem em afirmar que “os conhecimentos tradicionais em nada contribuem para o “progresso da ciência” porque a atividade que eles apontam, os usos tradicionais, não coincide necessariamente com a atividade que a ciência descobre” (CUNHA, 2007, p. 80).

Artigos científicos recentes sobre plantas amazônicas e do cerrado, por exemplo, mostram que sangue de drago (*Croton Lechleri*), usado por índios amazônicos no Peru como cicatrizante, contém um alcaloide, taspina, precisamente com esse efeito; várias plantas medicinais usadas como antidiarreicos na medicina tradicional brasileira têm efeito no combate ao rotavírus que causam diarreia e são maior fator de mortalidade infantil; o barbatimão realmente contém moléculas com efeitos cicatrizantes, etc. Portanto, dizem esses farmacólogos, mesmo que os conhecimentos tradicionais tenham mostrado a existência de princípios ativos, eles raramente são úteis para os mesmos fins para que foram tradicionalmente usados. A atividade tradicional não é a que acaba sendo a “verdadeira” ou a mais importante. (CUNHA, 2007, p. 80)

Manuela Carneiro critica essa falta de reconhecimento da contribuição do CTA para o desenvolvimento da biotecnologia e afirma que é possível citar alguns exemplos que afastam esta ideia. Cita o exemplo da planta “Beijo”, nativa de Madagascar, conhecida tradicionalmente pelas suas propriedades antidiabéticas, que quando entrou para o campo de pesquisa da comunidade científica, se tornou fonte de substâncias anticancerígenas utilizadas em remédios para leucemia infantil e mal de Hodgkins. Apesar disto, não houve uma valorização dos conhecimentos tradicionais porque “como o câncer não constava entre as aplicações do beijo na medicina tradicional, farmacólogos em geral não reconheceram a dívida que tinham em relação à medicina tradicional”. (CUNHA, 2007, p. 80)

[...] não se trata aqui, como muitos cientistas condescendentemente pensam, de simples validação de resultados tradicionais pela ciência contemporânea, mas do reconhecimento de que os paradigmas e práticas de ciência tradicionais são fontes potenciais de inovação da nossa ciência. Um dos corolários dessa postura é que as ciências tradicionais devem continuar funcionando e pesquisando. Não se encerra seu programa científico quando a ciência triunfante – a nossa – recolhe e eventualmente valida o que elas afirmam, não cabe a esta última dizer: “daqui para a frente, podem deixar conosco”. (CUNHA, 2007 p. 81)

Vandana Shiva critica a ideia de se atribuir apenas um valor monetário para o CTA. Afirma que há uma lógica perversa em financiar a conservação da biodiversidade com um percentual de lucros gerados pelo mercado. Assim, considera que valores dissociados do mercado não deveriam ser considerados secundários. (SHIVA, 2001)

Há uma importância no reconhecimento e valorização das diversas espécies de criatividade para que se possa preservar a diversidade intelectual. Segundo Vandana Shiva, a criatividade nas ciências envolvem a conjunção de três níveis: (i) criatividade inerente aos seres humanos; (ii) criatividade das comunidades tradicionais e (iii) criatividade da ciência moderna. Para ela, “o reconhecimento das diversas tradições de criatividade é um componente essencial para manter vivos diferentes sistemas de conhecimento.” (SHIVA, 2001, p. 30-31)

Desta maneira, tendo em vista o modo como a comunidade científica se inclina a não reconhecer o valor do CTA, as imposições do *caput* do art. 17 da Lei nº 13.123/15 resultarão em verdadeira abdicação dos direitos à repartição de benefícios. Nesse sentido, esclarece Eliane Moreira:

A necessidade de cumprimento desses requisitos para a configuração do direito de repartição de benefícios, além de novamente romper com as determinações do CDB, do Protocolo de Nagoya, do Acordo FAO e da Convenção 169 da OIT, acaba transferindo o risco do negócio da “sociedade de fato” que se forma entre usuários e povos e comunidades tradicionais, exclusivamente aos provedores dos CTA, de modo que, se um usuário acessar tais bens, desenvolver produtos e nunca vier a explorá-los, por problemas econômicos, inviabilidade mercadológica ou estratégicas de competição, a repartição jamais se efetivará. (MOREIRA, 2017a, p. 191)

O Brasil é um país rico em conhecimentos tradicionais associados. No entanto, “está perdendo uma oportunidade histórica, a de instaurar um regime de

colaboração e intercâmbio respeitoso com suas populações tradicionais”. (CUNHA, 2007, p. 83)

Importa destacar nessa análise, ainda, as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 17 da mesma lei. É possível observar a imposição de mais um conjunto de requisitos que funcionam como restrições ao direito de repartição de benefícios. Afinal, sujeitar o direito das comunidades tradicionais à apenas um eventual resultado final do processo de inovação, acaba criando a possibilidade de não haver repartição de benefícios algum (TÁVORA et al, 2016), conforme se verifica nos dispositivos citados abaixo:

Art. 17

§ 1º Estará sujeito à repartição de benefícios exclusivamente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente.
§ 2º Os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios. (BRASIL, 2015)

Conforme os dispositivos da Lei, a repartição de benefícios somente será realizada nos casos de exploração de produto acabado ou material reprodutivo oriundo do acesso ao CTA, que segundo Vanessa Mgarrio (2015) é um ponto de vulnerabilidade, uma vez que os produtos intermediários ficarão sem a obrigação de repartição de benefícios oriundos da exploração do conhecimento.

Conforme destaca Eliane Moreira , a Lei nº 13.123/15 acabou por restringir a proteção do CTA à hipóteses específicas e, em alguns casos, chegou a suprimir esse direito.

A Lei nº 13.123/15 criou um sistema de isenção de repartição de benefícios que condiciona esse direito à finalidade do usuário dentro da cadeia produtiva, à preponderância do conhecimento tradicional para fins mercadológicos e à natureza jurídica do usuário. Esse sistema, ao lado sistema de classificação ou hierarquização dos conhecimentos tradicionais, configura um flagrante retrocesso relacionado à proteção jurídica dos povos tradicionais, uma vez que mitiga e, em algumas hipóteses, suprime o direito à repartição de benefícios, que é um dos pilares do desenvolvimento sustentável nesse contexto. (MOREIRA, 2017a, p. 190)

É evidente a indevida disposição pelo Estado de direito alheio, comprometendo a tutela efetiva que a Lei deveria ter concretizado. Conforme entende Souza Filho, trata-se de “um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas, ao mesmo tempo, ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos”. (2006 apud FARIA, 2012, p. 83)

Conclui, ainda, afirmando que não se trata de direitos que pertencem a todos de forma indiscriminada, mas direitos de um povo específico, defendendo:

[...] um direito coletivo dos povos e das minorias, que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo. Um direito cuja titularidade pertence aos membros de uma comunidade. Seria um direito indivisível entre seus titulares, pois uma eventual divisão do objeto faria com que todos os titulares do todo continuassem titulares das partes. Um direito que não é passível de alienação, imprescritível, inembargável, impenhorável e intransferível (Souza Filho apud FARIA, 2012, p. 83).

Conforme explica Jesus V. de Oliveira, a Lei possui o mérito de reconhecer a obrigação de repartição de valores, mas tem o problema de impor restrições para a formação do liame obrigacional de repartição de valores. “Aliás, no que toca aos CTA, estes são reconhecidos legalmente como direitos de propriedade coletiva, logo, a repartição de benefícios é obrigação decorrente destes direitos”. (OLIVEIRA, 2016, p. 105)

O Estado deve atuar como mediador na relação jurídica que envolve os CTA's, sem que isto importe em disposição de direito das comunidades tradicionais, como explica Jesus V. de Oliveira:

[...] ainda que o Estado seja mediador da relação jurídica de acesso aos CTA, o mesmo não pode extinguir, restringir ou limitar os direitos de propriedade dos povos tradicionais, especialmente sem a manifestação expressa destes, como preconiza a Convenção n° 169 da OIT, pois, uma ação em sentido diverso caracterizada violação a direitos humanos. A restrição ou limitação ao exercício dos direitos patrimoniais das populações tradicionais, nesta perspectiva, caracteriza violação a direitos humanos. A restrição ou limitação ao exercício dos direitos patrimoniais das populações tradicionais, nesta perspectiva, caracteriza um ato retrocessivo, na medida que as disposições, tanto o ordenamento interno quanto o internacional dispunham de modo totalmente diverso do preconizado pela Lei 13.123/15, por ocasião de sua elaboração e publicação. Frise-se que

o referido ato retrocessivo tem natureza expropriatória, pois retira direitos patrimoniais dos povos tradicionais. (OLIVEIRA, 2016, p. 105)

Dessa forma, a Lei estabelece uma verdadeira imunidade aos elos intermediários da cadeia do produto com a obrigação de repartição de benefícios apenas ao último elo da cadeia produtiva. Em outras palavras, a lei estipula a responsabilidade apenas ao último explorador do conhecimento tradicional na cadeia de produção, não introduzindo qualquer espécie de responsabilidade subsidiária aos elos intermediários (OLIVEIRA, 2015).

3.2 A proibição do retrocesso em matéria de conhecimentos tradicionais

A apropriação indevida do conhecimento tradicional associado remonta o período de colonização do Brasil. A produção científica deste período esteve atrelada ao diálogo entre a produção cultural europeia e o conhecimento indígena. Contudo, a proteção ao conhecimento tradicional é, na atualidade, reconhecida como um dever relacionado aos direitos humanos. (OLIVEIRA, 2015).

A produção científica desde o período colonial, formulou um diálogo entre a produção cultural da Europa e os conhecimentos tradicionais. Entretanto, esse diálogo era caracterizado por uma apropriação dos recursos biológicos brasileiros de forma ilegal, tendo como exemplo clássico a exploração do pau-brasil a qual, como lembra Daniel Maia, foi intensa e os interesses sobre as propriedades da planta eram trocados por objetos insignificantes com os indígenas que ajudavam a exploração. (MAIA, [2012?])

A crescente preocupação mundial à respeito da preservação ambiental culminou com a assinatura de tratados, dentre eles o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Estado Brasileiros em 24 de janeiro de 1992, que em seu art. 1º, §§ 1º a 3º determina a responsabilidade dos Estados membros em garantir o exercício de autodeterminação dos povos indígenas (mas os CTA não se limitam aos indígenas, certo? Vamos tentar pontuar isso novamente?) a fim de assegurar o seu desenvolvimento econômico e cultural. Por sua vez, o art. 2º, §1º, do referido documento consagra o dever de cada Estado Parte em “assegurar progressivamente” o exercício dos direitos previstos no Pacto, inclusive por meio de medidas legislativas.

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.

§2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

§3. Os Estados Partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

(...)

ARTIGO 2º

§1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989) consiste em uma adaptação da Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais (Convenção nº 107 da OIT de 1995), elaborada em conjunto com a Organização Mundial de Saúde (OMS) e do Instituto Indigenista Interamericano, e garante aos indígenas o direito de consulta prévia, mediante procedimentos apropriados a fim de obter seu consentimento em medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente.

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;

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. (OIT, 1989)

A importância desta Convenção para o presente trabalho consiste no fato de que, conforme entendimento de Jesus V. de Oliveira:

a proteção dos direitos de propriedade intelectual das populações tradicionais, neste caso os CTA, tem como premissas o direito à autodeterminação estabelecido pela Convenção 169 da OIT, bem como o direito de soberania sobre recursos naturais, estabelecidos pela CDB e seus atos complementares [...] (OLIVEIRA, 2016, p. 106)

A Convenção n° 169 da OIT reconheceu pela primeira vez os “povos tribais” como sujeitos de direitos” e não se confundiam com o povo brasileiro, Isabela Figueroa explica que talvez tenha sido esta a razão para a demora da ratificação desta convenção pelo Congresso Nacional, dado os receios²¹ que poderiam ocorrer com o reconhecimento de um “povo” com direitos de autodeterminação. (FIGUEROA, 2009)

Considerando o Brasil signatário da Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, bem como do CDB, o mecanismo de consulta prévia deveria ter sido observado. Por “consulta prévia”, deve-se entender a possibilidade de participação nas decisões, participação durante todo o processo, de modo que se possa influenciar no resultado final de decisões que afetam os interesses dos povos tradicionais. (FIGUEROA, 2009)

Dessa maneira, consulta prévia é “um processo que permite o intercambio genuíno entre governos e os povos potencialmente afetados e que deve durar o tempo necessário para que exista, pelo menos, a possibilidade das partes alcançarem um acordo sobre a medida proposta.” (FIGUEROA, 2009, p. 41)

Por esta razão, diante da violação do requisito da consulta prévia no processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n° 13.123/15, Liana Amin Lima da Silva e André Halloys Dallagnol defendem a inconstitucionalidade da nova Lei, nos seguintes termos:

Após a promulgação da Lei n.º 13.123, em 20 de maio de 2015, o Poder Executivo, ao sinalizar em prol de sua regulamentação, convocou a participação popular por meio de uma “consulta pública”. Tal espaço de participação se deu por uma convocatória de envio de proposta por internet. Vale lembrar que a “consulta pública” não o mesmo que a “consulta prévia” prevista na Convenção 169 da OIT. Quando o governo brasileiro propõe uma consulta pública no

²¹ É importante destacar que os mencionados “receios” decorriam de uma de uma errônea interpretação da Convenção n° 169 da OIT, já que o direito de autodeterminação não implicava em direito de secessão. (FIGUEROA, 2009)

processo de regulamentação da lei já aprovada, não leva em consideração as especificidades dos sujeitos de direitos que assumem identidade étnicas e que são culturalmente distintos de outros setores da sociedade. (SILVA; DALLAGNOL, 2017, p.121).

A ausência de consulta prévia aos povos indígenas tem sido considerada uma afronta aos dispositivos da Convenção nº 169 da OIT que garantem aos indígenas o direito determinarem regulamentos que afetam seus interesses. Ademais, as poucas oportunidades de manifestação conferidas aos povos indígenas não suprem “uma consulta ampla e transparente, como seria desejável em um contexto democrático.” (TÁVORA et al, 2016, p. 44)

O aspecto destacado neste tópico é a regressão da lei, quando comparada com a previsão contida nas convenções internacionais já citadas. Assim, tendo em vista que a proteção ambiental e cultural se encaixa na proteção de direitos fundamentais, defende Eliane Moreira que estes requerem uma proteção progressiva, com aplicação do princípio da proibição do retrocesso. (MOREIRA, 2017a)

Consoante entendimento da doutrina jurídica sobre o tema, o princípio da proibição do retrocesso é um princípio constitucional com fundamento que possui suas bases assentadas no Estado Democrático de Direito, já que este deve se guiar para a proteção dos direitos fundamentais e à medida que as conquistas forem se consolidando, não deverá haver retrocessos. (SARLET, 2010).

Ingo Sarlet explica que a proibição do retrocesso está vinculada a um *direito subjetivo negativo*. Ou seja, os mandamentos constitucionais que instituem direitos fundamentais são incorporados no patrimônio jurídico dos sujeitos. Assim, qualquer medida que entre em conflito com os mandamentos das constituições, inclusive no que diz respeito às normas programáticas, não poderá suprimir “o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador”. (SARLET, 2010, p. 57)

A ideia é que não pode ser suprimido aquilo que já está garantido por lei ou princípio, conforme explica Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer

medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 2003, p. 339-340)

Desta maneira, Ingo Sarlet (2010) entende que o princípio da proibição do retrocesso deve ser compreendido como uma proteção aos direitos fundamentais contra a atuação do legislador, seja no campo constitucional, seja no campo infraconstitucional. Em termos gerais, a ideia deste princípio é impedir supressão ou restrição de direitos fundamentais.

Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição do retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já constituído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010, p.56)

Assim, considerando a previsão contida no art. 2º, parágrafo 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1996, citado no tópico anterior, tem-se a previsão do dever de uma legislação vinculada à obtenção de uma proteção “progressiva” no âmbito dos direitos culturais. Afinal, a tutela legislativa “deve ser permanentemente aprimorada e fortificada, de modo, inclusive, a vincular juridicamente os Poderes Públicos à consecução de tal objetivo”. (SARLET, 2010, p. 61)

Segundo Ingo Sarlet (2012), o princípio da proibição do retrocesso decorre da ordem jurídica constitucional brasileira sendo, portanto, um princípio implícito que se origina dos seguintes princípios e matrizes: (i) princípio do Estado Democrático de Direito que fixa a necessidade de segurança jurídica e um nível mínimo de continuidade na ordem jurídica; (ii) princípio da dignidade da pessoa humana que impõe prestações no sentido de conferir existência condigna para todos; (iii) princípio da máxima efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais; e (iv) corolário da segurança jurídica.

O princípio do estado democrático de direito e o princípio da segurança jurídica implicam na manutenção de uma continuidade da ordem jurídica. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe prestações a serem cumpridas pelo Estado.

Já a máxima efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais exige a maior proteção possível aos direitos fundamentais, com a vedação de medidas de caráter regressivo. (SARLET, 2012)

Ademais, o princípio da proibição do retrocesso indica que pressupõe que os princípios constitucionais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais e, considerando a ordem constitucional, esses princípios possuem como objetivo a ampliação dos direitos fundamentais, conforme explica Ana Paula de Barcellos e Luiz Roberto Barroso:

Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais. (BARCELLOS; BARROSO, 2003)

O reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso implica em impedir frustrações quanto à efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é o que explica Ingo Sarlet:

Por via de consequência, o art. 5º, §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais, não apenas contra o poder de reforma [...], mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais [...], que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais [...]. (SARLET, 2012, p. 457)

Por consequência, é possível concluir que a Lei nº 13.123/2015 promove, nas palavras de Nurit Bensusan uma erosão de direitos, contribuindo para a violação dos direitos das comunidades tradicionais. (BENSUSAN, 2017)

3.3 A (in)constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 17 da Lei nº 13.123/15

Tendo como suporte toda a anterior análise dos CTA's como direitos intelectuais coletivos inseridos no rol de direitos fundamentais, bem como a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, é possível perceber uma incompatibilidade entre as previsões dos §§1º e 2º do art. 17 da Lei nº 13.125/15 com a CF, o que enseja uma análise a respeito da possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade tanto em seu aspecto formal quanto material.

A análise de compatibilidade entre um ato normativo primário e a CF se insere na compreensão do ordenamento jurídico como um sistema, no qual se pressupõe ordem e unidade. Os pressupostos para manter esse sistema, são a supremacia e a rigidez da CF que a determinam como norma parâmetro de controle das normas infraconstitucionais. (BARROSO, 2016)

A supremacia da CF impõe a compatibilidade de todas as leis e atos normativos com suas normas e princípios. A rigidez constitucional, por sua vez, determina que as normas constitucionais precisam de um processo mais complexo para a sua elaboração e modificação quando comparado com os demais atos normativos. (BARROSO, 2016)

Tal apuração se mostra como um importante mecanismo para a proteção dos direitos fundamentais, conforme explica Luis Roberto Barroso (2016, p. 24):

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

Os dispositivos da Lei nº 13.123/15 podem ter sua constitucionalidade questionada sob seu aspecto material e formal, tendo em vista à violação do princípio da proibição do retrocesso, bem como a inobservância da consulta prévia necessário para a aprovação da Lei.

O desvio material de uma norma infraconstitucional acontece quando há um confronto entre esta com uma regra constitucional ou mesmo um princípio constitucional. No presente trabalho, considera-se que a violação ao princípio da proibição do retrocesso tomado como o parâmetro de controle para a verificação da inconstitucionalidade material dos dispositivos da Lei. (BARROSO, 2016)

A inconstitucionalidade formal, por sua vez, diz respeito à competência ou à vícios de procedimento na elaboração de atos normativos durante o trâmite do processo legislativo (BARROSO, 2016).

Instrumento normativo importante para esta pesquisa para verificação da a inconstitucionalidade formal dos dispositivos da Lei nº 13.123/15 é a Convenção nº

169 da OIT. Para isto, se faz necessário destacar a aproximação entre o direito interno e o direito internacional inaugurado pelo art. 4º da CF.

O §2º do art. 5º da CF acolhe os tratados e convenções internacionais no bloco de constitucionalidade e, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, caso sejam aprovados por maioria qualificada em dois turnos nas duas casas legislativas federais, passam a ter *status* de emenda constitucional. (MAZZUOLI, 2018)

Dessa forma, em observância ao controle de constitucionalidade tem-se que os tratados de direitos humanos ratificados possuem hierarquia constitucional em nosso plano interno e pertencem ao bloco de constitucionalidade servindo como parâmetro das normas no controle de constitucionalidade. (CONCI, 2014)

Junto à esta concepção aberta dos direitos fundamentais, o §1º do art. 5º da CF confere aplicabilidade imediata à todas as categorias de direitos fundamentais, bem como aqueles previstos em instrumentos internacionais. (SARLET, 2012)

A partir das noções apresentadas, é possível perceber que a eficácia dos tratados e convenções internacionais ratificados em nosso plano interno implicam na necessária observância à consulta prévia determinada pela Convenção nº 169 da OIT para a aprovação de normas que influem nos direitos das comunidades tradicionais, o que não foi realizado para a aprovação da Lei nº 13.123/15.

Nesse sentido, importa mencionar que a ausência de consulta prévia prevista na Convenção nº 169 da OIT já foi inclusive utilizada como fundamento para a condenação do Equador perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso do povo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nos seguintes termos:

Está claramente estabelecida, então, a obrigação dos Estados de realizar o processo de consulta especiais e diferenciadas quando serão afetados determinados interesses das comunidades e povos indígenas. Tais processos devem respeitar o sistema particular de consulta de cada povo ou comunidade, para que possa ser entendida como um relacionamento adequado e efetivo com outras autoridades estatais, atores sociais ou políticos e terceiros interessados.²² (CIDH, 2012, p. 49)

²² Tradução livre da versão em espanhol de: “Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos

A CIDH reconhece a necessidade dos Estados em adaptar suas estruturas internas para garantir o direito de consulta prévia fixada na Convenção n° 169 da OIT, como forma de defesa dos direitos fundamentais das comunidades e povos indígenas, nos seguintes termos:

A Corte estabelece que uma das garantias fundamentais para garantir a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas à medidas que afetem seus direitos e, em particular, seu direito à propriedade comum, é o reconhecimento de seu direito à consulta, a qual está reconhecido na Convenção n° 169 da OIT, entre outros instrumentos internacionais complementares.²³ (CIDH, 2012, p. 43)

Portanto, com base nos aspectos expostos, resta demonstrado a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos §§1º e 2º da Lei n° 13.123/15, tanto em seu aspecto formal pela ausência de consulta prévia às comunidades tradicionais, quanto em seu aspecto material, pela violação do princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”.

²³ Tradução livre da versão em espanhol de: “Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho aborda a necessidade de uma atenção para o valor dos CTA's das comunidades tradicionais, tanto para a preservação da diversidade biológica, quanto para a proteção da identidade cultural destes povos.

A inserção desses direitos dentro do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, conhecida como "constituição cidadã", é resultado de um período de afirmação dos direitos fundamentais em constante diálogo com os demais instrumentos internacionais.

A necessidade de um regime *sui generis* de proteção dos CTA se justifica pelo fato dos direitos de propriedade intelectual, de vertente individualista, excluírem o conjunto de conhecimento, saberes, ideias e inovações que se desenvolvem nas terras comunitárias de povos tradicionais. Com esse sistema, o valor mercadológico do conhecimento é o único objetivo almejado e para alcançá-lo ocorre um verdadeiro esquecimento de uma produção intelectual coletiva que não ostenta a qualificação de "científica".

A ratificação de tratados e convenções, como a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) vincula a atuação do Estado brasileiro para a concretização de suas disposições tanto no plano interno quanto no plano internacional. Isso implica não apenas na aprovação de leis que cumpram com a função de regulamentar as obrigações assumidas, mas na aprovação de leis capazes de conferir uma proteção efetiva aos CTA's.

É nesse contexto, visando regulamentação das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, que a Lei nº 13.123/15 é promulgada. No entanto, esta não cumpre com uma proteção efetiva aos CTA's, criando hipóteses de isenções que permitem a apropriação indevida de uma criatividade tradicional e coletiva relacionada à biodiversidade, sem qualquer espécie de retorno para a comunidade titular deste conhecimento.

Ademais, a exclusão das comunidades tradicionais dos debates para a aprovação da mencionada Lei implica em evidente violação à consulta prévia prevista na Convenção nº 169 da OIT. Dessa maneira, é possível afirmar que houve

uma indevida disposição de direitos sem o consentimento de seus verdadeiros titulares.

O art. 17, §§1º e 2º, da Lei nº 13.123/15, objeto de análise neste trabalho, possui a CF, princípios constitucionais, tratados e convenções internacionais e, ainda, decisões de cortes internacionais como parâmetros de compatibilização. Em outras palavras, tendo em vista que os órgãos legislativos estão vinculados às normas definidoras de direitos fundamentais, aqueles não podem ir de encontro com estas.

Assim, conclui-se que o disposto nos §§1º e 2º da Lei nº 13.123/15 ocasiona um retrocesso em matéria de direitos fundamentais, com a indevida disposição de direitos pelo Estado que, por sua vez, não detém a titularidade destes.

Por todo o exposto, é possível concluir pela inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do art. 17 da Lei nº 13.123/15, tendo em vista a supremacia da CF e sua força vinculante imposta aos órgãos públicos que torna inevitável uma compatibilização material e formal de suas leis e demais atos normativos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2017

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 5 de maio de 2015**. 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2017

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. SI, 19 dez. 1973.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Kichuwa de Sarayaku Vs. Ecuador. **Kichuwa de Sarayaku Vs. Ecuador**. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70005218722**. Embargante: H.Stern comércio e indústria S.A. Apelada: MARIA BERNADETE CONTE. Relator: Desembargadora Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, RS, 31 de março de 2014. Porto Alegre, . Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70005218722%26num_processo%3D70005218722%26codEm>

enta%3D943085+70005218722++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70005218722&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=20/08/2004&relator=Mara%20Larsen%20Chechi&aba=juris>. Acesso em: 18 mar. 2018. Julgamento: 24.03.2014. Data de Publicação: 31.03.2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169, de 2004**. . Genebra, 1989. Sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no brasil e alguns aspectos da class action norte americana. **De Jure**: revista jurídica do ministério público do estado de minas gerais, Belo Horizonte, p.34-56, nov. 2007. Semestral. Disponível em: <<http://dejure.mpmg.mp.br/index.php/dejure/article/view/101/10>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BARROSO, L.R.; BARCELLOS, A.P. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. REVISTA. [S.l]: Belo Horizonte, [s.d].

BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BESUNSAN, 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. Disponível em: <http://www.pacari.org.br/wpcontent/uploads/2016/03/Guia_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_Lei_13123-1-1.pdf>. Acesso em: 2 out. 2017

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. A comunidade tradicional. In: UDRY, Consolacion et al. **Conhecimento tradicional**: conceito e marco legal. Brasília: Embrapa, 2017. Cap. 1. p. 24-116. (Coleção povos e comunidades tradicionais, vol. 1). Disponível em: <<http://vendasliv.sct.embrapa.br/liv4/buscaProduto.do>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ellen Larissa Frota de et al. Biopirataria na amazônia: estudo de caso do cupuaçu. In: VIGÉSIMO TERCEIRO CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **CONGRESSO**. João Pessoa: Conpedi/ufpb, 2014. p. 385 - 399. Disponível em: < >. Acesso em: 8 out. 2017.

CASTRO, Carol. REMÉDIO DE ÍNDIO. **Superinteressante**, São Paulo, p.2-3, 03 jun. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/remedio-de-indio/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

- CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra et al (Org.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: Ltr, 2004. Cap. 3. p. 37-53.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte do constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, São Paulo, p.364-390, jul. 2014.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais com direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- 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**. 2017. 523 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- DIAS, Terezinha Aparecida Borges et al. Primeiro processo de anuência prévia informada do Brasil: Povo indígena Krahô. In: UDRY, Consolacion et al. **Conhecimento tradicional: conceito e marco legal**. Brasília: Embrapa, 2017. Cap. 2. p. 328-356. (Coleção povos e comunidades tradicionais Volume 1). Disponível em: <<http://vendasliv.sct.embrapa.br/liv4/buscaProduto.do>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANET JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- DIEGUES, Antonio Carlos et al. **Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil**. São Paulo: Ministério do Meio Ambiente, 2000. Disponível em: <<http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/750/2/Biodiversidade%20e%20comunidades%20tradicionais%20no%20Brasil.pdf;Saberess>>. Acesso em: 14 mar. 2018.
- FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo: Itaú Cultural, 2012.
- FIGUEROA, Isabela. A convenção 169 da OIT e o dever do Estado Brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Cap. 1. p. 13-49.
- GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das "ondas" de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra et al (Cord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: Ltr, 2004. Cap. 4. p. 53-75.
- IADEROZZA, Fábio Eduardo. **Neoliberalismo, sistema de patentes e a liberalização do biomercado emergente no Brasil na década de 1990: a privatização do conhecimento tradicional e da biodiversidade nacional**. 2015. 282 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Unicamp, Campinas, 2015.
- MARIUZZO, Patrícia. Legislação ainda não garante a repartição dos benefícios. **Ciência e Cultura**, [s.l.], v. 65, n. 1, p.06-08, jan. 2013. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21800/s0009-67252013000100003>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

- MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2018.
- MGARIO, Vanessa. *Os mecanismos de proteção ambiental e dos direitos indígenas na nova lei nº 13.123/2015.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharela em Direito, Brasília, 2015.
- MOREIRA, Eliane. **A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas.** 2006. Tese apresentada para a obtenção do título de doutor em Desenvolvimento Sustentável, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2006.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A LEI N. 13.123/2015 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [s.l.], v. 14, n. 29, p.175-205, 10 out. 2017. Editora Dom Helder. <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i29.1017>.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. O reconhecimento dos direitos intelectuais coletivos e a proteção dos conhecimentos tradicionais. **Revista de Direito Urbano e Ambiental: FDU**, Belo Horizonte, v. 16, n. 96, p.52-59, nov./dez. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116973>>. Acesso em: 1 jun. 2018.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Título VI Disposições Finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrine et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 915-991.
- OLIVEIRA, Jesus Vieira de. **A proibição do retrocesso e a isenção de repartição de benefícios ao ramo empresarial para fins de acesso ao conhecimento tradicional.** 2016. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/8727>>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ATUALIDADES E PERSPECTIVAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Porto Alegre, v. 7, n. 7, p.73-114, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/595/showToc>>. Acesso em: 14 set. 2018.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Cej**, Brasília, p.76-91, 3 set/dez. 1997. Vol. I. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/116/159>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade, agrobiodiversidade e conhecimento tradicional associados: o novo regime jurídico de proteção. In: UDRY, Consolacion et al. **Conhecimento tradicional: conceito e marco legal**. Brasília: Embrapa, 2017. Cap. 2. p. 206-328. (Coleção povos e comunidades tradicionais Volume 1). Disponível em: <<http://vendasliv.sct.embrapa.br/liv4/buscaProduto.do>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. Peirópolis: Fundação Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves considerações sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 15, n. 58, p.41-85, 2010.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TURNER, Terrence. **From cosmology to history: resitence, adaptation and social consciousness among the Kayapo**. Trabalho apresentado na reunião da ABA Associação Brasileira de Antropologia, Belém do Pará, 1987.

UNESCO. **Mexico City Declaration on Cultural Policies**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000525/052505sb.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério público. **Justiça**, São Paulo, v. 55, n. 161, p.40-53, jan. 1993. Trimestral. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=161>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480760/cfi/3!/4/4@0.00:58.1>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

WIPO. **Intellectual Property and genetic resources, traditional knowledge and traditional cultural expressions**. Geneva, 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.

WIPO. **Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders**. Geneva, 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

ZHANG, Chenguo. How is the owner of traditional knowledge right?: a perspective of international law and the case of china. **Journal Of Legal, Ethical And Regulatory Issues**. Shanghai, p. 1-14. jul. 2018. Disponível em:

<<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=5&sid=8096fab4-82fc-4803-920a-0b07b7bcbcbcd%40sessionmgr4007>>. Acesso em: 28 jul. 2018.