

1. INTRODUÇÃO

A Convenção de Diversidade Biológica (CDB), resultado da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, constitui um dos instrumentos internacionais mais importantes relacionados ao meio ambiente. Promulgada no Brasil, pelo Decreto n. 2519/1998, a CDB deu início a uma ampla negociação de um regime internacional sobre acesso aos recursos genéticos e repartição dos benefícios resultantes desse acesso.

O Brasil, o país mais rico do mundo em biodiversidade, abrigando mais de 20% (vinte por cento) do total de espécies da Terra, tem importante papel no cenário mundial. No entanto, a ausência de instrumentos jurídicos adequados vinha permitindo a ocorrência de grandes controvérsias acerca do tema, com acusações de apropriação indevida da biodiversidade brasileira e do conhecimento tradicional a ela associado. Vários foram os casos em que empresas de diversas nacionalidades utilizaram conhecimentos tradicionais de comunidades brasileiras para produzir os mais variados itens comerciais, registrando as respectivas patentes e explorando marcas, com a acusação de desprezo pelas comunidades detentoras deste conhecimento tradicional.

Com a publicação da Lei n. 13.123/2015, regulamentando o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal e dispondo 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, criou-se uma grande expectativa para a efetividade da regulação da proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados.

O artigo, em termos gerais, faz um exame dos conflitos normativos decorrentes das distinções entre o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) (Acordo sobre Aspectos de Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) e a CDB, que assegura aos detentores dos conhecimentos tradicionais a justa repartição dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos.

Tendo como marco teórico legislativo, a Lei n. 13.123/2015, o objetivo específico do trabalho é a análise da regulamentação jurídica da obrigação de repartição de benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Este trabalho foi desenvolvido com a metodologia jurídico-teórica e procedimento de raciocínio dedutivo, utilizando-se de técnica de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para atingir seus objetivos.

2. CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO À BIODIVERSIDADE: CONCEITOS E NORMAS DE PROTEÇÃO

2.1. Conceitos legais

Antes mesmo de adentrar nas polêmicas que circundam o tema, há que se tratar da definição de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, distinguindo-o, de início, dos conhecimentos tradicionais relativos a outras áreas. Neste trabalho será abordado apenas o conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Com efeito, as comunidades tradicionais produzem conhecimentos de toda sorte, em áreas da cultura, como artística ou literária. A proteção das criações artísticas e literárias deverá ser feita por meio do reconhecimento dos direitos autorais coletivos, como ensina Juliana Santilli.¹

Biodiversidade, segundo a CDB, é o conjunto de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Patrimônio genético, segundo o disposto no artigo 2º, I, da Lei n. 13.123/2015, é a informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos.

Já os conhecimentos tradicionais são, na lição de Guilherme Cruz de Mendonça,² aqueles desenvolvidos e acumulados por populações tradicionais, passados oralmente de geração em geração, podendo estar, ou não, associados à biodiversidade. Para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o Conhecimento Tradicional é definido como “tradição literária, artística ou científica, performances, invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos e outras inovações e criações resultantes da atividade intelectual nos campos da indústria, ciência e das artes”.³

¹ SANTILLI, Juliana. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros, VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 341.

² MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direito Humanos e Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 551.

³ MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direito Humanos e Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 551.

Mostra-se necessária, para complementação da definição, a conceituação de população tradicional. Populações tradicionais são grupos de pessoas, indígenas ou não, com organização social e atividades culturais próprias, transmitidas historicamente através de sucessivas gerações, e que utilizam de forma sustentável os recursos naturais, dos quais dependem para sua subsistência.

A Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006 - que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica -, definiu, em seu artigo 3º, que população tradicional é aquela que vive em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental.

Após a promulgação da Lei n. 11.428/2006, foi publicado o Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O ato do Poder Executivo Federal tratou de limitar o conceito legal, definindo povos e comunidades tradicionais como 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. Este conceito de comunidade tradicional foi consolidado pelo art. 2º, IV, da Lei n. 13.123/2015.

Assim, conciliando os conceitos isolados, o art. 2º, II, da Lei n. 13.123/2015, estabeleceu que conhecimento tradicional associado é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético.

2.2. Sistema normativo protetivo

Quanto à biodiversidade e ao conhecimento tradicional a ela associado, pode-se afirmar que a CDB é o instrumento jurídico de maior abrangência internacional. A proteção aos conhecimentos tradicionais é tratada pela CDB em seu artigo 8, “j”, que dispõe que deverão ser respeitados, preservados e mantidos o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

A normatização explícita do tema no Brasil tem origem na própria Constituição da República de 1988 que, em seu artigo 225, § 1º, II, buscando assegurar o direito de todos ao

meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Em 29 de junho de 2000, foi editada a Medida Provisória n. 2.052, reeditada, em 23/08/2001, pela Medida Provisória n. 2.186, que regulamentava 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, dispondo 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. A MP n. 2.186/2000 se manteve em vigor, por força da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.

Em 28 de setembro de 2001, foi publicado o Decreto n. 3.945 definindo a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN e estabelecendo as normas para o seu funcionamento, mediante a regulamentação dos artigos. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 da Medida Provisória n. 2.186-16.

Com a edição da Medida Provisória n. 2.186-16 e com o Decreto n. 3.945, ambos de 2001, o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado passou a depender, portanto, de deliberação do CGEN, ficando sujeito à repartição de benefícios, nos termos e nas condições legalmente estabelecidos.

O Decreto n. 5.479, de 7 de junho de 2005, regulamentou o artigo 30 da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, disciplinando as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

Ainda como resultado da importância e complexidade do tema, no dia 2 de janeiro de 2007, entraram em vigor a Resolução n. 134/2006, do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e a Resolução n. 23/2006, do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN).

Tais atos normativos buscaram, seis anos após a edição da Medida Provisória n. 2.186-16, a regulamentação do acesso ao patrimônio genético.

A Resolução do CGEN dispôs, em seu artigo 2º, que, para fins de comprovação do atendimento ao disposto na Medida Provisória n. 2.186-16, de 2001, o requerente do pedido de patente de invenção de produto ou processo resultante de acesso a componente do patrimônio genético realizado desde 30 de junho de 2000, depositado a partir da data de publicação daquela resolução, deverá declarar ao INPI que cumpriu as determinações da medida provisória, bem

como informar o número e a data da autorização de acesso correspondente, sob pena de sujeição às sanções cabíveis.

A resolução do INPI, complementando a resolução do CGEN, dispôs que o requerente de pedido de patente depositado a partir da data de vigência daquela outra resolução deverá declarar se o objeto do pedido de patente foi obtido, ou não, em decorrência de um acesso à amostra de componente do patrimônio genético nacional, realizado a partir de 30 de junho de 2000.

O INPI exige, ainda, que, na hipótese de o objeto do pedido de patente ter sido obtido em decorrência de um acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional, o requerente deverá declarar, também, que foram cumpridas as determinações da Medida Provisória n. 2.186-16, de 2001, informando o número e a data da autorização do acesso correspondente, bem como a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

Posteriormente, o CGEN, através da Resolução nº 34, de 12 de fevereiro de 2009, estabeleceu a forma de comprovação da observância da Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, para fins de concessão de patentes de invenção pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, exigindo que fosse informada a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, bem como o número da correspondente autorização de acesso.

A Lei n. 13.123/2015, recepcionando vários dos dispositivos infralegais, deu nova roupagem ao sistema de repartição de benefícios, em tentativa de regulamentação definitiva do tema e respeitando os acordos internacionais respectivos (TRIPs e CDB).

3. A PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

A diversidade biológica fornece produtos para exploração e consumo, sendo importante a sua valorização, pois a redução da biodiversidade e a prática de procedimentos que impliquem em biopirataria comprometem a sustentabilidade do meio ambiente e a disponibilidade permanente dos recursos naturais. No mesmo sentido, mostram-se importantes a identificação e a valorização dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

A grande questão controvertida diz respeito à utilização indiscriminada por empresas de países desenvolvidos dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade de países em desenvolvimento.

Os empreendedores, para tanto, invocam em defesa de seus procedimentos, o atual sistema normativo de proteção à propriedade industrial, especialmente o relativo a marcas e patentes. Sob esta proteção, algumas empresas registravam, como marca, substâncias naturais originárias de países biodiversos e outras obtinham o registro de patentes de produtos idênticos ou derivados de conhecimentos tradicionais.

Essas iniciativas estariam em flagrante ofensa à CDB, em especial ao disposto no seu artigo 8º, “j”, que determina a cada parte contratante, 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.

Diversos são os exemplos de utilização indevida de substâncias naturais e conhecimentos tradicionais a elas associados, como o relativo à empresa alemã Rapunzel Naturkost que, no passado, registrou a propriedade intelectual da rapadura. Apenas recentemente, autoridades brasileiras tomaram conhecimento do assunto, após a denúncia de um internauta. Em 2008, o governo brasileiro apresentou uma proposta à empresa de registro de marca composta. Acolhendo a proposta, a empresa informou que faria o seu registro composto — Rapadura Rapunzel —, sem que haja qualquer direito de exclusividade sobre o termo rapadura.⁴

As empresas estrangeiras que têm utilizado os produtos naturais indevidamente não respeitam nem mesmo o TRIPs, que, em seu artigo 27.3(b), autoriza que seus membros recusem as patentes de plantas e animais.

No que se refere à impossibilidade de patenteamento de produtos naturais, cumpre destacar que na Europa e na América admite-se, com reserva, o registro de patentes de tais produtos. O fundamento jurídico para tanto decorre da interpretação de que seriam substâncias químicas. Em alguns casos, busca-se provar que o “produto natural” teria sofrido a intervenção humana.

No bojo de toda esta controvérsia, há que se destacar que, no Brasil, teve solução amigável um caso que caminhava para ser o primeiro precedente jurisprudencial sobre conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Feirantes do Mercado Ver-o-Peso, de

⁴ Conjur, 23.jul.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/empresa_alema_desiste_registro_marca_rapadura>. Acesso em: 9 ago. 2017.

Belém/PA, acusaram a empresa de cosméticos Natura de se apropriar indevidamente de seu conhecimento tradicional. A polêmica teve início há cinco anos, quando pesquisadores da Natura visitaram o mercado de Belém e gravaram depoimentos com vendedoras de ervas, pagando-lhes R\$ 500,00 (quinhentos reais) pela cessão dos direitos de imagem.

Algum tempo depois, a Natura lançou o perfume e a água de banho de breu branco, uma das ervas vendidas na feira, com base supostamente no conhecimento obtido com as feirantes.

Alertadas por representantes da OAB de Belém quanto aos seus possíveis direitos, as feirantes passaram ao conflito com a empresa.

Após alguns embates administrativos (não houve o ajuizamento de ação), a Natura reconheceu que os produtos em questão teriam como origem o conhecimento tradicional, aceitando repartir com as feirantes os benefícios do uso de seus conhecimentos com o breu branco, a priprioaca e o cumaru. O acordo foi feito em reunião com participação de representantes do grupo de ervas do Ver-o-Peso, Ministério Público do Estado do Pará, Ministério Público Federal e 4ª Câmara do Ministério Público Federal, empresa Natura e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção Pará, representada pela presidente da Comissão de Bioética e Proteção do Biodireito, Eliane Moreira.⁵

A solução consensual do caso apontado acabou por encobrir a fragilidade do sistema normativo que não regulava de forma clara o acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, provocando a insegurança jurídica das partes envolvidas.

4. SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA FALTA DE PROTEÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

A solução para o problema da falta de proteção ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade passa pela normatização de regras, já consagradas na CDB, que exijam, para o reconhecimento de patentes, a identificação da fonte do conhecimento tradicional utilizado; a prova da obtenção do consentimento prévio e a repartição justa dos benefícios obtidos.

Esse novo sistema normativo é denominado de *sui generis* pela doutrina, que destaca seus três princípios básicos: consentimento prévio informado; termos mutuamente acordados e compartilhamento dos benefícios.

⁵ PARÁ: OAB/PA. Disponível em: <<http://www.oab.pa.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

Juliana Santilli⁶ sugere os seguintes elementos fundamentais para a construção de um sistema *sui generis*: o pluralismo jurídico, através do reconhecimento e fortalecimento das normas internas e do direito costumeiro, não-oficial, dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais; o respeito aos sistemas próprios de representação; o livre intercâmbio e troca de informações entre as próprias comunidades tradicionais; a distinção entre direitos intelectuais coletivos de conteúdo moral e patrimonial e o respeito à autonomia de vontade dos povos tradicionais e a requisitos essenciais de validade de atos jurídicos.

Em que pese o anseio dos países-membros da CDB em criar um regime jurídico *sui generis*, que seria adequado aos conflitos específicos relacionados ao tema, tal iniciativa seria de difícil implementação em face da prévia e sólida existência do regime geral da propriedade intelectual, que tem como defensores fortes organizações como a OMPI, a OMC e a OECD.

Não parece haver dúvida que, em face das especificidades do tema, melhor seria a existência de um sistema normativo próprio, que a doutrina passou a denominar *sui generis*.

A consolidação de um novo e específico sistema jurídico destinado à perfeita regulamentação do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade teria vários desafios a serem enfrentados.

Um deles seria a identificação prévia destes “conhecimentos” e das respectivas “comunidades”. A informalidade que cerca o desenvolvimento e uso dos “conhecimentos tradicionais” impede uma perfeita identificação de sua origem, efeitos práticos, benefícios gerados e, notadamente, a titularidade das comunidades responsáveis. Com efeito, não se mostra tarefa fácil identificar previamente qual, ou quais, comunidades seriam responsáveis por determinado conhecimento. Mas há possibilidade de, posteriormente, fazer uma investigação criteriosa e demorada.

Além disso, ultrapassado este primeiro difícil passo, há que se precisar a composição de tal comunidade, sua extensão e, principalmente, sua representatividade. Cumpre lembrar que, nos países ricos em biodiversidade, boa parte dos conhecimentos tradicionais foram desenvolvidos por indígenas, que são historicamente tratados como hipossuficientes.

Tais dúvidas implicam em insegurança jurídica tanto para as próprias comunidades como para quem pretende ter acesso ou explorar economicamente determinado conhecimento.

⁶ SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 357-369.

Para minorar o problema de segurança na identificação dos conhecimentos tradicionais, alguns países, como a Índia, têm buscado adotar como solução a formação de banco de dados de conhecimento tradicional.

Tal iniciativa, no sentido de identificar e catalogar os conhecimentos tradicionais, especialmente no Brasil, já teve sua importância ressaltada, no início do século XIX, pelo cientista francês Auguste de Sain-Hilaire:

Seja como for, sente-se que a matéria médica dos brasileiros, baseada somente no empirismo deve ser muito imperfeita. Todavia, entre tantas plantas às quais falsamente se atribuem propriedades maravilhosas, algumas existem que realmente fornecem remédios efficacíssimos. Se existisse no Brasil maior número de homens instruídos, o governo desse país faria obra de grande utilidade, nomeando em cada província uma comissão que se encarregasse de submeter, a exame minucioso, todas as plantas de que se utilizam os colonos para aliviar seus males. Por esse meio, poder-se-ia chegar a constituir, para os vegetais, uma matéria médica brasileira, que elucidaria os colonos a respeito de remédios ineficazes ou perigosos e, ao mesmo tempo, daria a conhecer aos nacionais e aos estrangeiros grande número de plantas benéficas. Trabalho de tal envergadura não se poderá fazer, sem dúvida, senão daqui a longos anos.⁷

Veja-se, mais uma vez, a lição da doutrina estrangeira sobre a propagação das pesquisas sobre recursos genéticos e técnicas de utilização por comunidades tradicionais:

Os programas de pesquisa de produtos utilizam conhecimento tradicional para ajudar a identificar produtos naturais que têm potencial; assim, o interesse no conhecimento tradicional depende do interesse em produtos naturais em estágio primário de consumo. Muito conhecimento tradicional, entretanto, está já no domínio público e pode ser acessado através das publicações. É raramente originado de entrevistas com comunidades locais e indígenas de tal maneira a requererem o consentimento previamente informado e para provocar as negociações do compartilhamento de benefícios. O trabalho de Ten Kate e de Laird documenta que um crescente número de leis nacionais e normas internacionais exigem a aquisição do consentimento previamente informado e o compartilhamento dos benefícios com as comunidades locais quando os pesquisadores procuram o acesso aos recursos genéticos em sua terra ou a seu conhecimento tradicional sobre aqueles recursos. As comunidades científicas e de negócio puseram em pauta programas para identificar recursos genéticos promissores em países em desenvolvimento para assegurar-se de que as comunidades de cujas terras os recursos originaram participem de todas as recompensas comerciais que pudessem resultar. O resultado científico tem sido significativo, a experiência científica e comercial que os países em desenvolvimento têm obtido tem sido valiosa, e um número de pessoas nos países em desenvolvimento têm sido empregadas no campo e nos laboratórios. Mas o retorno comercial dos novos

⁷ SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem pelo Distrito dos Diamantes e litoral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

produtos tem sido modesto – longe de fazer os programas serem auto-sustentáveis em níveis comerciais.⁸

A implementação das exigências de identificação da origem do conhecimento tradicional, objeto do possível pedido de registro de patente, pode gerar confrontos com as normas do TRIPs.

Segundo Graham Dutfield⁹, não haveria violação do TRIPs se as exigências fossem restritas à descrição do conhecimento tradicional e à concordância expressa com as normas de acesso e repartição de benefícios.

O mesmo autor alerta, contudo, que a exigência de revelação da origem geográfica do material genético e do conhecimento tradicional associado acarretaria uma revisão do TRIPs, que para o patenteamento exige que a invenção seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial (artigo 27, 1). Tal conflito poderia ser, em tese, contornado, se essas exigências fossem feitas fora dos processos como medidas administrativas.

Uma solução procedimental é sugerida por Juliana Santilli, que relaciona, como uma das premissas para um regime legal *sui generis*, a “previsão da inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais em ações judiciais que visem anular patentes concedidas a processos ou produtos resultantes de seus conhecimentos, de forma que competiria à pessoa ou empresa demandada provar o contrário”.¹⁰

A solução apontada é de discutível efetividade, pois, além de parcial, somente se aplicaria se unida a outros instrumentos legais, definidores de legitimidade e representatividade das comunidades tradicionais, deixando de trazer segurança jurídica ao tema.

Ademais, a nulidade de uma patente não implicaria necessariamente em proveito econômico pela comunidade detentora do conhecimento.

Cumprido destacar a solução encontrada no famoso caso do “nim”, uma árvore da Índia utilizada com fins farmacológicos, conforme bem destacado por Juliana Santilli:

⁸ FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge* (Kerry ten Kate and Sarah A Laird (2004): *Bioprospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities*). Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2007. (Tradução nossa). (Texto original em inglês).

⁹ DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

¹⁰ SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 83-102, jan./mar. 2003, p. 89.

Alguns casos de biopirataria ganharam repercussão internacional, como o do nim (em inglês, neem), árvore da Índia, usada há séculos nesse país como fonte de biopesticidas e remédios. A empresa multinacional norte-americana W.R. Grace Corporation e o Departamento de Agricultura dos EUA conseguiram obter, junto ao Escritório Europeu de Patentes, seis patentes sobre produtos e processos derivados do nim indiano. Entre elas, uma patente sobre um método de preparação de um óleo com propriedades pesticidas, extraído das sementes da árvore. A revogação de tal patente foi requerida por um grupo de pessoas e organizações: Vandana Shiva, diretora da Research Foundation for Science, Technology and Ecology; Linda Bullard, presidente da International Federation of Organic Agricultural Moviments e Magda Alvoet, ministra belga da Saúde e do Ambiente. Ao final de cinco anos de batalha legal, no dia 10/05/2000, o Escritório Europeu de Patentes revogou a patente com base no argumento de que o processo patenteado pelos norte-americanos não atendia ao requisito da novidade. A decisão de revogar a patente se fundamentou no depoimento de um dono de uma fábrica indiana, nos arredores de Nova Déli que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado pelos norte-americanos desde 1995, e não no desrespeito frontal aos princípios da Convenção sobre a Diversidade Biológica.¹¹

Uma alternativa que se mostra razoável, até que se obtenha a desejada normatização internacional, é aquela defendida por Megan Bowman¹², no sentido de que a conciliação entre a CDB e o TRIPs se dê através da aplicação flexível de dispositivos do TRIPs.

O artigo 7º do TRIPs prevê que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a transferência e difusão de tecnologia de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. Tal dispositivo permitiria a implementação de mecanismos aptos a regularem a repartição dos benefícios da tecnologia obtida com o acesso ao conhecimento tradicional associado, como forma de conduzir ao bem-estar social e a um equilíbrio de direitos e obrigações.

Já a proteção contra o acesso não autorizado aos conhecimentos tradicionais poderia ser assegurada pelo disposto no artigo 8º, “2”, que prevê a imposição de medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Outro ponto de conciliação poderia surgir a partir do que dispõe o artigo 27, que, após elencar os requisitos para a concessão de patentes, faculta aos signatários considerar como não

¹¹ SANTILLI, Juliana. *Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 348/349.

¹² BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006

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

O dispositivo acrescenta, ainda, que poderão ser considerados não patenteáveis as plantas e os animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos.

O artigo 30 dispõe que os membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

Já o artigo 67 dispõe que os países-membros desenvolvidos, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países-membros em desenvolvimento. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, e na formação de pessoal, inclusive.

Ressalte-se, todavia, que, em que pese o disposto no artigo 30 do TRIPs poder viabilizar, em tese, a aplicação restritiva de patentes, a solução não se mostraria simples.

O dispositivo em comento não possui força coercitiva sobre os Estados signatários, ou seja, se os países considerados desenvolvidos reconhecerem em suas respectivas legislações patentárias a patente dos produtos obtidos por suas empresas por meio do conhecimento tradicional, não haverá qualquer restrição internacional a tanto.

Além disso, a redação do artigo 30 está carregada de expressões altamente subjetivas, como "não razoável" ou "exploração normal" que podem resultar na sua total inaplicabilidade.

Fato é que a efetividade das legislações internas dos países detentores dos conhecimentos tradicionais fica mitigada em face da ausência de uma norma internacional geral.

Cite-se o exemplo da Convenção de Diversidade Biológica que não teve a assinatura dos EUA, maior detentor de registros de patentes e marcas.

Ademais, a ausência dessa regulação geral e a utilização precária do sistema de patentes fomenta a insegurança jurídica em torno da questão, propiciando, de forma recorrente, a alegação de ausência de novidade.

As normas existentes deixam em aberto o grande problema da efetiva identificação dos conhecimentos tradicionais, dos seus titulares e dos beneficiários da eventual repartição de benefícios, o que demanda um crescente aperfeiçoamento legislativo, que tende a continuar.

Com efeito, a exata identificação da comunidade tradicional detentora do conhecimento tradicional e a definição da forma de repartição dos benefícios são árduas tarefas a serem enfrentadas pelo legislador.

Neste sentido, a edição da Lei n. 13.123/2015, regulamentada pelo Decreto n. 8.772/2016, se revela como boa contribuição para a tentativa de solução das controvérsias jurídicas no Brasil.

O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGen, órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, continua, pela lei, a ser o responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a paridade entre setor empresarial; setor acadêmico; e populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

A lei garante às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado os direitos de ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei; participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na forma do regulamento; usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado e conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

Nos termos do art. 9º, o acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado. Já o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado, que poderá ocorrer, a critério da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional, pelos seguintes instrumentos: assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou adesão na forma prevista em protocolo comunitário.

O Decreto n. 8.772/2016, em seu art. 16, determina que o usuário deverá observar as seguintes diretrizes para a obtenção do consentimento prévio informado: esclarecimentos à população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre: a) os impactos sociais, culturais e ambientais decorrentes da execução da atividade envolvendo acesso ao conhecimento tradicional associado; b) os direitos e as responsabilidades de cada uma das partes na execução da atividade e em seus resultados; e c) o direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado; estabelecimento, em conjunto com a população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, das modalidades de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, derivadas da exploração econômica; e respeito ao direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado, durante o processo de consentimento prévio.

Nos termos do disposto no art. 17, os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, estando 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.

A repartição de benefícios poderá ser monetária ou não monetária, incluindo, entre outras: projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição *in situ* ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; transferência de tecnologias; disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; licenciamento de produtos livre

de ônus; capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social.

Quando a modalidade escolhida for a repartição de benefícios monetária, será devida, nos termos do art. 20, uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica.

O art. 21 prevê que a União poderá, a pedido do interessado, celebrar acordo setorial que permita reduzir o valor da repartição de benefícios monetária para até 0,1% (um décimo por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável.

Quando o produto acabado ou o material reprodutivo for oriundo de acesso ao conhecimento tradicional associado que seja de origem identificável, o provedor de conhecimento tradicional associado terá direito de receber benefícios mediante acordo de repartição de benefícios, que será negociado de forma justa e equitativa entre as partes, atendendo a parâmetros de clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas, que deverão indicar condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curto, médio e longo prazo.

Buscando a conciliação dos dois mencionados sistemas protetivos a lei prevê em seu art. 47 que a concessão de direito de propriedade intelectual pelo órgão competente sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado fica condicionada ao cadastramento ou autorização.

5. CONCLUSÃO

Há vários obstáculos na busca de um sistema conciliador entre as normas de propriedade intelectual e a Convenção de Diversidade Biológica. Enquanto o Japão, os Estados Unidos, os países europeus e outros do hemisfério norte concentram-se no aperfeiçoamento do sistema patentário vigente, os países detentores da quase totalidade de biodiversidade mundial, como Brasil, Indonésia, Colômbia, México, Austrália e outros, procuram a construção de um sistema legal baseada nos princípios da CDB.

A solução, de fato, é complexa e caminha para a construção de um sistema normativo internacional melhor adequado às especificidades dos conhecimentos tradicionais e de seus detentores, consagrando, como exigência à concessão de patentes, a identificação da fonte do

conhecimento tradicional utilizado e a prova da obtenção do consentimento prévio e fundamentado e da repartição justa e eqüitativa de benefícios.

Atualmente, em face da ausência de tal regulação internacional definitiva, deve-se aplicar ao tema os institutos jurídicos já existentes.

Neste sentido, no que se refere ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, afigura-se razoável a aplicação flexível do TRIPs, em face da ausência de instrumento legal específico, embora de efeito prático reduzido para as comunidades tradicionais. Ainda que a redação do artigo 30 do TRIPs não seja a ideal, em face de seu subjetivismo, a sua aplicação, em consonância com o disposto no artigo 67, poderá, se corretamente interpretado pelos países signatários, viabilizar a adoção dos princípios consagrados no artigo 8º, “j”, da CDB.

Utilizando a metodologia jurídico-teórica e o procedimento de raciocínio dedutivo e tendo por marco teórico legislativo a Lei n. 13.123/2015, o trabalho analisou a regulamentação jurídica da obrigação de repartição de benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

A edição da Lei n. 13.123/2015, regulamentada pelo Decreto n. 8.772/2016, se revela como boa contribuição para a tentativa de solução das controvérsias jurídicas no Brasil, ao regulamentar a repartição de benefícios decorrente do acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Para que se obtenha efeito prático da norma, impõe-se o fortalecimento dos órgãos destinados à pesquisa e à identificação dos conhecimentos tradicionais associados e das comunidades que o desenvolveram. A melhoria desta base de dados permitiria, ainda que precariamente, a oposição aos pedidos de patentes, com fulcro na ausência do requisito da novidade, protegendo-se, assim, as comunidades indígenas ou tradicionais.

REFERÊNCIAS

BOWMAN, Megan. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. *In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. Business law & technology: present and emerging trends. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006.*

BRASIL. Lei n. 13.123 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm#art50>. Acesso em 9.ago.2017.

BRASIL. Decreto 8.772 de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm>. Acesso em 9.ago.2017.

CONJUR, 23.jul.2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-23/empresa_alema_desiste_registro_marca_rapadura>. Acesso em: 9 ago. 2017.

DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FINGER, J. Michael. *Poor people's knowledge: helping poor people to earn from their knowledge*. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/15/000009486_20040415114839/Rendered/PDF/wps3205poorpeople.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2007.

MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Interfaces entre a proteção da cultura quilombola e a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman (Org.). *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

PARÁ. OAB/PA. Disponível em: <<http://www.oab.pa.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROHRMANN, Carlos Alberto; SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Intellectual property rights, plant genetic resources and international law: potential conflicts and options for reconciliation. In: KIERKEGAARD, Sylvia Mercado. *Business law & technology: present and emerging trends*. Dinamarca: Copenhagen, v. 1, 2006.

SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem pelo Distrito dos Diamantes e litoral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 83-102, jan./mar. 2003.

SANTILLI, Juliana. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção. *In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.