

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

MARALUCE MARIA CUSTÓDIO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maraluce Maria Custódio, João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-122-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Inovação. 3. Propriedade Intelectual. 4. Concorrência. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E
CONCORRÊNCIA**

Apresentação

Apresentação não realizada pelos Coordenadores do GT.

A NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA DO CONHECIMENTO TRADICIONAL LA NATURALEZA JURÍDICA HÍBRIDA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

Veronica Lagassi
Marta Maria Alonso De Siqueira

Resumo

Hodiernamente, a busca pela efetividade da proteção legal dos conhecimentos tradicionais tornou-se um objetivo a ser alcançado por cada país e no caso brasileiro não é diferente. Conhecimentos tradicionais serão todos aqueles comuns e pertencentes a um ou mais povos, construídos a partir de práticas, costumes e crenças transmitidos de geração a geração e cuja existência gera reflexos diretos na cultura de um país. A concepção dos conhecimentos tradicionais pode estar associada ao patrimônio genético de um ou mais países, pois nada impede que ele seja de origem compartilhada, o que elevaria ainda mais a relevância de sua proteção, uma vez que sua manutenção ou extinção pode interferir não só na identidade cultural como também no desenvolvimento econômico do país ou países em que eles se originam. Tais conhecimentos podem ainda representar a riqueza tecnológica de uma nação ante sua utilização para exploração comercial. Diante disso, a preocupação com a sua proteção ganha nova dimensão, tornando-se objeto de preocupação da Comunidade Internacional, em especial da OMPI. E, muito embora a Comunidade Internacional reconheça a sua natureza de direitos humanos e de propriedade intelectual ainda que *sui generis*, tal argumento não vem sendo utilizado em prol da efetividade de sua proteção, o que deve ser realizado com urgência, conforme será demonstrado neste trabalho.

Palavras-chave: Palavras-chave: conhecimentos tradicionais, Direitos humanos, proteção, Efetividade e natureza jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

En nuestros tiempos, la búsqueda por la efectividad de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales se ha convertido en una meta a ser alcanzada por cada país y, en el caso de Brasil, no es distinto. Conocimientos tradicionales son todos aquellos comunes y de pertenencia a un o más pueblos, construido a partir de las prácticas, costumbres y creencias, transmitidas de generación en generación y cuya existencia genera un impacto directo en la cultura de un país. Su concepción puede estar asociada con el patrimonio genético de un o más países, lo que eleva la importancia de su protección, ya que que su mantenimiento o extinción puede interferir no sólo en la identidad cultural, así como en el desarrollo económico de un país. Dado que, puede representar la riqueza tecnológica de una nación por su uso para fines de exploración mercantil. Sin embargo, la preocupación con su protección pasa a tener una nueva dimensión, haciendo-se objeto de preocupación de la Comunidad Internacional, em especial de la OMPI. Así, sin embargo la Comunidad

Internacional reconozca su naturaleza de derechos humanos y de propiedad intelectual todavía sui generis, tal argumento no es utilizado para promover la efectividad de su protección, lo que se debe hacer, como se demostrará en este estudio.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras-clave: conocimientos tradicionales, Derechos humanos, Protección, efectividad y naturaleza jurídica

INTRODUÇÃO

Os Conhecimentos Tradicionais seriam todos aqueles que são fruto da experiência humana em uma dada região, sendo transmitidos verbalmente, de geração a geração, interferindo diretamente nos costumes e crenças de um povo. Esses conhecimentos podem ser materiais ou não, mas estão sempre vinculados a cultura ou aos costumes de um determinado lugar. E, por serem fruto do experimento humano, diferem-se do conhecimento científico, pelo fato deste último ter sido objeto de pesquisa e da adoção de um método para sua obtenção.

Assim, o conhecimento tradicional não goza de observância ou respeito a qualquer critério científico apesar de normalmente fazer uso do procedimento empírico (experimentação).

Porém, ainda que o conhecimento tradicional não possa ser classificado como objeto do intelecto, a sua importância impede que ele seja dissociado do âmbito de sua proteção como instituto “sui generis” da propriedade intelectual. Isso porque os conhecimentos tradicionais possuem uma natureza jurídica híbrida, tendo em vista que são ao mesmo tempo direitos de propriedade intelectual e indubitavelmente direitos humanos culturais. Neste último caso, pelo fato de poder representar a identidade cultural de um povo.

E, é justamente sob a ótica da natureza jurídica de Direitos Humanos que resulta a maior fonte de proteção para os conhecimentos tradicionais, tendo em vista que os direitos humanos possuem a característica da imprescritibilidade e até alguns precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Este é o cerne do presente trabalho, que traz como metodologia a pesquisa feita em fontes legais, jurisprudenciais e bibliográficas.

Da Natureza Jurídica Híbrida e da Efetividade de sua Proteção.

A doutrina entende que o direito de usar uma criação intelectual avizinha-se dos direitos de propriedade, pois apesar de se tratar de um bem imaterial não deixa de ser também uma coisa (res) sobre a qual o sujeito ostenta seu direito de senhoria¹. A partir daí, surge a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica da criação advinda do

¹ VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.451-452.

intelecto, onde Clóvis Bevilacqua com apoio de Ihering defendia ser o direito do autor um direito real, que se inclui entre os bens móveis incorpóreos.

No entanto, não foi este o entendimento dado pela Constituição Federal de 1988 ao inserir topograficamente o direito de autor no título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, posto que expressa uma garantia e um estímulo à criação da mente humana e potencializa a capacidade inventiva do indivíduo. E tudo isso, sem contar com a função de balizamento do legislador diante de seu dever de observância da Constituição.

É justamente neste mesmo sentido que se deve analisar a natureza jurídica dos conhecimentos tradicionais, posto que sua gênese perpassa pelo intelecto e ao invés de um autor, tem-se uma coletividade.

Conforme dito antes, o conhecimento tradicional não goza de observância ou respeito a qualquer critério científico apesar de normalmente fazer uso do procedimento empírico (experimentação) e por esta razão sua relevância terminou por ser até bem pouco tempo ignorada. Especialmente, quando estamos diante do conhecimento tradicional pertencente aos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Neles, os conhecimentos tradicionais normalmente são ignorados até o momento em que seus povos perdem sua posse e domínio. E isso, simplesmente acontece porque para seu detentor o conhecimento tradicional é algo tão trivial e indissociável de sua cultura, que o torna presa fácil a terceiro mal intencionado na sua exploração.

Conforme bem observam Simone Nunes Ferreira e Adriana Nogueira Rocha Clementino:

Nos últimos anos, o reconhecimento da importância desses conhecimentos e a discussão sobre formas de proteção aplicáveis têm permeado diferentes foros internacionais, tais como a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Convenção sobre Diversidade Biológica. Esses foros demonstram que o tema pode ser examinado em diferentes dimensões: a dimensão do direito privado reconhecido pelo Estado (propriedade intelectual), a dimensão do direito público protegido pelo Estado (direitos humanos) e a dimensão ambiental (acesso a conhecimento tradicional associado a recursos genéticos)²

² FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ADRIANA NOGUEIRA ROCHA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. **Revista Jurídica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm, retirado no dia 24.04.2015.

Neste mesmo sentido, já asseverava Celso Albuquerque Mello³:

“A globalização é uma grande ameaça aos valores tradicionais e que acabará, possivelmente, por beneficiar alguns Estados de que as matrizes das transnacionais são nacionais. O fenômeno da globalização só produziu a miséria. Todo o capitalismo é selvagem. A grande questão é saber se é possível parar com a globalização e se voltar a valorizar o homem e não o capital.”

Essa situação de ignorância a respeito dos conhecimentos tradicionais é bastante factível e pode ser ainda mais gravosa, quando esse conhecimento está atrelado ao patrimônio genético do país que originariamente o possuiu. Posto que, não são incomuns os casos em que o objeto de concessão de patente foi fruto do aprimoramento ou transformação do conhecimento tradicional em conhecimento científico, realizado por terceiro. Este último, normalmente, um país desenvolvido.

E embora pudéssemos sustentar a invalidade da supracitada concessão com base na ausência do requisito essencial que é a “novidade”, na prática isso dificilmente ocorre, já que o país lesado é quase sempre aquele que está em vias de desenvolvimento, onde este tipo de conhecimento não é devidamente valorizado e também normalmente não há meios legais efetivos para a sua proteção.

Assim, diante da importância que os conhecimentos tradicionais possuem de poderem contribuir para individualizar e até mesmo formar uma determinada identidade cultural regional, a sua proteção é essencial para a manutenção da identidade cultural.

Registre-se que os conhecimentos tradicionais terão por características: a de enriquecerem-se a cada geração; serem adquiridos e comprovados empiricamente; relacionam-se ao território, ao uso de seus recursos naturais, inclusive genético e ao meio ambiente; podem ser expressos em uma dada comunidade na forma pela qual manejam a terra ou a agricultura, se organizam socialmente, praticam a espiritualidade, a medicina tradicional e as relações entre animal e vegetal.

Tais características farão com que eles reflitam-se na cultura, religião, educação, saúde e o estado do meio ambiente. Daí a sua importância, tendo em vista que em última análise podem servir como forma de identificação de um povo.

³ MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 35.

Neste sentido, Stuart Hall⁴ vai defender que:

As culturas nacionais são uma forma distintivamente moderna. A lealdade e a identificação que, numa era pré-moderna ou em sociedades mais tradicionais, eram dadas à tribo, ao povo, à religião e à região, foram transferidas, gradualmente, nas sociedades ocidentais, à cultura nacional.

Assim, sob a ótica do que Hall defende os conhecimentos tradicionais serão imprescindíveis à formação e manutenção da identidade cultural na pós-modernidade.

Além disso, será a existência das características acima elencadas para os conhecimentos tradicionais que irá legitimar a doutrina a estabelecer um elo entre a proteção dos conhecimentos tradicionais e o reconhecimento às comunidades mais diversas sobre “seu conhecimento tradicional”. O que propiciaria o poder de inibição ou controle sobre seu uso ou divulgação, bem como iria garantir benefícios para seguir investigando e possibilitar o fortalecimento e crescimento econômico de seu detentor como comunidade.

Contudo, quer como identificador cultural ou propulsor do desenvolvimento os conhecimentos tradicionais estão sempre expostos ao risco que a globalização provoca para a cultura, conforme analisa Sidney Guerra⁵:

Nos dias atuais, culturas, etnias e raças vêm sendo empurradas pela globalização, envolvendo praticamente todos os países, uns como hegemônicos, protagonistas ou dominantes, uns como subordinados, dominados ou coadjuvantes e outros como apêndices, com sérias consequências para as nações e para os Estados e seus cidadãos.

A globalização vem exigindo a eliminação de fronteiras geográficas nacionais, e difundindo contínua modernização, expansão econômica, política, militar e territorial, fundindo e/ou destruindo identidades nacionais pela imposição de governos e modos de produção, enquanto mundializa a cultura.

Também corrobora no mesmo sentido o entendimento de Pierina German Castelli e John Wilkinson⁶:

⁴ HALL, Stuart. (tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro). A Identidade Cultural na Pós-modernidade. 11ª edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011. P. 49.

⁵ GUERRA, Sidney da Silva. Direitos Humanos & Cidadania. São Paulo: Atlas, 2012, p 118.

⁶ CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção. (UFRRJ). P. 89. Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.

Os avanços da biotecnologia transformam a biodiversidade mundial num vasto gene pool, cujos recursos genéticos se tornam insumos estratégicos para o desenvolvimento de novos produtos e processos e permeiam grandes setores industriais (energia, fármacos, alimentos, cosméticos). Esta riqueza potencial se localiza, sobretudo, nos países em desenvolvimento, cujos centros de diversidade biológica ainda resistem aos avanços da Revolução Verde. O acesso a esses recursos, fonte de grande tensão entre países e diferentes atores sociais, coloca as grandes empresas e negociadores dos organismos internacionais diretamente em contato com comunidades tradicionais e indígenas, provocando uma discussão sobre direitos que dificilmente se enquadra nas legislações vigentes.

E todo este risco a que os conhecimentos tradicionais estão sujeitos, tem origem justamente de sua natureza híbrida de Direitos Humanos e “sui generis”.

Contudo, esta natureza híbrida em nada irá diminuir a sua importância e conseqüentemente, a necessidade de sua proteção. Nesse sentido, Stephen B. Brush⁷ vai defender a essencialidade da biodiversidade, dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional no bem-estar de uma população e suas gerações, tornando-se importante esse conhecimento, tanto para os esforços dirigidos à sua conservação quanto para identificar componentes ou genes úteis.

É com base em sua importância e na proteção de uma dada identidade regional, que o conhecimento tradicional foi objeto de preocupação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, conforme destacam Ferreira e Clementino⁸:

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI estabeleceu o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (IGC - sigla em inglês), por intermédio de sua Assembléia Geral, realizada em outubro de 2000, como um fórum internacional para o debate e diálogo sobre as interfaces entre propriedade intelectual, conhecimento tradicional, recursos genéticos e expressões culturais tradicionais (folclore)(2). O IGC tem procurado determinar os elementos relativos a um sistema sui generis de proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados desde 2001.

Com objetivo semelhante, o conhecimento tradicional estará previsto na Lei Brasileira através do artigo 45, inciso II, 2ª parte, da Lei nº 9.610/98 (Lei do Direito Autoral) como bem pertencente ao domínio público. Ou seja, trata-se de bem de

⁷ BRUSH, Stephen B. Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights? In: Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights. Edited by Stephen B. Brush e Doreen Stabinsky, 1996;

⁸ FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ROCHA, ADRIANA NOGUEIRA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. Revista Jurídica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm, retirado no dia 24.04.2015.

propriedade da população brasileira, posto que contribui para a manutenção de sua identidade cultural.

Essa propriedade garante-nos o direito de usar, gozar e dispor deste bem, que é o conhecimento. Além de reavê-lo de quem quer que o possua ou o detenha injustamente.

Insta observar, que o direito de propriedade está regulado e protegido por leis infraconstitucionais. Muito embora, a Constituição Federal Brasileira de 1988 também o mencione em seu art. 5º, inciso XXII. Além disso, por tratar-se de bem cuja natureza jurídica está atrelada ao Direito à Propriedade Intelectual, teremos também a observância de Acordos e Tratados Internacionais que o mencionem.

Neste aspecto, a Comissão sobre Propriedade Intelectual e Industrial defende ser benéfica a atribuição da propriedade dos conhecimentos tradicionais a um país. O motivo para isso é o fato de essa atribuição acarretar a redução de uma injustiça que se percebe mundialmente com a globalização disseminando tais conhecimentos. Além disso, também trará maior reconhecimento do valor econômico tradicional e respeito por quem o reservou, bem como a melhora na qualidade de vida e no grau de desenvolvimento.

Em consonância com o acima dito, também está a Convenção da Biodiversidade da Organização das Nações Unidas da qual o Brasil é signatário e que foi internalizada no ordenamento pátrio através do Decreto nº 2519/98 e atualmente regulado pela Lei nº 13.123/2015.

Diante destes benefícios, inúmeras razões podem ser arguidas para sua proteção. Dentre as quais, a primeira advém do fato de que a sua perda, gera também a perda de nossas identidades, culturas e tradições, além da expropriação de recursos naturais. Não foi à toa que a Constituição Federal Brasileira determinou sua proteção à luz do que dispõem os artigos 215 e 216, além do inciso II, do artigo 225 deste diploma legal.

Cumpramos ressaltar, que esse risco não é de forma alguma remoto. Para tanto, basta verificarmos alguns casos concretos em que os conhecimentos tradicionais são espoliados, a saber:

O primeiro dos casos, diz respeito ao conhecimento tradicional indígena da toxina dos sapos. Habitualmente utilizado pelos índios para fins medicinais e também

em suas flechas para fins de caça, o veneno de algumas espécies de sapos⁹¹⁰ possui efeito analgésico e vem sendo estudado para fins de exploração por laboratórios farmacêuticos.

Um exemplo disso foi o caso da rã *Epipedobates tricolor*. Cujo veneno tradicionalmente utilizado como analgésico pelos povos indígenas da Amazônia, foi patenteado pelo laboratório norte-americano Abbot. Para isso, foi feita a retirada ilegal de 750 rãs desta espécie por seus cientistas. O que ocorreu sem qualquer permissão necessária, concedida por qualquer um dos países que a floresta Amazônica permeia.

Além deste caso, tivemos no Brasil o litígio que envolvia a artista plástica Maria Bernadete Conte e a H. Stern, essa última uma empresa de jóias. A lide ocorreu porque a supracitada artista plástica apresentou à H Stern uma coleção de jóias que tinha por inspiração a arte indígena e a empresa na época não demonstrou qualquer interesse em reproduzir. No entanto, seis anos depois a mesma empresa lança no Brasil e em outros países uma coleção batizada de Purãngaw, cuja similitude com a coleção que foi apresentada pela artista plástica era muito grande posto que baseada na arte e cultura dos povos indígenas do território brasileiro. E por este motivo, a referida artista em setembro de 1996 propôs uma ação judicial contra a empresa, onde fundamentava seu pedido na violação presumida de seu direito de autora.

Curiosamente, o caso foi julgado em primeira instância com decisão desfavorável à autora da ação e foi revertido ao seu favor em sede de apelação. A H Stern ainda tentou mais uma vez recorrer do acórdão, porém seu pleito foi inadmitido. Porém, o mais interessante neste litígio conforme observa Carla A. Barbosa foi o fato de que no relatório havia o arrolamento explícito dos reais detentores dos direitos morais daquilo que era objeto da lide, mas em momento algum do processo a violação dos direitos de autor das etnias citadas fora mencionada. Para tanto, basta vermos a transcrição feita pela supracitada autora¹¹:

⁹ Bichos do Brasil. Disponível em: <http://www.bichosbrasil.com.br/sapogarimpeiro/>, retirado em 25.05.2015.

¹⁰ Sapo Garimpeiro. Disponível em: http://www.upiranga.com/zoologico/sapo_garimpeiro.htm, retirado em 25.05.2015.

¹¹ BARBOSA, C. A.; BARBOSA, J. M. A. & FIGUEIREDO, P. O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas. IN: Proa –

as jóias idealizadas pela autora [Maria Bernadete Conte] reproduzem modelos das tribos *Muirakitãs* (fls. 95, 97, 98, 99), *Wai-Wai* (fls. 101, 102, 104), *Arumã I* (fls. 105), *Krixaná* (fls. 106, 107), *Karajá* (fls. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115), *Maiongong* (fls. 126, 127), *Asurini* (fls. 136, 137) *Apaiãl* (fls. 141, 142) » e que « as peças da Coleção Purãngaw traduzem criações artísticas das tribos *Ashaninka*, *Kadiwéu*, *Kaiapó*, *Bororó*, *Nahukuá*, *Kaigang* e *Ramkokamekra-canela*, *Tukano*, *Carajás* (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 66).

Diante dos casos acima narrados, no ano de 2001, o Brasil editou a Medida Provisória nº 2186. Seu objetivo era de regular o inciso II, do § 1º e o § 4º, do artigo 225 da Constituição Federal. Essa medida foi recentemente revogada pela Lei nº 13123, de 20 de maio de 2015.

No entanto, pode-se dizer que ambas as regulações têm por objeto o acesso ao conhecimento tradicional associado à repartição de benefícios e ao acesso à tecnologia, assim como vislumbram a sua transferência para conservação e utilização.

Para Sandra Akemi Shimada Kishi¹²:

Os conhecimentos dessas populações tradicionais são reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 como patrimônio cultural brasileiro, bens de natureza imaterial ou material, tomados individualmente ou em conjunto. Integram a categoria de bens de interesse público, porque o artigo 129, V da CF/88 atribui ao Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, e coletivo lato sensu ou difuso, porquanto o elenco do inciso III desse comando do artigo 129 não é exaustivo, é exemplificativo. Por isso, ainda que apenas um indivíduo da comunidade tradicional detenha o conhecimento associado à biodiversidade, este sempre detém natureza coletiva.

A supracitada autora criticava que a natureza coletiva do conhecimento tradicional não era clara na Medida Provisória ora revogada pela Lei nº 13123/2015. Problema que foi surpreendentemente sanado por esta última lei.

Entretanto, conforme Caterine Castro¹³ vai defender:

Revista de Antropologia e Arte [on-line]. Ano 02, vol.01, n. 02, nov. 2010. Disponível em:http://www.ifch.unicamp.br/proa/ArtigosII/carla_joao_patrick.html , acesso em:09.08.2015.

¹² KISHI, Sandra Akemi Shimada. Conhecimento Tradicional. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-print.php?page=Conhecimento%20tradicional>, retirado em 14.04.2015.

¹³ CASTRO. Caterine Vasconcelos de. A Proteção do Conhecimento Tradicional dos Povos Indígenas sob a Concepção do Pluralismo Jurídico (dissertação). Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

As tentativas de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais dos Povos Indígenas, no cenário internacional, não decorrem das próprias necessidades fundamentais desses sujeitos coletivos sob a premissa de que no âmbito dos fóruns internacionais multilaterais as tentativas de proteção foram formatadas pelo desejo ocidental de enquadrar os sistemas sociais e culturais dos povos indígenas no direito de propriedade intelectual e dos benefícios financeiros daí advindos.

E o efeito prático disso, é que não temos os conhecimentos tradicionais erigidos por sua importância sociocultural e sim, pelos benefícios financeiros que eles podem acarretar. E o pior, é que apesar disso conforme vimos a sua proteção é exígua na legislação pátria, principalmente no que tange a impossibilitar o seu patenteamento no exterior.

Assim, conforme defendido por Pierina German Castelli e John Wilkinson¹⁴:

A produção do conhecimento nas comunidades indígenas não pode mais ser vista segundo o eixo “tradicional-moderno”, mas deve ser entendida como um tipo de atividade de inovação coletiva que envolve um alto grau de conhecimento não-codificável, uma característica que a literatura de inovação mostra poder igualmente estar presente nas atividades de alta tecnologia, como no caso de *Silicon Valley*.

Trata-se de uma mistura específica de processos codificáveis/não-codificáveis e coletivos/individuais que exigem a elaboração equitativamente de todos os atores envolvidos no processo e que deve ser reconhecida no plano internacional em equivalência com outros regimes, sejam eles patentes, direitos autorais ou proteção de informação confidencial.

Assim, ao atribuímos ao conhecimento tradicional a natureza jurídica híbrida, dentre as quais a de Direitos Humanos, estaríamos dando efetividade a sua proteção. Pois, sem dúvida alguma, isso evitaria novas situações de espoliações ao patrimônio nacional, uma vez que os direitos humanos possuem a característica da imprescritibilidade. Enfim, estaríamos permitindo que o titular de um conhecimento tradicional fizesse uso do argumento da característica da imprescritibilidade dos Direitos Humanos de modo a defendê-lo de qualquer espoliação.

A imprescritibilidade como característica dos direitos humanos significa que a proteção esses direitos não podem ser perdidos pela falta de uso ou prescrição. Assim, mesmo que direitos ao conhecimento tradicional sejam usurpados por terceiros é possível que as comunidades afetadas venham a reivindicar não tão somente a qualidade

¹⁴CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção. (UFRRJ). Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.

de proprietários morais desses direitos, mas também o direito à sua exploração econômica.

Do ponto de vista da teoria dos Direitos humanos, o direito à proteção do conhecimento tradicional pode ser classificado como um direito humano de segunda dimensão ou geração. São os denominados direitos sociais, econômicos e culturais.

Em relação aos direitos culturais assevera Sidney Guerra¹⁵ que esses direitos “dizem respeito ao resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução da cultural das comunidades, bem como a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.” Dessa forma, os conhecimentos tradicionais possuem clara natureza jurídica de direitos humanos de segunda dimensão ou geração.

A natureza jurídica dos conhecimentos tradicionais como direitos de segunda geração pode ser encontrada tanto no sistema global de proteção de Direitos Humanos, quando no sistema interamericano de direitos humanos em seus principais tratados. No sistema global, o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e culturais de 1966, promulgado pelo Decreto nº 591 de 6/07/ 1992. Com efeito, o artigo 15, parágrafo § 1º, item 1, 2 e 3 dessa importante Convenção Internacional assegura ao indivíduo o direito de participar da vida cultural, desfrutar o progresso científico e suas aplicações e beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica e à atividade criadora.

Ainda no âmbito global, deve-se destacar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁶, que foi aprovada pela Resolução 1/2 do Conselho dos Direitos Humanos da ONU de 29/06/2006, e pela Resolução 61/295, da Assembleia das Nações Unidas de 2007. Como mera Declaração, não possui força vinculante, mas serve de norte interpretativo e de referência para a legislação nacional e internacional. É o que se denomina de *soft law*, sendo uma norma de importante cunho político entre os países integrantes do sistema da ONU. Essa Declaração pode ser tida como importante instrumento de proteção dos conhecimentos tradicionais ao dispor em seu artigo 31:

¹⁵ GUERRA, Sidney da Silva. Direitos Humanos & Cidadania. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

¹⁶ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1. Acesso em 17/07/2015.

Os povos indígenas tem o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais, manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais. Grifos nossos.

A natureza jurídica dos conhecimentos tradicionais como direitos humanos de segunda geração também pode ser claramente observada no Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 1999 e promulgado internamente pelo Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999. Esse Protocolo faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, porém não reconhece o direito de petição para os direitos que diferem da associação sindical e da educação. Assim, pode-se afirmar que do ponto de vista interamericano a proteção ainda é não efetiva.

Porém, a natureza jurídica de conhecimentos tradicional como direito humano pode ser observada no artigo 14, item “b” e “c” do Referido Protocolo. Esse artigo dispõe sobre os benefícios do Direito à cultura. Na íntegra o referido artigo do Protocolo dispõe:

Artigo 14

Direito aos benefícios da cultura

1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa
 - a. Participar na vida cultural e artística da comunidade;
 - b. Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico;**
 - c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.**
2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.
3. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora.
4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo. **Grifos nossos.**

A Corte Interamericana tem apreciado com relativa constância casos que envolvem direitos à diversidade cultural e, indiretamente, a proteção dos conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas quando relacionados com outros direitos.

Um caso emblemático é o caso ¹⁷Comunidade indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai. Este caso foi julgado em 29/03/2006. Este caso relaciona o direito à vida e à saúde com o direito de exercer os conhecimentos tradicionais. Esse caso foi apresentado à Corte em 2005 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que alegava que o Paraguai teria violado os direitos à vida, à integridade física, à propriedade privada, bem como não as garantias judiciais da Comunidade indígena Sawhoyamaxa.

Ainda segundo as alegações da Comissão Interamericana, desde 1991 essa comunidade teria ficado impossibilitada de ter acesso à terra, o que afetou a sua sobrevivência, pois eles se ficaram sem ter como se alimentar e sem ter como exercer seus conhecimentos tradicionais médicos, quando foram assentados em outra região, às margens de rodovias.

Sem acesso às suas terras, não tiveram como viver conforme suas tradições, afastados das plantas medicinais das quais faziam uso, o que lhes prejudicou a saúde e a vida, tendo diversos indígenas dessa Comunidade vindo a óbito.

As alegações da Comissão foram ao final comprovadas por provas testemunhais, e a Corte pôde verificar que a falta da possibilidade de acesso aos recursos naturais e ao exercício dos conhecimentos tradicionais violou o direito à saúde e à vida dos indivíduos daquela Comunidade.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu as violações cometidas pelo Estado do Paraguai por diversas violações da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa, destacando, dentre outras, a violação do direito à vida e à saúde pelo impedimento de que vissem conforme sua cultura. Assim, a Corte condenou o Estado a adotar medidas legislativas e administrativas para entregar novamente as terras

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA VERSUS PARAGUAY. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 15/08/105.

tradicionais Sawhoyamaxa à Comunidade, bem como condenou-o a implementar de um fundo de desenvolvimento comunitário e a pagar indenização por dano moral.

Conclusão.

Esse artigo se propôs a demonstrar através da doutrina, das leis e dos tratados internacionais de Direitos Humanos a natureza híbrida dos conhecimentos tradicionais.

O objetivo de destacar essa natureza jurídica híbrida dos conhecimentos tradicionais foi justamente o de demonstrar a melhor possibilidade de sua efetivação – não apenas no plano nacional, mas também no plano internacional.

Dessa forma, os conhecimentos tradicionais podem ser vistos tanto como direitos de propriedade intelectual *sui generis*, tanto como direitos autorais, tanto como direitos humanos culturais, de segunda geração. E sendo direitos humanos culturais de segunda geração, as comunidades atingidas podem a qualquer tempo reclamar a sua proteção, haja vista o caráter imprescritível desse direito.

Esses variados prismas de abordagem conferem maior facilidade para a defesa dos conhecimentos tradicionais, tendo em vista a sua relevância para proteção da identidade, das tradições e das diferentes culturas nacionais. Permitir que terceiros se apropriem indevidamente de conhecimentos, muitas vezes milenares, significaria permitir a violação direta de direitos humanos culturais de segunda geração.

Os conhecimentos tradicionais como direitos humanos culturais estão previstos em Tratados Internacionais, dentre os quais destacaram-se neste trabalho: o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e culturais de 1966, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o Protocolo de San Salvador.

As Cortes de Direitos Humanos Internacionais, ainda que não abordem ainda de forma direta sobre a violação dos conhecimentos tradicionais, de forma indireta já apresentaram condenações com violação desses conhecimentos como pano de fundo para as suas decisões.

Assim, os conhecimentos tradicionais não podem ser considerados somente como insumos para biotecnologia, mas principalmente como a expressão das tradições, culturas e tradições de um povo.

Referência bibliográfica:

- BARBOSA, C. A; BARBOSA, J. M. A. & FIGUEIREDO, P. **O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas.** IN: Proa – Revista de Antropologia e Arte [online]. Ano 02, vol.01, n. 02, nov. 2010. Disponível em:http://www.ifch.unicamp.br/proa/ArtigosII/carla_joao_patrick.html. Acesso em: 09.08.2015.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 2186/2001.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm, retirado em: 15.11.2014.
- _____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, retirado em: 15.11.2014.
- _____. **Lei nº 9279/96 (Lei de Propriedade Industrial).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm, retirado em: 05.04.2015;
- _____. **Lei nº 9456/97 (Lei de Proteção de Cultivares).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm, retirado em: 22.04.2015.
- _____. **Lei nº 13123/2015 (Lei dos Conhecimentos Tradicionais).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm, retirado em 22.05.2015.
- _____. **Decreto nº 2519/98.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D2519.htm#anexo, retirado no dia 27.05.2015.
- BRUSH, Stephen B. **Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights?** In: Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights. Edited by Stephen B. Brush e Doreen Stabinsky, 1996.
- CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. **Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção.** (UFRRJ). Disponível em: <http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.
- CASTRO. Caterine Vasconcelos de. **A Proteção do Conhecimento Tradicional dos Povos Indígenas sob a Concepção do Pluralismo Jurídico** (dissertação). Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

- FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ROCHA, ADRIANA NOGUEIRA. **A Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade**. Revista Jurídica. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm, retirado no dia 24.04.2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CASO COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA VERSUS PARAGUAY**. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 15/08/105.
- **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1. Acesso em 17/07/2015.
- GOMES, Luís Flávio. MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GUERRA, Sidney da Silva. **Direitos Humanos & Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____ . **Direitos Humanos**. Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HALL, Stuart. (Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro). **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11ª edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Conhecimento Tradicional**. Disponível em:
<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-print.php?page=Conhecimento%20tradicional>, retirado em 14.04.2015;
- LAGASSI, Veronica. **Ensaio de uma Tese: A Certificação Geográfica para o Cultivo de Alimento Orgânico**. (XXIII CONPEDI) Disponível em:
www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=210;
- MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996;
- MELO, Ezi. **Estrangeiros registram patentes sobre produtos da Amazônia**. Fonte: A Gazeta, Rio Branco - AC - 27/12/2002. Disponível em:
<http://www.abfit.org.br/noticias/outros-anos/antes-de-2012/21-estrangeiros-registram-patentes-sobre-produtos-da-amaz%C3%B4nia>, retirado em 19.04.2015;

- MOREIRA, Eliane. **Conhecimentos tradicionais como Direitos Humanos Culturais**. Revista Internacional Direito e Cidadania. Disponível em: <http://www.reidespecial.org.br/?CONT=00000252>. Retirado em: 16/08/2015.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Convenção da Biodiversidade**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>, retirado em 22.04.2015.
- Sapo Garimpeiro**. Disponível em: http://www.upiranga.com/zoologico/sapo_garimpeiro.htm, retirado em 25.05.2015.
- Bichos do Brasil**. Disponível em: <http://www.bichosbrasil.com.br/sapogarimpeiro/>, retirado em 25.05.2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva. 2009.
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.451-452;