

# TUTELA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS FACE À SUA DIVERSIDADE

## A EMERGÊNCIA DOS PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS

Mauricio Guetta

Nurit Bensusan

### 1. INTRODUÇÃO

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), ao reconhecer a importância dos conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas e comunidades tradicionais para a conservação da biodiversidade, e ao delinear o instrumento da repartição de benefícios derivados do uso dos recursos genéticos, abriu amplo espaço para a discussão das possibilidades de proteção ao conhecimento dessas populações. Logo ficou claro que as formas nas quais esse conhecimento se apresenta impedem que os mecanismos clássicos<sup>109</sup> de propriedade intelectual sejam adequadamente utilizados para sua proteção. Ainda assim, e apesar de inúmeras tentativas, não foi possível desenvolver sistemas *sui generis* para a devida tutela desses conhecimentos.

Os sistemas *sui generis* aqui mencionados são aqueles que tentam incorporar, como recomendado pelo Grupo de Trabalho do artigo 8º, j<sup>110</sup> da CDB, as caracte-

---

<sup>109</sup> Há, para além dos sistemas de patentes, outros mecanismos que se destinam a proteger conhecimentos, como por exemplo o sistema de indicações geográficas, as marcas registradas coletivas e os *copyrights*. Esses instrumentos, porém, apesar de não serem adequados para o desenvolvimento de um sistema *sui generis* para a proteção do conhecimento tradicional, podem ser usados como medida defensiva adicional.

<sup>110</sup> Artigo 8º, 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

rísticas únicas do conhecimento tradicional. Como explicitado pela informação submetida pelo IIED e outros a esse grupo de trabalho, em 2005, o esforço para o desenvolvimento de um sistema *sui generis* para a proteção do conhecimento tradicional passa obrigatoriamente pelo reconhecimento do caráter holístico dos sistemas de conhecimento tradicional e das cosmovisões de povos indígenas e comunidades locais (IIED *et al.*, 2005). O caráter imaterial, simbólico e espiritual dos saberes ligados à biodiversidade, incluindo a agrobiodiversidade, as plantas medicinais, os artefatos usados no cotidiano, as formas de manejo e uso de plantas e animais, entre muitos outros elementos culturais, leva à percepção da natureza como algo integrado, uno e por vezes sagrado por parte de muitos desses povos e comunidades.

Ainda usando como base a informação supracitada do IIED e outros, é possível decupar o caráter holístico do conhecimento tradicional, mencionado acima, em três dimensões, o que pode ajudar a perceber as dificuldades do desenvolvimento de um sistema *sui generis* com tais características:

- 1) Biodiversidade e recursos biológicos não podem ser separados dos conhecimentos tradicionais. Primeiro porque, em muitos casos, existe um conhecimento intrínseco nas variedades de plantas e nas raças e populações de animais, derivado da seleção, manejo, domesticação e outras inúmeras atividades destinadas a conservar e melhorar esses recursos, realizadas por inúmeras gerações de agricultores tradicionais. Além disso, para muitos povos e comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais, o tangível e o intangível não podem ser separados e devem ser transmitidos conjuntamente;
- 2) Paisagens são a base física para o uso tradicional da biodiversidade e para a partilha do conhecimento e dos recursos entre indivíduos e comunidades, o que é essencial para a sustentar a biodiversidade e os sistemas de conhecimento. Em geral, os saberes tradicionais são adquiridos e transmitidos em lugares determinados da paisagem com significado espiritual, como montanhas ou rios sagrados. Ademais, os sistemas de crenças e de governança tradicional operam em escala de paisagem. Assim, o uso da biodiversidade é um subconjunto dos sistemas de gestão da paisagem. Onde há perda de território ou perda do acesso aos lugares sagrados, em geral, há um enfraquecimento da transmissão dos conhecimentos;

---

da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”. O Grupo de Trabalho do artigo 8º, *j*, foi criado em 1988, na quarta Conferência das Partes da CDB e adotou seu programa de trabalho em 2000.

- 3) Valores culturais e espirituais conformam os processos sociais por meio dos quais o conhecimento tradicional é adquirido, usado e transmitido. Esses processos geram responsabilidades para os detentores de conhecimento e para aqueles que eventualmente vão concordar com o acesso e o uso por parte de outros.

Assim, diante da dificuldade de conciliar tal caráter holístico e integrado do conhecimento tradicional com as formas pelas quais se dá o acesso e a utilização do conhecimento e do patrimônio genético e da diversidade de povos e comunidades detentoras desses conhecimentos, não surgiu um sistema de proteção ao conhecimento tradicional que contemplasse todas essas dimensões.

Outra justificativa para a ausência de sistema de proteção suficiente é que, ao longo desse tempo, algumas das antigas concepções a respeito do conhecimento tradicional mudaram sensivelmente. Antes, o cerne da discussão ligada à proteção dos conhecimentos tradicionais era o estabelecimento de um regime *sui generis* de proteção. Hoje, tal tema nem sequer é aventado. Determinadas garantias que se julgavam essenciais foram desprezadas sem mais delongas. O conhecimento tradicional foi sendo estreitado pela ideia de conhecimento tradicional “associado” à biodiversidade, ao patrimônio genético, aos recursos genéticos ou a qualquer outro bem jurídico distinto do conhecimento tradicional em si.<sup>111</sup> Essa delimitação, aparentemente inofensiva, cristalizada pelos marcos legais brasileiros dedicados ao tema, foi e continua sendo muito útil para aqueles que pretendem restringir a repartição de benefícios derivada do uso do conhecimento tradicional e limitar a participação de comunidades tradicionais, pequenos agricultores e povos indígenas nos processos de decisão sobre seus conhecimentos.

Uma das raras e promissoras inovações surgidas nesse campo foi a criação de protocolos comunitários, voltados para que cada povo ou comunidade detentor de conhecimento estabeleça, segundo seus critérios e deliberações, a forma adequada para decidir sobre permitir ou não o acesso a elementos de sua cultura para terceiros.

---

<sup>111</sup> Para muitos usuários, o conhecimento tradicional que faz jus à repartição de benefícios e deve ser alvo de consentimento é apenas aquele que pode ser traduzido em informação útil para a geração de um produto comercial. O conhecimento que levou à existência de um determinado componente do patrimônio genético, se não coincide com a informação útil, não interessa e nem “merece” reconhecimento. Ou seja, apenas a associação direta com o patrimônio genético seria útil e digna de alguma remuneração. Dessa forma, o sistema ao qual esse fragmento de conhecimento pertence não é reconhecido, nem obtém proteção.

O Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização reconheceu esse instrumento, abrindo espaço para sua adoção nas legislações nacionais.

Por certo, trata-se de tema relevantíssimo para o Brasil, que figura na primeira posição do *ranking* mundial de países megadiversos e que é constituído por sociedade altamente plural, com inúmeros povos e comunidades tradicionais, versando sobre direitos difusos da população brasileira sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e direitos fundamentais dos povos indígenas, comunidades quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais, além de se relacionar diretamente com pesquisas, desenvolvimentos tecnológicos e importantes atividades econômicas, tais como a produção de medicamentos e cosméticos, entre outras.

A presente pesquisa almeja avaliar o caminho dos protocolos comunitários como estratégias parciais para a proteção do conhecimento dos povos indígenas e comunidades tradicionais acerca da biodiversidade. Para tanto, serão avaliados seu papel no Protocolo de Nagoya, bem como em outros documentos da CDB sobre o tema, além da incorporação da legislação internacional no Brasil.

## **2. TRAÇOS EVOLUTIVOS DA TUTELA INTERNACIONAL DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS (CDB, PROTOCOLO DE NAGOYA, 169): RB E CL**

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), um dos documentos abertos para assinaturas por ocasião da Rio-92, articula-se em torno de três grandes pilares, estratégicos para a manutenção da biodiversidade.<sup>112</sup> O primeiro é a própria conservação da biodiversidade, refletida em consagrados instrumentos, como a criação de áreas ambientalmente protegidas. O segundo, revolucionário quando a CDB entrou em vigor, é o uso racional da biodiversidade, que passou a ser considerado uma estratégia de conservação. O terceiro pilar, mais complexo e até hoje o menos implementado, é a repartição dos benefícios oriundos do uso da biodiversidade, expressa nos recursos genéticos de cada país membro da CDB.

---

<sup>112</sup> CDB: “Art. 1º: Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.”

Cabe destacar que a CDB também reconheceu, explicitamente pela primeira vez, o papel fundamental que comunidades tradicionais e povos indígenas têm na conservação da biodiversidade.<sup>113</sup> Seus conhecimentos, práticas e inovações foram e continuam sendo essenciais para a manutenção da integridade ecológica,<sup>114</sup> o que pode se justificar, entre outros fatores, pelas suas cosmovisões em relação à natureza, distanciadas da ótica puramente utilitarista e vinculadas a valores simbólicos e espirituais ligados à sua própria identidade.

Tal reconhecimento foi objeto de outras disposições constantes em normas internacionais, como aquela prevista no artigo 31, “1” e “2”, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

“Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais. 2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos” (ONU, 2008).

Em relação aos povos e comunidades tradicionais, os instrumentos mais relevantes previstos pela CDB, dos quais depende a efetividade de seus direitos, certamente são a repartição de benefícios e o consentimento livre, prévio e informado.

A repartição de benefícios, como visto, é uma estratégia de conservação da biodiversidade. Sua concepção teve a intenção de minorar o desequilíbrio entre

---

<sup>113</sup> “Os agricultores tradicionais são também responsáveis pela conservação da agrobiodiversidade, e desenvolveram os mais diversos conhecimentos sobre plantas domesticadas e cultivadas, bem como práticas de manejo de ecossistemas cultivados” (SANTILLI, 2005).

<sup>114</sup> “As TIs, assim como outros tipos de Áreas Protegidas, além de exercerem papel fundamental na conservação da biodiversidade, também atuam como barreiras gigantes ao avanço do desmatamento. A perda de floresta dentro das TIs foi inferior a 2% no período 2000-2014, enquanto a média de área desmatada na Amazônia no mesmo período foi de 19%. Essa baixa taxa está relacionada aos modos tradicionais de ocupação territorial dos povos indígenas, sua forma de uso dos recursos naturais, costumes e tradições que, na maior parte dos casos, resultam na preservação das florestas e da biodiversidade nelas contidas. O desmatamento que ocorre no interior dessas áreas está geralmente associado às atividades desenvolvidas por não indígenas, como a invasão para a retirada ilegal de madeira e atividade garimpeira, além da invasão de terras para o uso agropecuário” (CRISOSTONO, 2015).

•• Série Direito, Economia e Sociedade

países detentores de tecnologia e aqueles possuidores de biodiversidade.<sup>115</sup> A ideia era que houvesse uma espécie de troca: quando a biodiversidade fosse acessada e transformada em produtos inovadores por países que possuem tecnologia, algo deveria voltar para o país fonte do recurso genético, tanto para manter a integridade de sua biodiversidade, como para ajudar no seu desenvolvimento científico e tecnológico. Também por isso que a transferência de tecnologia está entre as promessas de repartição de benefícios. Daí o motivo de ter a CDB previsto, em seu artigo 15, “7”, que

“cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo”.

Em verdade, conforme contido na CDB, a repartição de benefícios deve se dar não apenas entre os países signatários, mas também entre os usuários e os detentores dos conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade. Segundo o artigo 8º, *j*, cada parte deve

“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”.

A medida, evidentemente, tem por finalidade estabelecer alguma forma de compensação às comunidades que detêm o conhecimento tradicional, uma vez que seu acesso permite ao usuário desvendar centenas ou milhares de anos de sabedoria tradicional, tornando possível a pesquisa para o desenvolvimento de produtos, como ocorre com medicamentos.

Muito pouco desse terceiro pilar, porém, se concretizou (JUNGCURT, 2011, TÁVORA *et al.*, 2015). Em parte, porque as tecnologias estão em mãos privadas e sua transferência é complexa, além de, muitas vezes, esbarrar em resistências traduzidas

---

<sup>115</sup> “O objetivo fundamental da Convenção sobre Diversidade Biológica é equilibrar as relações entre os países detentores da biodiversidade (países do Sul, em desenvolvimento) e os países detentores da biotecnologia (países do Norte, desenvolvidos). A matéria-prima da biotecnologia – a biodiversidade – está nos países em desenvolvimento, e o domínio sobre a biotecnologia e sobre as patentes sobre produtos ou processos biotecnológicos está nos países desenvolvidos” (SANTILLI, 2005).

em cipoais de burocracias e mecanismos de propriedade intelectual. A CDB ainda falhou em sugerir instrumentos que ajudassem a colocar em prática a repartição de benefícios. A despeito desse cenário desolador, a lógica da repartição de benefícios foi introjetada nas políticas internas dos países e, dessa forma, restaram estabelecidas regras para que empresas, mesmo nacionais, usuárias de recursos genéticos, repartissem benefícios.<sup>116</sup>

Inspirado na necessidade de conferir efetividade aos mecanismos de proteção aos conhecimentos tradicionais, o Protocolo de Nagoya, sobre Acesso aos Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Decorrentes de sua Utilização, aprofunda a instrumentalização da repartição de benefícios. Segundo seu artigo 5º,

“cada Parte tomará as medidas legislativas, administrativas e de política, conforme adequado, para que os benefícios decorrentes da utilização do conhecimento tradicional associado a recursos genéticos sejam repartidos de forma justa e equitativa com as comunidades indígenas e locais detentoras desse conhecimento. Essa repartição deve se dar em termos mutuamente acordados”.

A Convenção sobre Diversidade Biológica adotou o Protocolo de Nagoya em sua décima Conferência das Partes, em 2010, tendo entrado em vigor em outubro de 2014. Apesar do relevante papel desempenhado pelo Brasil na construção da norma internacional, o país ainda não o ratificou,<sup>117</sup> dada a pressão contrária exercida por bancadas parlamentares, como a Frente Parlamentar da Agropecuária. O Protocolo reforçou os instrumentos estabelecidos pela Convenção e trouxe alguns avanços, em particular no conjunto de mecanismos que pode ser estabelecido caso a caso, de acordo com a cultura e a organização sociopolítica de cada povo ou comunidade cujo conhecimento se quer acessar. A concepção de mecanismos locais, com a roupagem cultural de cada povo, pode significar um caminho para a resolução do impasse supracitado, como abordaremos adiante.

---

<sup>116</sup> Vale ponderar que, apesar disso, a repartição de benefícios como estratégia de conservação da biodiversidade e em última instância também de manutenção do conhecimento tradicional, por meio da proteção dos detentores desse conhecimento, não acontece. Em alguns casos por excesso de burocracia; em outros, por falta de mecanismos de controle e de rastreabilidade.

<sup>117</sup> “O Protocolo de Nagoya, adotado em outubro de 2010, promove um regime de acesso e partilha de benefícios que está ao abrigo da CDB e que funciona de forma complementar a outras entidades do Sistema das Nações Unidas. [...] A demora na aprovação do Protocolo de Nagoya contrasta com a pressa com que foi conduzido o processo de tramitação da Lei 13.123/2015. Esta Lei tramitou em regime de urgência no ano de 2015 sem atender às normas internacionais vinculantes quanto à participação de titulares de direitos sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade” (DOURADO, 2017).

•• Série Direito, Economia e Sociedade

Por sua vez, o consentimento livre, prévio e informado<sup>118</sup> traduz a instrumentalização dos direitos constitucionais à informação e à participação, dos quais é espécie. Ao lado do direito à consulta previsto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),<sup>119</sup> o direito ao consentimento consiste na “maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional” (GRABNER, 2015).

Trata-se de direito amplamente albergado pela normativa internacional, como se infere dos artigos 15, “5”, e 19, “3”, da CDB e do artigo 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, entre outros. Segundo o artigo 7º do Protocolo de Nagoya,

“cada Parte tomará medidas, conforme adequado, com o objetivo de assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos detido por comunidades indígenas e locais seja acessado com consentimento prévio informado ou com aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados.”

Tido como mecanismo de relevância fulcral para a proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos, vinculado ao resguardo de sua “propriedade intelectual”, o consentimento livre, prévio e informado também encontra fundamento no direito ao usufruto exclusivo dos recursos genéticos existentes em seus territórios (SANTILLI, 2005), de modo que qualquer acesso ou exploração de seus conhecimentos somente pode se dar em respeito à sua vontade.

---

<sup>118</sup> O consentimento prévio fundamentado pode ser definido como o procedimento pelo qual os povos e comunidades detentores dos recursos tangíveis e intangíveis da biodiversidade autorizam, voluntária e conscientemente, e mediante o fornecimento de todas as informações necessárias, o acesso e a utilização, por terceiros, de tais recursos. Deve ser considerado um processo ou procedimento, constituído de várias fases e etapas, e não um ato contratual isolado. Deve ser um processo permanente de troca de informações, e obtido antes do acesso ou de qualquer utilização – seja do recurso genético, seja do conhecimento tradicional associado. Para Laurel Firestone, o consentimento prévio fundamentado é a “exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o seu consentimento voluntário antes que uma pessoa, instituição ou empresa tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seu território. É vital para essa definição, no entanto, que as comunidades sejam informadas dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar de fato a sua autorização voluntária” (SANTILLI, 2005).

<sup>119</sup> “Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de Consentimento Livre, Prévio e Informado (CLPI) tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional” (Instituto Socioambiental – ISA, 2008).

Interessante, neste ponto, observar o Código de Ética da Sociedade Internacional de Etnobiologia (ISE, 2008):

“O consentimento prévio informado e esclarecido deve ser estabelecido antes de qualquer pesquisa ser realizada, em nível individual e coletivo, conforme determinado pelas estruturas de governança da comunidade. O consentimento prévio é reconhecido como um processo contínuo, que se baseia no relacionamento, e é mantido ao longo de todas as fases da pesquisa. Este princípio reconhece que o consentimento prévio e informado requer um processo educativo de esclarecimento, que emprega métodos e ferramentas de educação bilíngue e intercultural, conforme apropriado, para garantir a compreensão de todas as partes envolvidas. O estabelecimento de consentimento prévio informado também presume que todas as comunidades diretamente afetadas receberão informações completas e de uma forma compreensível sobre a finalidade e natureza do programa, projeto, estudo proposto ou atividades, dos resultados prováveis e suas implicações, incluindo todos os benefícios e riscos de dano razoavelmente previsíveis (sejam eles tangíveis ou intangíveis) para as comunidades afetadas. Os povos indígenas, sociedades tradicionais e comunidades locais têm o direito de tomar decisões sobre qualquer programa, projeto, estudo ou atividade que os afetem diretamente. Nos casos em que as intenções das atividades propostas de investigação ou relacionadas não sejam consistentes com os interesses desses povos, sociedades ou comunidades, eles têm o direito de dizer não”.

### **3. O FRACASSO NA DEFINIÇÃO DE REGIME JURÍDICO ÚNICO PARA A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS**

Um breve exame da gênese das leis internacionais de propriedade intelectual pode dar uma medida de como tais instrumentos foram concebidos para realidades radicalmente distintas da dos detentores de conhecimento tradicional.

Essas leis se desenvolveram desde o final do século XIX como uma área normativa independente. Na década de 1880, três convenções internacionais foram adotadas e duas delas<sup>120</sup> se tornaram a base do sistema internacional de propriedade industrial e de leis de *copyright*. Em meados do século subsequente, surgiram novas regras sobre o tema. A internacionalização dos mecanismos de propriedade intelectual ganhou fôlego nas décadas de 1960 e 1970, conduzindo a vários novos tratados sobre o tema.<sup>121</sup> A união das estruturas de governança das convenções do sécu-

---

<sup>120</sup> Trata-se da Convenção de Paris sobre a Proteção da Propriedade industrial, adotada em 1883, e da Convenção de Berna para a Proteção de Trabalhos Artísticos e Literários, adotada em 1886.

<sup>121</sup> Entre eles alguns que já tinham vínculo com os recursos genéticos, tais como a Convenção Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV), de 1961; o Acordo de Lisboa para a Proteção de Denominações de Origem e seu Registro Internacional, de 1967; e

lo XIX acabou, por fim, em 1967, culminando na criação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), cuja a missão era promover a proteção da propriedade intelectual mundo afora. Apesar de ter se desenvolvido em relativo isolamento, na segunda metade do século XX a aproximação com as estruturas internacionais ligadas ao comércio, como o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), acabou por estabelecer um arcabouço que permitiu a ampliação geográfica do sistema de propriedade intelectual, bem como mecanismos não apenas para garantir direitos, mas também para gerar obrigações para os países envolvidos nesses acordos comerciais (CORREA, 2016).

A discussão sobre a proteção do conhecimento de povos indígenas e comunidades locais sempre foi pautada por uma divisão de posições. Sempre houve quem, como a OMPI, acreditasse que a melhor forma de conferir proteção legal aos conhecimentos tradicionais era fazer uma adaptação do sistema patentário vigente, usando os mecanismos existentes, como marcas, *royalties*, segredos industriais, entre outros, sem necessidade de uma revisão conceitual significativa. Outros, porém, acreditando que, devido a distinta natureza do conhecimento tradicional, o sistema de patentes não seria adequado para a proteção do conhecimento tradicional, propunham a criação de um sistema *sui generis*, ou seja, um sistema especial com outras características e fundado em outros princípios apropriados à configuração do conhecimento de povos indígenas e comunidades locais (SANTILLI, 2003).

Conforme ressaltam Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Almeida, o sistema de patentes torna reservado um conhecimento que era compartilhado de maneira diversa, seja por especialização local, seja por livre circulação de ideias e informações. Assim, o sistema de patentes prejudica o modo como se produzem e se usam os conhecimentos tradicionais, o que torna impossível utilizar os mesmos mecanismos de propriedade intelectual que protegem a inovação em sociedades industrializadas sob pena de se destruir o que se almejava conservar (CUNHA; ALMEIDA, 2002).

Nessa linha, corroboramos a posição de Juliana Santilli, para quem

“o sistema de patentes protege as inovações individuais (ou, ainda que as inovações sejam coletivas, os seus autores/inventores podem ser individualmente identificados), promovendo uma fragmentação dos conhecimentos e a dissociação dos contextos em que são produzidos e compartilhados coletivamente. [...] Além disso, só são patenteáveis as invenções que tenham aplicação industrial, e muitos conhecimentos tradicionais não têm

---

o Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional de Depósito de Microorganismos para fins de Patenteamento, de 1977.

aplicação industrial direta, ainda que possam ser utilizados para desenvolver produtos ou processos que a tenham. As patentes têm ainda um prazo de vigência determinado, conferindo um monopólio temporário sobre a utilização de seu objeto. Em geral, não há como precisar o momento em que determinado conhecimento tradicional foi produzido ou gerado (como precisar, por exemplo, o momento em que os povos indígenas amazônicos passaram a utilizar o ayahuasca com fins medicinais?)” (SANTILLI, 2005).

Ao final, conclui a autora:

“O sistema de patentes prejudica o modo como se produzem e usam os conhecimentos tradicionais, e não é possível se usar para proteger os conhecimentos tradicionais os mesmos mecanismos que protegem a inovação nos países industrializados, sob pena de destruir o sistema que os produz e matar o que se queira conservar. Afinal, o que é “tradicional” no conhecimento tradicional não é sua antiguidade, mas o modo como ele é adquirido e usado, pois muitos desses conhecimentos são de fato recentes” (SANTILLI, 2005).

Se a adoção do sistema patentário vigente e dos mecanismos clássicos de propriedade intelectual apresenta um elevado risco para a sobrevivência e a proteção do conhecimento tradicional, tal qual a homogeneização dos processos de consentimento prévio informado e de outros processos de negociação com as comunidades envolvendo a questão do conhecimento e dos recursos genéticos, o estabelecimento de um sistema *sui generis*, por mais surpreendente que possa parecer, apresenta problemas similares. Isso se dá porque qualquer sistema que se pretenda ser único, aplicável para todos os povos indígenas e comunidades locais possuidoras de conhecimentos sobre a biodiversidade, funcionaria de modo a uniformizar processos e criar estruturas descoladas da realidade cultural e sociopolítica dessas comunidades.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Digno de nota para a reflexão sobre as possibilidades de proteção do conhecimento tradicional é o estabelecimento do Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro como patrimônio imaterial brasileiro pelo IPHAN. De acordo com seu site na internet: “O Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro é entendido como um conjunto estruturado, formado por elementos interdependentes: as plantas cultivadas, os espaços, as redes sociais, a cultura material, os sistemas alimentares, os saberes, as normas e os direitos. Sua inscrição no Livro de Registro dos Saberes foi realizada em 2010. As especificidades do sistema são as riquezas dos saberes, a diversidade das plantas, as redes de circulação, a autonomia das famílias, a sustentabilidade do modo de produzir que garante a conservação da floresta. Esse bem cultural está ancorado no cultivo da mandioca brava (*Manihot esculenta*) e apresenta como base social os mais de 22 povos indígenas, representantes das famílias linguísticas Tukano Oriental, Aruak e Maku (não identificadas), localizados ao longo do rio Negro em um território que abrange os municípios de Barcelos, Santa Isabel do Rio Negro e São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas, até a fronteira do Brasil com a Colômbia e a Venezuela.” (Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/75>>)

•• Série Direito, Economia e Sociedade

Os povos indígenas, principalmente, mas também muitas outras comunidades tradicionais, possuem diversificados sistemas locais de classificação, aquisição e compartilhamento de conhecimento, que abarcam direitos e responsabilidades daqueles que o possuem. Cada um desses sistemas é singular, adequado à realidade e às tradições de cada povo ou comunidade, amalgamado à cultura local de forma única. Justamente por essa incrível diversidade é que as tentativas de gerar diretrizes uniformes para o reconhecimento e proteção dos conhecimentos indígenas e locais podem provocar o colapso dessa rica diversidade de jurisprudências, forçando o estabelecimento de um modelo único que não reflete nem os valores, nem as concepções, nem as leis de nenhum povo indígena (DUTFIELD, 2004).

O impasse estava criado: por um lado, havia um reconhecimento de que o sistema clássico de propriedade intelectual não tinha sido desenhado para proteger conhecimentos dos povos indígenas e de outros povos e comunidades tradicionais; e, por outro lado, o desenvolvimento de um sistema *sui generis* enfrentava, como desafio, a dicotomia entre a uniformização das regras e o que esses povos têm de mais rico, a sua diversidade.

#### **4. A EMERGÊNCIA DOS PROTOCOLOS COMUNITÁRIOS COMO PARTE DA SOLUÇÃO**

Nesse cenário de grandes dificuldades para a definição de um regime jurídico adequado para tutelar os conhecimentos tradicionais face à sua ampla diversidade e às várias ameaças a que estão sujeitos, o protocolo comunitário pode constituir parte importante para o alcance das melhores soluções, visto que o respeito às normas internas de cada povo indígena e comunidade tradicional constitui a sua essência. Afinal, “a aplicação desses direitos é complexa, havendo grande dificuldade de estabelecer o seu conteúdo diante da variedade de situações que se colocam envolvendo diferentes Estados e grupos indígenas e outros grupos tradicionais” (GRABNER, 2015).

O Protocolo de Nagoya foi extremamente inovador ao disciplinar o instrumento. Pelo seu artigo 12, “1”, os países signatários devem levar em consideração “as leis costumeiras de comunidades indígenas e locais, protocolos e procedimentos comunitários, conforme aplicável, com respeito ao conhecimento tradicional associado a recursos genéticos”. Para tanto,

“as Partes devem buscar apoiar, conforme adequado, o desenvolvimento pelas comunidades indígenas e locais, incluindo as mulheres nessas comunidades: (a) Protocolos

comunitários sobre acesso a conhecimento tradicional associado a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa de benefícios decorrentes da utilização desse conhecimento” (artigo 12, “3”).

Da mesma forma, o artigo 21 estabelece a necessidade de adotar medidas para “conscientizar sobre a importância de recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado a recursos genéticos e sobre temas afins relacionados a acesso e repartição de benefícios. Tais medidas podem incluir, inter alia: (i) Conscientização sobre protocolos e procedimentos comunitários de comunidades indígenas e locais”.

Dessa forma, o Protocolo de Nagoya reforçou os instrumentos estabelecidos pela CDB, como o consentimento livre, prévio e informado e a repartição de benefícios. Trouxe também avanços, em particular o estabelecimento de um conjunto de mecanismos que pode ser definido caso a caso de acordo com a cultura e a organização sociopolítica de cada povo ou comunidade cujo conhecimento se quer acessar, notadamente os protocolos comunitários. A concepção de mecanismos locais, com a roupagem cultural de cada povo, pode significar um caminho para a resolução do impasse abordado acima.

Entendemos, portanto, que os protocolos comunitários podem se mostrar adequados à tutela dos direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos. Afinal, como afirma Juliana Santilli,

“a legitimidade para representar um povo indígena, quilombola ou população tradicional, em uma autorização de acesso só pode ser estabelecida a partir das normas e critérios internos desses povos. A enorme sociodiversidade brasileira impede a adoção de uma norma homogênea ou critério único de representação – afinal, são centenas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, com enormes diferenças étnicas e culturais entre si e vivendo em distintos ecossistemas. Evidentemente, as normas de representação individual ditadas pelo nosso Direito Civil são inapropriadas para contemplar a enorme diversidade de sistemas de representação dos povos tradicionais. Alguns povos indígenas, por exemplo, se fazem representar por seus caciques e chefes, cujos atributos para o exercício do poder variam, como idade, experiência, bom guerreiro, bom xamã, habilidades na caça, pesca e agricultura. Outros povos indígenas, entretanto, conferem o poder político decisório aos Conselhos de Anciãos. O Direito estatal brasileiro deve, portanto, se limitar a reconhecer e conferir validade jurídica a estas formas de representação. A criação, pelo Direito brasileiro, de mecanismos de consulta que não atendam às formas próprias de organização e representação dos povos tradicionais só produzirá divisões internas” (SANTILLI, 2005).

Da mesma forma, cabe ao Direito reconhecer as formas de distribuição interna e uso dos benefícios obtidos pela comunidade detentora de conhecimento tradicional, tal como decidido pela própria comunidade, segundo seus usos, costumes e tradições.

•• Série Direito, Economia e Sociedade

No caso do estabelecimento de protocolos comunitários ligados ao acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, o processo de consentimento livre, prévio e informado está incluído entre seus objetivos, que podem ser assim sumarizados (SWIDERSKA *et al.*, 2012):

- Construção e fortalecimento das regras das comunidades locais e dos povos indígenas para o acesso aos seus recursos genéticos e ao seu conhecimento;
- Estabelecimento de um procedimento claro de consentimento livre, prévio e informado e das condições para que ele se dê;
- Estabelecimento das condições nas quais acordos de repartição de benefícios podem ser negociados, bem como os procedimentos para tais negociações; e
- Fortalecimento das comunidades locais e povos indígenas na defesa de seus direitos e na proteção de seus conhecimentos.

Segundo o estudo *Biodiversity and cultures: exploring community protocols, rights and consent*,

“muitos povos indígenas e comunidades locais têm suas próprias regras e procedimentos mantidos oralmente, também conhecidos como protocolos, para regular a conduta e as interações dentro de suas comunidades, com pessoas de fora e com os territórios e áreas das quais dependem. Eles estão muitas vezes enraizados em leis e direitos consuetudinários que têm sustentado a biodiversidade e a herança biocultural por gerações. No entanto, são atores externos (e.g. agências governamentais, pesquisadores, empresas ou ONGs) que tendem a definir os termos de participação, frequentemente impondo projetos ou planos que ameaçam os meios de subsistência locais ou não refletem as prioridades locais. Como resultado, existe um crescente reconhecimento da necessidade de articular as regras e os protocolos das comunidades em formas que podem ser entendidas por outros. Estas novas formas de protocolos (muitas vezes escritas) são chamadas de protocolos comunitários (CPs) ou protocolo comunitário biocultural (BCPs). Eles comunicam a importância de suas terras e recursos para os meios de subsistência de uma comunidade e modo de vida, seus papéis como guardiões de terra e de recursos, e seus direitos consuetudinários e como eles são reconhecidos no Direito nacional e internacional” (SWIDERSKA *et al.*, 2012).

Interessante notar que o processo de consentimento livre, prévio e informado, apesar de essencial, é um enorme desafio. A própria ideia de consulta já pressupõe formas de organização que muitas vezes não estão presentes nas comunidades ou, ainda, não são constantes ao longo do tempo. Como questionou Eduardo Viveiros de Castro, é a comunidade que faz o consentimento prévio ou é o consentimento prévio que faz a comunidade (LIMA; BENSUSAN, 2003)? O questionamento traduz a preocupação de que muitas comunidades criam estruturas, distintas das que possuem tradicionalmente, para poder participar do processo de consentimento.

Além disso, a questão do consentimento enfrenta um desafio adicional, pois deve lidar com conjuntos de conhecimentos que muitas vezes são compartilhados por diferentes povos e comunidades. Nesse caso, como tratar o processo de consentimento quando determinadas comunidades anuem e outras recusam o acesso ao conhecimento? Como garantir a possibilidade de negar o acesso a um determinado conhecimento e seu posterior uso se outros que detêm o mesmo conhecimento concordam com seu acesso e uso? Não há respostas para tais desafios e a construção dos protocolos comunitários talvez possa contribuir com a construção de soluções adequadas.

Há, ainda, um outro risco que os protocolos comunitários enfrentam: na ânsia de apoiar a criação de protocolos para que o conhecimento tradicional seja usado de forma mais justa e equitativa, esses mecanismos também podem se tornar homogeneizadores.<sup>123</sup>

Por outro lado, se a repartição de benefícios é uma estratégia de conservação da biodiversidade, os protocolos devem funcionar como uma cunha, abrindo espaço para uma discussão maior sobre como tais processos devem ocorrer.

Importante registrar que o consentimento livre, prévio e informado “aplica-se apenas ao objetivo e atividade específicos para os quais foi concedido; permissão adicional deve ser obtida antes da utilização de recursos genéticos de maneira diferente daquela estipulada no acordo inicial” (FIRESTONE, 2003). Daí que “o interessado no acesso deve divulgar no mínimo (1) a natureza e o objetivo da atividade e (2) explicar todos os riscos em potencial que podem resultar da atividade. Sem essas duas informações básicas, não se pode dizer que uma comunidade deu o seu consentimento informado” (FIRESTONE, 2003).

No Brasil, foram desenvolvidos alguns protocolos comunitários, a maioria deles para estabelecer o processo de tomada de decisão sobre o acesso e uso de al-

---

<sup>123</sup> A ideia do poder simbólico de Pierre Bourdieu ilustra bem esse risco: uma manipulação sutil, invisível, por meio dos meios de comunicação e principalmente do direito, agindo de forma que se impõe, de forma natural, imperceptível, um modo de pensar e agir (BOURDIEU, 1989). Assim, todos passariam a acreditar, de forma natural, a partir das recomendações do Protocolo de Nagoya, que o caminho consiste nos protocolos comunitários e que existe um método para desenvolver um protocolo comunitário. O resultado seria inúmeros protocolos comunitários, semelhantes, a disposição do usuário, mas desassociados da cultura dos povos indígenas e comunidades tradicionais. Alternativamente, os protocolos podem ser concebidos justo como uma resistência à imposição do estado, da ciência e da sociedade envolvente em geral, de impor sua forma de pensar. Mas isso ainda está para se confirmar.

gum conhecimento tradicional da comunidade ou sobre atividades potencialmente impactantes. No âmbito específico da questão do acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, os primeiros protocolos comunitários surgiram em 2014. O Grupo de Trabalho Amazônico (GTA) desenvolveu uma metodologia de construção de protocolos comunitários e um protocolo comunitário específico no arquipélago do Bailique, no Amapá. Esse processo de concepção de protocolos “visa empoderar as comunidades para dialogar com qualquer agente externo, trabalhando questões sobre conservação da biodiversidade, uso sustentável de recursos e repartição de benefícios” (GTA, 2014). O arquipélago, com oito ilhas, está a duzentos quilômetros de Macapá e abriga aproximadamente dez mil moradores, distribuídos em cinquenta comunidades tradicionais.

Paralelamente, a Articulação Pacari, uma rede socioambiental formada por organizações comunitárias que praticam medicina tradicional no Cerrado, publicou o “Protocolo Comunitário Biocultural das Raizeiras do Cerrado – Direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional”. Esse protocolo visa, mais que tudo, ser um instrumento político para a atuação de organizações e redes em espaços de inserção na formulação de políticas públicas, face principalmente à criminalização das práticas da medicina tradicional no Brasil, objetivando a conquista de regras que garantam os direitos consuetudinários de quem faz o uso tradicional e sustentável de plantas medicinais (Articulação Pacari, 2016).

Por certo, a experiência dos povos e comunidades tradicionais sobre a construção e a aplicação de seus protocolos comunitários definirá se, de fato, esses instrumentos serão aptos a, realmente, proteger os direitos dessas populações sobre seus conhecimentos tradicionais, sendo certo que o compartilhamento entre povos e comunidades dos sucessos e desafios de cada caso servirá para o seu aprimoramento.

## **5. NOTAS CRÍTICAS SOBRE A INCORPORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL**

O cerne da questão do acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento de povos indígenas e comunidades locais, no âmbito da CDB, é seu vínculo com os mecanismos de repartição de benefícios. São esses que podem se materializar em estratégias de conservação de biodiversidade. Vale, pois, assinalar que, para que a repartição de benefícios assim se configure, ela precisa acontecer. Apesar de óbvia, a afirmação diz muito sobre a incorporação da legislação internacional no Brasil.

Por um lado, o mecanismo da repartição não pode decorrer de um processo excessivamente burocrático a ponto de desestimular aqueles que querem acessar e usar os recursos genéticos e o conhecimento tradicional. Por outro, a repartição deve ser regra, não podendo seus requisitos ser objeto de isenções e exceções, de modo que o mecanismo somente se efetive em situações muito raras (BENSUSAN, 2017).

No Brasil, migramos de um polo a outro, da excessiva burocracia à repartição de benefícios como exceção, pervertendo sua lógica e deixando de utilizá-la como estratégia de conservação da biodiversidade, de fora a minar a efetividade da CDB.

O país inaugurou sua primeira legislação sobre o tema da pior forma possível. Atropelando amplos debates no Congresso Nacional sobre um projeto de lei dedicado ao tema, o governo decidiu editar uma Medida Provisória (MP). Depois de dezesseis reedições e algumas melhorias, a MP 2186-16/2001 se tornou definitiva e regulou o tema até 2015, quando entrou em vigor a Lei Federal 13.123.

Para a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), a MP 2186-16/2001 foi marcada pelo

“excesso de burocracia na concessão de autorização prévia pelo CGEN ao acesso a componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, a ausência de diretrizes para a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, além da falta de incentivos para a regularização de atividades de acesso a componente do patrimônio genético perante o CGEN” (SBPC, 2013).

Apesar desse cenário, que impediu a efetividade da repartição de benefícios, a MP 2186-16/2001 revelava uma preocupação com a proteção do conhecimento tradicional e com os direitos dos seus detentores. Garantia seu poder de decisão sobre o destino de seus saberes, regulava a repartição de benefícios relativa ao conhecimento tradicional sem isenções e estabelecia regras para o consentimento prévio informado. Apesar da sua difícil implementação e das várias polêmicas que gerou ao longo do tempo, a norma acabou sendo implementada devido a resoluções e deliberações do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), órgão responsável pela gestão do acesso e do uso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, visto que criaram condições para que o sistema funcionasse e, assim, tanto a pesquisa científica quanto o desenvolvimento tecnológico passaram a acontecer, ainda que de forma incipiente.

Foi justamente a aplicação das normas que levou forças políticas e econômicas a almejem mudanças drásticas na legislação. Com o funcionamento do sistema,

•• Série Direito, Economia e Sociedade

e a decorrente aplicação de multas, os setores empresariais demandaram e obtiveram sucesso em seus pleitos rumo à substituição da MP 2186-16/2001, efetivada mediante a aprovação do Projeto de Lei 7.735/2014.

Seu processo de deliberação foi desastroso do começo ao fim, marcado pela ausência de debates ou processos de consulta aos povos e comunidades tradicionais. Enviado pelo governo brasileiro em regime de urgência, em período temporal no qual a sociedade estava com as atenções voltadas a eventos como a Copa do Mundo e as eleições presidenciais de 2014, o *lobby* empresarial reinou desde o Anteprojeto até a sua sanção presidencial, prevalecendo os interesses dos usuários sobre os direitos dos detentores de conhecimentos tradicionais.

Segundo Lourdes Cardozo Lauriano, da já mencionada Articulação Pacari,

“o processo de elaboração e aprovação da Lei 13.125/2015, no que se refere à participação das comunidades locais, foi imensamente prejudicial e excludente. Foi uma subtração de nossos direitos de sermos consultados sobre a elaboração de uma lei que nos afeta diretamente, que diz respeito ao nosso dia a dia, que abrange o nosso modo de vida, nosso conhecimento tradicional e nosso território. Sabemos que temos o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado. Nada disso foi cumprido. [...] esta é uma lei de proteção do mercado da biodiversidade, de reserva de mercado. Não há um artigo que proteja os conhecimentos tradicionais” (LAUREANO, 2017).

Na mesma toada, Cláudia Regina Sala de Pinho, Coordenadora da Rede de Comunidades Tradicionais Pantaneira, assenta que

“a participação de Povos e Comunidades Tradicionais (PCTs) no processo de elaboração da referida Lei foi quase inexistente, não porque os PCTs não quisessem participar da elaboração, mas porque não soubemos, não nos convocaram e, também, não nos consultaram de acordo com a Convenção 169 da OIT” (PINHO, 2017).

Ewésh Yawalapiti Waurá, também afirma que

“os povos não tiveram sequer participação efetiva, ou estavam sabendo da tramitação desta lei. Muitas pessoas só ficaram sabendo após já ter sido publicada a lei. Percebe-se, portanto, mais uma vez, que o governo continua desrespeitando e passando por cima de qualquer vontade, não só dos povos indígenas, como, também, de comunidades tradicionais que se encontram na mesma situação – mesmo diante das garantias de consulta prévia resguardada pela Convenção 169, da OIT, da qual o Brasil é signatário” (WAURÁ, 2017).

Por fim, o Núcleo de Estudos e Pesquisa da Consultoria Legislativa do Senado Federal ainda atesta: “Não identificamos, no histórico de tramitação das proposições que resultaram na Lei 13.123, de 2015, consultas nesse sentido ou manifesta-

ções que possam ser interpretadas como anuência dos povos indígenas ou do órgão indigenista federal ao conteúdo da proposição” (TAVORA *et al.*, 2015).

Entre os malefícios que a Lei 13.123/2015 trouxe, talvez o pior deles seja a separação entre os recursos genéticos (chamados na lei de “patrimônio genético”, em consonância com o artigo 225, § 1º, I, da Constituição Federal) e os conhecimentos tradicionais, que chamou de “associados” à biodiversidade. Afinal, o que está “associado” pode ser “dissociado”. Assim, a nova lei tem dois sistemas separados: um para o acesso ao patrimônio genético e outro para o acesso ao conhecimento tradicional.

Com isso, além do conjunto de dispositivos da lei que afrontam os direitos dos detentores de conhecimento tradicional,<sup>124</sup> a Lei Federal 13.123/2015 não reconhece o conhecimento tradicional como sendo amalgamado ao patrimônio genético. Aquele conhecimento que resulta da seleção, manejo, tratos culturais e domesticação das espécies não existe no novo marco legal. Dessa forma, um dos maiores valores do conhecimento tradicional, a essência da cultura desses povos e comunidades, é simplesmente ignorado.

O Decreto Federal 8.772/2016, que regulamentou a Lei, foi assinado no apagar das luzes do governo Dilma Rousseff. Estabeleceu mecanismos para implementação da Lei e consolidou o estreitamento dos direitos dos detentores do conhecimento tradicional sobre seus próprios saberes. Com as mencionadas alterações legislativas e normativas, o Brasil passou a dispor de um marco legal no qual o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional é reportado apenas por meio de um cadastro autodeclaratório, que pode ser realizado, inclusive, posteriormente ao momento da coleta da amostra ou da informação (que a Lei qualifica como acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional). O processo de consentimento livre, prévio e informado, exigido pela Lei apenas em casos em que o conhecimento tradicional é diretamente acessado, não será obrigatoriamente verificado e validado pelo CGEN antes da efetivação do acesso. Tal cenário conduz a uma situação paradoxal, pois eventuais vícios posteriormente identificados não poderão ser sanados sem prejuízo para os povos e comunidades detentores de co-

---

<sup>124</sup> Como a limitação da participação nos processos de decisão sobre seus saberes, a não atribuição específica do conhecimento tradicional intrínseco nas variedades e raças locais e crioulas a detentores determinados, a frouxidão do processo de consentimento prévio informado e de sua verificação e a enorme quantidade de isenções de repartição de benefícios.

•• Série Direito, Economia e Sociedade

nhcimento tradicional. O consentimento, que deve ser prévio, poderá se dar posteriormente ao acesso e à exploração, criando situações consolidadas de ilegalidade, muitas vezes ocasionando danos irreparáveis às comunidades. Suas necessárias qualificações de livre, prévio e informado, que funcionam como requisitos de validade do consentimento, provavelmente serão desrespeitadas.

Apesar do novo marco legal citar os instrumentos consagrados pela CDB, não há, de fato, nem mecanismos, nem condições para sua implementação. No caso dos protocolos comunitários, a Lei o define em seu artigo 2º, VII, bem como o considera como uma das formas de obtenção de consentimento livre, prévio e informado (artigo 9º, § 1º IV). Contudo, não há outras orientações legislativas sobre sua concretização. Ademais, como mencionado, o Brasil não ratificou o Protocolo de Nagoya, nem criou formas de apoiar o desenvolvimento dos protocolos por povos indígenas e comunidades locais.

Há em todo mundo, e no Brasil não é diferente, uma tendência de privatização e mercantilização da medicina tradicional e das sementes, que pertencem aos coletivos. Alteradas suficientemente para serem patenteadas, vêm sendo transformadas em “invenções” individuais de cientistas e de corporações, para posteriormente ser colocadas no mercado (WHITT, 2009). Sistemas de conhecimentos agrícolas, por exemplo, que selecionaram, manejaram e domesticaram um importante conjunto de recursos genéticos, raramente obtém algum reconhecimento, tal como se dá na Lei 13.123/2015, que simplesmente excluiu os agricultores tradicionais do sistema de proteção aos conhecimentos tradicionais (como, por exemplo, se infere do artigo 9º, § 3º). Seus conhecimentos sobre os recursos genéticos, ainda que contendo enorme arsenal de conhecimento tradicional intrínseco, são considerados meras matérias-primas.

Nesse cenário desolador – marcado pela intensa desigualdade entre os interesses de grupos empresariais, mais do que contemplados pela nova legislação, e os direitos dos detentores de conhecimento tradicional, reiteradamente vilipendiados nas mencionadas normas jurídicas –, afigura-nos que os protocolos comunitários podem ser um trunfo aos povos e comunidades, na medida em que é por meio deles que esses atores podem determinar as formas e os processos de conceder, ou não, acesso a seus conhecimentos tradicionais, bem como estabelecer os parâmetros de eventuais processos de consentimento livre, prévio e informado e acordos de repartição de benefícios.

## 6. CONCLUSÃO

A CDB inaugurou uma nova era na tutela dos conhecimentos de povos indígenas e comunidades locais, tendo reconhecido seu papel fundamental na conservação da biodiversidade e estabelecido meios para a concretização de seus direitos, como o consentimento livre, prévio e informado e a repartição de benefícios. Apesar disso, todas as tentativas de estabelecer regimes jurídicos adequados para a tutela desses direitos restaram infrutíferas, o que se deu, inclusive, pela impossibilidade de aplicação de um regime único face à expressiva diversidade de povos e comunidades tradicionais. Ainda assim, alguns casos, como o reconhecimento do Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro como patrimônio imaterial brasileiro e o Parque da Batata nos Andes peruanos,<sup>125</sup> apontam para alternativas que são, de fato, uma mistura de estratégias e mecanismos, envolvendo inclusive alguns dos instrumentos convencionais de propriedade intelectual.

Apesar da pouco efetiva implementação da CDB, inclusive no Brasil, a experiência resultante de casos concretos de acesso a conhecimentos tradicionais abriu caminho para que outros mecanismos emergissem, voltados a garantir o respeito às tradições, saberes, formas de deliberação e autonomia de cada povo ou comunidade tradicional.

É dessa forma que nosso olhar se debruça sobre os protocolos comunitários. Por um lado, rezeamos que a sua aplicação prática possa resultar vícios similares aos gerados por outros mecanismos, como a uniformização de regras entre povos e comunidades distintos e o desrespeito à diversidade que caracteriza os modos de fazer e viver dos povos indígenas e das comunidades locais. Por outro, vislumbramos nos protocolos comunitários uma oportunidade de fomento ao protagonismo e autonomia desses povos e comunidades na direção de explorar possibilidades de consulta e de acordos de repartição de benefícios que considerem adequados para si.

A forma com a qual o Brasil tem tratado o acesso às técnicas, inovações e conhecimentos de povos indígenas e comunidades locais e o uso indevido de informações, conhecimentos e tecnologias à base de patentes ilegais mostra que, para além das dificuldades inerentes à proteção do conhecimento tradicional, há um

---

<sup>125</sup> O Parque da Batata, no Peru, é um sistema de proteção desenvolvido por seis comunidades Quechua, com base nas diversidades biológica e cultural, usando indicadores locais de bem-estar, valores locais da paisagem, instituições e mercados locais e fortalecendo sistemas locais de alimentos. Disponível em: <[www.diversefoodsystems.org](http://www.diversefoodsystems.org)>.

•• Série Direito, Economia e Sociedade

significativo preconceito em relação a esses saberes. Sem que tal preconceito seja superado, nem os mais promissores mecanismos jurídicos serão bem-sucedidos.

## REFERÊNCIAS

BENSUSAN, Nurit. À guisa de conclusão: a Lei 13.123/2015 como um espelho do tempo e da erosão de direitos. *In*: PINTO MOREIRA, Eliane Cristina; MIYASAKA PORRO, Noemi; AMIN LIMA DA SILVA, Liana; *A “Nova” Lei 13.123/2015 no velho marco legal da Biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. Disponível em: <[https://docs.google.com/file/d/0B4UG\\_F2QeFUlcnZEM3NyZ01oZ0U/edit](https://docs.google.com/file/d/0B4UG_F2QeFUlcnZEM3NyZ01oZ0U/edit)>.

CORREA, Carlos M. “Innovation and global expansion of intellectual property rights: unfulfilled promises.” Genebra: South Center, 2016.

CRISOSTONO, Ana Carolina *et al.* *Terras indígenas na Amazônia brasileira: reservas de carbono e barreiras ao desmatamento*. Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM, 2015. Disponível em: <<http://ipam.org.br/bibliotecas/terras-indigenas-na-amazonia-brasileira-reservas-de-carbono-e-barreiras-ao-desmatamento/>>.

CUNHA, Manuela C.; ALMEIDA, Mauro W (Org.). *Enciclopédia da Floresta – o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (Org.) *Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado: direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional*. Turmalina: Articulação Pacari, 2014. Disponível em: <<http://www.pacari.org.br/protocolo-comunitario-biocultural-das-raizeiras-do-cerrado/>>.

DOURADO, Sheila Borges. A Lei 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. *In*: PINTO MOREIRA, Eliane Cristina; MIYASAKA PORRO, Noemi; AMIN LIMA DA SILVA, Liana. *A “Nova” Lei 13.123/2015 no velho marco legal da Biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

DUTFIELD, Graham. *Intellectual property, biogenetic resources and traditional knowledge*. Virginia: Earthscan, 2004.

FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. *In*: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. *Quem cala consente? subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <[https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/70.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf)>.

GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informação como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. *In*: Escola Superior do Ministério Público da União. *Boletim Científico*. Brasília, 2015.

GRUPO DE TRABALHO AMAZÔNICO. *Metodologia para construção de protocolos comunitários*. 2014. Disponível em: <[http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2015/01/GTA\\_metodologia\\_ONLINE\\_PT1.pdf](http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2015/01/GTA_metodologia_ONLINE_PT1.pdf)>

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. *Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT*, 2008. Disponível em: <[https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/](https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/)>.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT – IIED *et al.* *Sui generis systems for the protection of traditional knowledge: information for the secretariat of the convention on biological diversity*, 2005. Disponível em: <<http://pubs.iied.org/pdfs/G02378.pdf>>.

INTERNATIONAL SOCIETY OF ETHNOBIOLOGY. *Código de Ética da ISE: com adições em 2008*, 2006. Disponível em: <<http://www.ethnobiology.net/ethics.php>>

JUNGCURT, Stefan. Access and Benefit Sharing under the CBD and Access to Materials for Research. *In: National Research Council (US) Board on Research Data and Information*. Washington (DC): National Academies Press (US), 2011. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK92715/>>

LAUREANO, Lourdes Cardozo. Com a palavra, os movimentos sociais. *In: PINTO MOREIRA, Eliane Cristina; MIYASAKA PORRO, Noemi; AMIN LIMA DA SILVA, Liana. A “Nova” Lei 13.123/2015 no velho marco legal da Biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. *Quem cala consente?* subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <[https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/70.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf)>.

PINHO, Cláudia Regina Sala de. Com a palavra, os movimentos sociais. *In: PINTO MOREIRA, Eliane Cristina; MIYASAKA PORRO, Noemi; AMIN LIMA DA SILVA, Liana; A “Nova” Lei 13.123/2015 no velho marco legal da Biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. Quem cala consente?* subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <[https://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/70.pdf](https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf)>.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

SOCIEDADE BRASILEIRA para o Progresso da Ciência; FERREIRA, Simone Nunes; SAMPAIO, Maria José Amstalden Moraes (Org.). *Biodiversidade e conhecimentos tra-*

•• Série Direito, Economia e Sociedade

*dicionais associados*: implementação da legislação de acesso e repartição de benefícios no Brasil. Brasília: SBPC, 2013.

SWIDERSKA, Krystyna; SHRUMM Holly; HIEMSTRA, Wim; OLIVA, María Julia; KOHLI, Kanchi; JONAS, Harry (Eds.). Biodiversity and cultures: exploring community protocols, rights and consent. *In: 65 of Participatory Learning and Action*. Londres: IIED, 2012.

TÁVORA, F. L. *et al.* *Comentários à Lei 13.123, de 20 de maio de 2015*: novo marco regulatório do uso da biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015 (Texto para Discussão 184). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>>.

WHITT, Laurelyn. *Science, colonialism and indigenous peoples. The cultural politics of law and knowledge*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

YAWALAPITI WAURÁ, Ewésh. Com a palavra, os movimentos sociais. *In: PINTO MOREIRA, Eliane Cristina; MIYASAKA PORRO, Noemi; AMIN LIMA DA SILVA, Liana. A “Nova” Lei 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017.