



OS DIREITOS DOS POUOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI

Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (Orgs.)

Colaboradores

Adrielle Fernanda Andrade Précoma
Alaim Giovani Fortes Stefanello
Ana Paula Liberato
Ana Paula Rengel Gonçalves
Ana Valéria Araújo
Camila Dias dos Reis
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Clarissa Bueno Wandscheer
Danilo Andreato
Gabriel Gino Almeida
Ingrid Giachini Althaus

Ivy Sabina Ribeiro de Moraes
João Luiz Dremiski
José Aparecido dos Santos
Kerlay Lizane Arbos
Leandro Ferreira Bernardo
Luciana Xavier Bonin
Marina Von Harbach Ferenczy
Priscila Lini
Priscila Viana Rosa
Raul Cezar Bergold
Theo Marés

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org



Al. Pres. Taunay, 130. Batel. Curitiba-PR.
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.
contato@arteletra.com.br

S719d

Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.
354 p.

ISBN 978-85-61651-10-7

1. Direitos sociais - Brasil. 2. Povos indígenas - Brasil.
I. Título

CDU 316.349



SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
-----------------------	---

PRIMEIRA PARTE UM ENFOQUE INTRODUTÓRIO

OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO

Carlos Marés	13
--------------------	----

SEGUNDA PARTE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

José Aparecido dos Santos	35
---------------------------------	----

A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS HUMANOS E SOCIOAMBIENTALISMO

Leandro Ferreira Bernardo	59
---------------------------------	----

A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

João Luiz Dremiski e Priscila Lini	75
--	----

A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ana Paula Liberato e Ana Paula Rengel Gonçalves	97
---	----

O PROJETO DE UM NOVO ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Alaim Giovani Fortes Stefanello e Luciana Xavier Bonin	115
--	-----

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	
Ana Valéria Araújo	139

TERCEIRA PARTE

**DIREITOS E POVOS INDÍGENAS:
OS PROBLEMAS ATUALMENTE ENFRENTADOS**

TERRAS INDÍGENAS	
Theo Marés	169

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS	
Kerlay Lizane Arbos e Priscila Viana Rosa	195

GESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: DESAFIOS ESTRUTURAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Ivy Sabina Ribeiro de Moraes	217

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS	
Clarissa Bueno Wandscheer e Camila Dias dos Reis	237

TERRAS INDÍGENAS, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	
Adrielle Fernanda Andrade Précoma, Gabriel Gino Almeida e Raul Cezar Bergold	263

QUARTA PARTE

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O PODER JUDICIÁRIO

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA ETNIA KRENAK	
Ingrid Giachini Althaus, Luciana Bonin e Marina Von Harbach Ferenczy	289

DIREITO À DIVERSIDADE LINGÜÍSTICA E ABANDONO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI: O CASO VERÓN	
Danilo Andreato	309

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Clarissa Bueno Wandscheer³⁹⁸

Camila Dias dos Reis³⁹⁹

1. PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO DE PROPRIEDADE

A propriedade, originariamente baseada na posse coletiva enquanto meio de sobrevivência, teve início ainda na época da pré-história, quando as tribos primitivas passaram a se instalar definitivamente em um determinado local e abandonaram o costume nômade.

Esta noção originária de propriedade surgiu por volta de 10 mil anos atrás, na idade dos metais, quando as tribos primitivas descobriram a prática rudimentar da agricultura e da criação de animais, fixando-se em faixas territoriais e passando a utilizar métodos de armazenamento de alimentos. Assim, teria surgido

³⁹⁸ Doutora em Direito Econômico e Socioambiental PUCPR, Mestre em Direito Econômico e Social PUCPR, Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq), Autora do livro Patentes e Conhecimentos Tradicionais, Professora do Curso de Direito das Faculdades Fesp e Estácio de Curitiba e de cursos de pós-graduação.

³⁹⁹ Bacharel em Direito pela PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR/CNPq).

também a preocupação pela proteção dos estoques de alimentos, cobiçados pelas demais tribos que ainda não utilizavam métodos de produção própria; de tal modo que se iniciou a construção de muralhas ao redor das moradias ou das cidades, e o armamento para o caso de ataques.⁴⁰⁰

Mas este foi somente o início do processo de construção do conceito de propriedade, que passou por distintas motivações, no início pautadas pela busca por alimentos, caminhando para a legitimação do poder; bem como passou por justificativas diversas, tais como o caráter divino da propriedade privada, o direito absoluto do indivíduo e a acumulação de riquezas, até atingir o caráter eminentemente econômico, culminando no que hoje se compreende como *propriedade individual*.

A propriedade individual é uma construção humana, muito recente, que vai de encontro com os conceitos originais de liberdade e coletividade originalmente vivenciados pela humanidade.

Inicialmente quando todos os homens viviam em comunidades sem a separação de bens ou objetos, a propriedade da terra e os instrumentos de convivência eram coletivos, podendo ser utilizados por todos, dentro de um critério de divisão por utilização.⁴⁰¹

Segundo Souza Filho⁴⁰², “É muito recente e localizada a prática de concentrar a produção num espaço de terra, e ainda mais recente transformar essa concentração em proveito de uma única pessoa e chamar a isso de direito de propriedade”. Para o referido autor, o direito de propriedade gera males paradoxais, eis que fundamentado numa lógica inversa, sobre o que afirma: “não é possível que a garantia de um direito individual seja o flagelo do direito dos povos”:

A terra e seus frutos passaram a ter donos, um direito excludente, acumulativo, individual. Direito tão geral e pleno que continha em si o direito de não usar, não produzir. Este direito criado pelo ser humano e considerado a essência do processo civilizatório acabou por ser, ele mesmo, fonte de muitos males, agrediu de forma profunda a natureza, modificou-a a ponto de destruição, agrediu o próprio ser humano porque lhe quebrou a fraternidade, permitindo que a fome e a necessidade alheia não lhe tocasse o coração.⁴⁰³

⁴⁰⁰ BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário**. Doutrina, Prática, Legislação Complementar e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Edijur, 2007, p. 101.

⁴⁰¹ LIBERATO, Ana Paula Goulart. **Reforma Agrária**. Direito Humano Fundamental. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 19.

⁴⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003a, p. 12-13.

⁴⁰³ *Ibid.*, p 12.

Apesar da propriedade individual apresentar-se como empecilho à igualdade e aos direitos sociais dos povos, é ela base do sistema econômico vigente – o capitalismo. E, apesar de extremamente complicado refutar a lógica da propriedade privada, é, no entanto, de suma importância que ela seja analisada e contraditada, para, somente assim, haver maior compreensão e a possível convivência com as populações hoje denominadas como tradicionais.

Importante analisar o pensamento de John Locke, eis que o precursor do pensamento contemporâneo da propriedade. Esse autor defende a aquisição e acumulação de propriedades, como um direito natural dos homens, fundamentado no caráter de recompensa ao esforço individual, uma vez que o trabalho seria a extensão da maior e mais genuína propriedade do homem - o seu próprio corpo. Ou seja, o autor em sua obra *Dois tratados sobre o governo*, expõe que a propriedade se justificava na medida do trabalho do homem sobre a terra. A terra abandonada não era de ninguém, mas a partir do melhoramento da terra produzido mediante a intervenção humana, a pessoa responsável por essa melhoria estaria legitimada tornar-se proprietária.

Assim, Locke coloca uma limitação ao direito de apropriação, condicionando-o à possibilidade de uso, afirmando que “a ninguém é lícito ter como propriedade mais do que pode usar”. Estabelece, assim, um estreito limite à propriedade, pautado no respeito ao direito natural que todos têm de utilizarem das coisas que Deus criou na natureza. No entanto, Locke afirma que nem todo o excedente é deteriorável, de tal modo que a falta de uso não descaracteriza a propriedade, mas somente a possibilidade concreta da deterioração assim o faz.⁴⁰⁴

Com este pensamento, John Locke proporciona a base do pensamento liberal, legitimando, tanto a propriedade individual, quando o atual sistema capitalista de acumulação de riquezas.

Portanto, “a livre propriedade em dois séculos, longe de se a conquista do trabalho, foi o objeto de acumulação de riqueza e produção de miséria, as pessoas não foram integradas como cidadãos, nem a propriedade foi socialmente útil à felicidade geral”⁴⁰⁵.

Essa concepção liberal de propriedade foi se modificando ao longo do tempo, de tal modo que posteriormente se consolidou perante o direito contemporâneo a ideia de que a propriedade não é absoluta, mas limitada à função social, e por consequência, também à função ambiental, o que no Brasil é previsto constitucionalmente.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b, p. 231.

⁴⁰⁶ SILVA, Letícia Borges da. Conhecimentos Tradicionais e Biodiversidade – Um Desafio para a Política Nacional do Meio Ambiente. In: ALMEIDA, Gabriel Gino; SERAFINI, Leonardo Zagonel. (orgs.) **Direito, política e Meio Ambiente**: 25 anos da Lei Federal nº 6.938/1981. Coleção Comissões – v. 7. Comissão de Meio Ambiente. Curitiba: OAB/PR, 2006, p. 128.

É neste contexto que se firma o atual entendimento de propriedade, onde, a priori, todas as coisas passam a serem passíveis de apropriação, sejam bens materiais ou imateriais, via de regra com intuito financeiro e de acumulação de riquezas. Neste sentido:

(...) tudo passa a ser passível de apropriação: às coisas corporais aplica-se a propriedade privada, às coisas abstratas, a propriedade intelectual e o que, num primeiro momento parece não ser passível de apropriação (como o ar e a água), será de domínio público, permitindo a apropriação privada posteriormente.⁴⁰⁷

Pois bem, contextualizado o período que antecedeu e que hoje determina o direito de propriedade, passa-se a identificação de seus parâmetros no atual sistema jurídico vigente no Brasil.

José Afonso da Silva⁴⁰⁸, através de uma visão civilista, explica o direito de propriedade como “uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*”.

Assevera, ainda, o referido autor, que o direito de propriedade de um bem só existe quando atribuído positivamente a uma pessoa, ultrapassando a concepção de direito natural, para ser entendido enquanto um “direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens, fixada em lei”⁴⁰⁹.

No entanto, é importante ultrapassar o entendimento sob a ótica civilista, para abarcar as diversas faces do direito, quer seja público ou privado e compreender o real significado do termo no âmbito jurídico; tendo sempre em mente que, apesar de existir distintas normas que regulamentam os diversificados tipos de propriedade, o fundamento constitucional deve sempre ser observado.

A Constituição de 1988 aponta o direito de propriedade para além de um direito individual, haja vista que, ao garantir tal direito, o condiciona à função social (art. 5º, XXII). Com isto, José Afonso da Silva⁴¹⁰ leciona que, o direito de propriedade deveria estar previsto na constituição tão somente enquanto uma instituição da ordem econômica ou de relações econômicas, a exemplo do que ocorre na Itália e em Portugal.

De qualquer modo, apesar de a propriedade estar prevista entre os direitos

⁴⁰⁷ OST apud KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e Diversidade Cultural**: Comunidades Tradicionais e a Proteção do Patrimônio Comum da Humanidade. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, 2007.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 271.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 272.

⁴¹⁰ Ibid., p. 270.

individuais, deixa de ser considerada unicamente um direito individual, uma vez que a função social encontra-se expressamente prevista na constituição, enquanto princípio da ordem econômica.

Dentre os tais tipos de propriedade, encontram-se: a propriedade pública, a social, a privada, a agrícola, a industrial, a rural, a urbana, a propriedade de bens de consumo, a de bens de produção, a de uso pessoal, a propriedade/capital, a propriedade autoral, de inventos e de marcas e patentes e a propriedade-bem de família, dentre outros.⁴¹¹

Assim, quando se fala em apropriação de conhecimentos tradicionais, verifica-se o confronto entre dois sistemas de poderes desiguais: o sistema capitalista e o sistema dos povos tradicionais. O direito de propriedade, derivado de um pensamento ocidentalizado, é pautado numa lógica capitalista, individualista e excludente, e que vai de encontro ao sistema de organização coletiva que é encontrado dentro das tribos indígenas brasileiras. Nestas, o conceito de riqueza baseia-se em valores abstratos, relativos à divindade e à riqueza natural contida no meio ambiente selvagem; bem como, a busca por provimentos ocorre conforme a necessidade de subsistência da comunidade.

A grande questão é como harmonizar o direito de propriedade com a proteção dos conhecimentos tradicionais.

1.2. CONHECIMENTO TRADICIONAL E MEIO AMBIENTE

Antes de apresentar o conceito de conhecimento tradicional, importante destacar que este se encontra intimamente relacionado com a cultura e com o meio ambiente, de tal modo que imprescindível uma breve explanação acerca de seus atores – os povos e/ou populações tradicionais.

Dentro do que se designa Povo brasileiro pode-se encontrar desde povos indígenas até comunidades tradicionais e é claro os habitantes das cidades ou interiores que preenchem as características apregoadas pela sociedade envolvente.

As populações tradicionais englobam tanto os povos indígenas como as comunidades tradicionais. Assim que, é comum a classificação de populações tradicionais, como gênero, do qual os povos indígenas e as comunidades tradicionais são espécies.

Essas populações se desenvolveram a partir do processo de colonização brasileira empreendida pelos portugueses no século XVI. Essa colonização inseriu entre a população rural não-indígena um modelo sociocultural de adaptação ao meio. Note-se que

⁴¹¹ Ibid., p. 274-275.

“frente a uma natureza desconhecida, os portugueses e a população brasileira formada ao longo do empreendimento colonial, abraçaram técnicas adaptativas indígenas. Deles incorporaram a base alimentar, constituída pelo plantio do milho, mandioca, abóbora, feijões, amendoim, batata-doce, cará, entre outros. Adotaram produtos de coleta, compondo sua dieta com a extração do palmito e de inúmeras frutas nativas, como o maracujá, pitanga, goiaba, bananas, caju, mamão e tantas outras. E, como complemento essencial, apoiaram-se na caça e na pesca”.⁴¹²

Essas comunidades que foram afastadas dos núcleos dinâmicos da economia nacional, em face dos seus diversos ciclos econômicos, acabaram se estabelecendo em espaços menos povoados, onde a terra e os recursos naturais ainda eram abundantes. Esse fato, fez com que as comunidades pudessem sobreviver e desenvolver um modelo sociocultural de ocupação e exploração dos recursos naturais, com muitas variantes locais determinadas pela especificidade ambiental e histórica das comunidades que nele persistem⁴¹³. E, em consequência com uma menor influencia do sistema capitalista de produção.

A investigação antropológica identificou no Brasil a existência dos seguintes grupos de comunidades tradicionais: praieiros, caboclos ribeirinhos amazônicos, extrativista babaçueiro, sertanejo ou vaqueiro, jangadeiro, caipiras ou sítiantes, pescadores artesanais, caiçaras, açorianos, ribeirinhos não amazônicos, pantaneiros, campeiros e quilombolas.

De outro lado, os povos indígenas, que também compõem o conjunto de populações tradicionais e, ao contrário do que se esperava, tem apresentado taxas de crescimento populacional nas últimas décadas. Além disso, povos considerados extintos estão reaparecendo, como os Arara do rio Ji-Paraná, em Rondônia na década de 70, ou os vários grupos indígenas do nordeste que estão sendo “redescobertos”. E outros povos, que mesmo após anos de intensa imposição de conteúdo religioso e de pressões de cunho material e ideológico, ainda apresentam especificidades históricas e socioculturais próprias como é o caso dos Guarani, que até então eram considerados “desculturados”⁴¹⁴. Outro caso de ressurgimento é o dos kinikinau, mesmo em que pese muitos os considerarem extintos, conseguiram sobreviver em pleno século XXI.⁴¹⁵

Mas não só na “redescoberta” que se pode identificar povos diferentes na

⁴¹² DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. (orgs.). **Saberes Tradicionais e Biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001, p. 29-30.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 31.

⁴¹⁴ DIEGUES, Antonio Carlos Sant’Ana (org.). **Povos e águas**: inventário de áreas úmidas. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas de Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2002, p. 48.

⁴¹⁵ SILVA, Giovanni José da; SOUZA, José Luiz de. História, etnicidade e cultura em fronteiras: os Kinikinau em Mato Grosso do Sul. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 33.

sociedade nacional e/ou sociedade envolvente. Tem-se, em muitos casos, a convivência harmônica entre diferentes culturas em uma mesma região do país e com países vizinhos, nos casos das áreas fronteiriças.

Por exemplo:

Hoje, interessa aos indígenas Macuxi e Wapichana dos dois estados-nações (Brasil e Guiana), talvez como estratégia de sobrevivência em meio à cultura não-indígena e urbana, apreender variados valores, saberes e códigos de linguagem desses países. Enfim, agregar alguns valores culturais da sociedade envolvente. Foi com esse raciocínio que se observou cuidadosamente o desenvolvimento de uma partida de futebol envolvendo meninas Wapichana na aldeia de Alto Arraia, na região de Serra da Lua, distante vinte quilômetros da fronteira com a Guiana, por ocasião das comemorações do Dia do Índio em várias aldeias.⁴¹⁶

Essa inter-relação não descaracteriza a cultura tradicional, ao contrário, promove um contato entre a cultura tradicional e a ocidental e/ou envolvente que convivem em uma mesma área geográfica. E com isso, favorece o interesse pela exploração dos conhecimentos tradicionais de todas essas comunidades.

Uma das grandes dificuldades em se reconhecer os direitos das populações tradicionais é a imensa falta de conhecimento da população em geral da diversidade sociocultural do Brasil.

Na realidade, os brasileiros não-indígenas desconhecem e ignoram a imensa sociodiversidade nativa contemporânea dos povos indígenas. Não se sabe ao certo sequer quantos povos nem quantas línguas nativas existem. O (re)conhecimento, ainda que parcial dessa diversidade, não ultrapassada os restritos círculos acadêmicos especializados.⁴¹⁷

É notória a necessidade de se reconhecer e de repensar o direito para essas populações, uma vez que

ultrapassados os momentos mais difíceis do primeiro contato, não tendo desaparecido pelos efeitos devastadores das doenças ou dos genocídios, de um modo geral, todos os grupos acabam por se restabelecer e voltam a crescer demograficamente e nunca optam em deixar de ser eles mesmos

⁴¹⁶ PEREIRA, Mariana Cunha. Futebol e diversidade cultural: etnografia de um jogo de futebol com meninas indígenas Wapichana e meninas não-indígenas na fronteira Brasil-Guiana. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008. p. 53.

⁴¹⁷ SILVA, Maria do Socorro Pimentel da. Fronteiras etnoculturais: educação bilíngüe intercultural e suas implicações. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 109.

para se tornar outro; de modo que a história confirma que os povos autóctones que não foram biologicamente varridos pelos primeiros surtos das doenças para as quais não possuíam defesas imunológicas, que não foram vítimas de massacres capazes de anulá-los enquanto grupos diferenciados, e que de alguma forma conseguiram manter-se em um pedaço de terra, por menor ou pior que seja, mas que lhes garante a vida em comunidade, continuam vivos (...), mas ainda com orgulho suficiente, auto estima suficiente para perseverar e continuar, e isto ninguém pode mudar por mais que tente e se queira.⁴¹⁸

Assim que todas as comunidades e/ou populações desenvolveram íntima relação com o meio ambiente e dessa inter-relação surge o que, hoje, denominamos de conhecimentos tradicionais.

Silva⁴¹⁹, assevera que, “os conhecimentos tradicionais representam criações coletivas, fruto do intelecto e prática de vida de uma certa comunidade”. Salienta, ademais, que o termo “tradicional” não tem o intuito de representar o velho ou ultrapassado, mas sim de significar o modo de transmissão do conhecimento, que é feito de geração para geração, e o método de utilização deste.

Para Graham Dutfield⁴²⁰, o conhecimento tradicional consiste em: recordar e transmitir oralmente as tradições; aprender observando as experiências passadas; conhecer os elementos que sustentam a vida, todas as partes do mundo natural e introduzi-los no espírito; não acreditar que a vida humana é superior à dos elementos animados e inanimados, todas as formas de vida são interdependentes; é intuitivo e baseado na qualidade; é estruturada de acordo com o contexto social, devendo analisar os termos em conformidade com as relações sociais e espirituais entre as formas de vida; e, deriva da acumulação do desenvolvimento dos conhecimentos coletivos e experiências espirituais.

Deve-se observar que a conservação de valores éticos é um aspecto que ainda subsiste nas práticas das comunidades indígenas e tradicionais de hoje.

Para os mais legalistas, é possível, ainda, se utilizar da definição legal atual, presente na Medida Provisória 2186-16, artigo 7º de conhecimento tradicional como:

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória (...):

II - conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, **com valor real**

⁴¹⁸ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 424.

⁴¹⁹ SILVA, Letícia Borges da. Op. cit., p. 120.

⁴²⁰ **The public and private domains**: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. St. Peter's College & Oxford Center for the Environment Ethics and Society. Oxford University. March 1999.

ou potencial, associada ao patrimônio genético;
(...). (grifo nosso)

Ainda que a definição legal não seja suficiente para a identificação do conhecimento tradicional, tendo em vista que só garante a proteção dos conhecimentos economicamente úteis, já é um parâmetro para a atuação do Estado.

Importante ressaltar que a definição mais adequada para especificar o que significa conhecimento tradicional é aquela que abrange os meios de aquisição dos produtos, uma vez que tais sociedades não podem detalhar o método de produção já que não possuem aparelhos sofisticados como as indústrias e os laboratórios. Note, ainda, que a legislação somente garante proteção aos conhecimentos tradicionais associados à real ou potencial utilização econômica, o que insere na dinâmica dessas comunidades valores da sociedade envolvente, como a lucratividade. Dificultando a preservação e o desenvolvimento de práticas tradicionais, uma vez que somente serão valorados e protegidos pelo Estado as práticas e os conhecimentos com possibilidade de serem comercializadas no mercado nacional e mundial.

1.3. BENS NATURAIS E BENS CULTURAIS

Ultrapassadas a conceituação de propriedade e de conhecimento tradicional, passa-se ao estudo acerca dos bens culturais e sua importância para o tema tratado.

A questão ambiental é encontrada no texto constitucional de forma implícita, através de valores ambientais embutidos em dispositivos diversos, e também de forma explícita, quando a Constituição reserva um capítulo especial ao meio ambiente.

Mas, o que o referido dispositivo pretende dizer com a expressão “meio ambiente”, expressão esta norteadora dos princípios socioambientais embutidos em seu texto?

O meio ambiente abrange tanto a natureza selvagem, quanto o espaço construído pela ação do homem, podendo assim, de forma genérica, ser dividido em: Meio Ambiente Natural e Meio Ambiente Humano. O meio ambiente natural trata-se, pois, daquele que independe da ação antrópica para existir, e o Meio ambiente humano compreende o cultural, artificial e do trabalho.

No entanto, Juliana Santilli⁴²¹, através de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais e do entendimento majoritário da dou-

⁴²¹ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 70.

trina, aponta que a constituição tem uma concepção unitária do meio ambiente, a qual compreende os bens naturais e culturais.

Por óbvio, o meio ambiente cultural não subsiste sem o natural; já o meio ambiente natural, no momento em que passa a ser analisado por uma ciência humana, por si só já está sofrendo a ação antrópica, havendo pois uma intercomunicação entre ambas, o que justifica a adoção de uma concepção unitária de meio ambiente pela nossa Constituição Federal.

Assim, quando se fala em proteger os direitos de um determinado grupo, denominado socioambiental (ou seja, as populações tradicionais), pretende-se certamente proteger a cultura deste povo, que esta intimamente ligada ao meio ambiente natural; havendo pois uma inter-relação entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural.

Souza Filho, conceitua o meio ambiente trazendo esta concepção unitária:

O meio ambiente, entendido em toda sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcas ou sinais de fatos naturais ou da passagem dos seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha como a evocação que dela faça o povo. Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem e os chamamos de meio ambiente natural; outros são fruto da sua intervenção e os chamamos de meio ambiente cultural”.⁴²²

A cultura é a identidade de uma sociedade humana, e não existe de forma desassociada do mundo natural. Da mesma forma, a humanidade, enquanto povo, sociedade, não se configura sem o meio ambiente cultural. Conforme ensinamentos de Souza Filho⁴²³: “Enquanto o patrimônio natural garante a sobrevivência física da humanidade, o patrimônio cultural é garantia da sobrevivência social dos povos”. E é da inter-relação do meio ambiente cultural e natural que se origina o conhecimento tradicional, próprio e específico de cada uma das populações tradicionais.

Por meio ambiente cultural, entende-se a forma de organização de um determinado grupo, o modo como se comunica, se expressa e se veste, bem como suas crenças, valores e saberes.

⁴²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 15.

⁴²³ *Ibid.*, p. 16.

O meio ambiente cultural é constituído do patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico e cultural, que englobam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215 da CF)”.⁴²⁴

O meio ambiente é, pois, essencial para a vida humana, impondo-se a sua preservação. Mas a preservação muitas vezes vai de encontro ao desenvolvimento, o que poderia provocar uma estagnação da evolução da humanidade.

Souza Filho⁴²⁵ resolve esta questão demonstrando que a preservação do meio ambiente, natural e cultural, não pode ser global, e deve ser feita pela individuação de bens que sejam representativos, evocativos ou identificadores da história da sociedade humana e da cultura de um modo geral.

Quando se fala em *preservação pela individuação de bens*, surge uma nova questão: um bem imaterial, que represente uma manifestação cultural, pode ser considerado um bem jurídico?

Uma vez que se impõe constitucionalmente a preservação do meio ambiente, passa-se a proteger os bens ambientais, e estes se tornam bens jurídicos, independente de sua materialidade.

Nesta perspectiva, poder-se-ia prematuramente concluir que, toda manifestação cultural, todo conjunto de hábitos, configura um patrimônio cultural e, portanto, trata-se de um bem jurídico. De fato, quando há o reconhecimento pela coletividade da necessidade de proteção de sua cultura, seus hábitos são elevados à condição de bem jurídico. No entanto, nem sempre que um bem cultural é reconhecido perante o direito passa a ser por ele tutelado, conforme leciona Souza Filho⁴²⁶:

com ou sem técnica jurídica, com ou sem reconhecimento jurídico, o conjunto de bens materiais e imateriais que garantem e revelam uma cultura são patrimônio cultural daquela cultura. Se o direito é capaz de criar normas protetoras, impondo ao estado sua proteção, é outra coisa.

A cultura de um povo é permeada por bens exclusivamente imateriais ou intangíveis, sendo extremamente complicado o sistema de proteção destes bens, por mais que seja reconhecida a necessidade de sua proteção.

⁴²⁴ SÉGUIN, Elida. **Direito ambiental**: Nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

⁴²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2005, op. cit., p. 21.

⁴²⁶ Ibid., p. 45.

A caracterização de bens imateriais é difícil, e ainda mais complexa, sua ambientação jurídica, exatamente porque o sistema foi elaborado sobre os bens materiais. (...) Dito de outra forma, é muito difícil definir o limite em que uma manifestação passa a ser *bem jurídico*.⁴²⁷

Souza Filho, com base na Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, conceitua este como sendo, “as tradições orais, inclusive o idioma, as artes, o espetáculo, os usos sociais, rituais e festivos, conhecimento e usos relacionados com a natureza e as técnicas artesanais tradicionais”⁴²⁸. Afirma o referido autor que, o conceito apresentado nesta convenção é o mesmo estabelecido pela Constituição de 88, ou seja, são aqueles elementos que identificam, representam e referenciam uma determinada cultura.

Visto que os bens culturais podem ser materiais ou imateriais, inclusive ambos ao mesmo tempo, resta analisar o caráter original do bem cultural: se público ou privado.

Dado o interesse coletivo que permeia os bens ambientais, é mantido o caráter original do bem - que pode ser público ou privado -, surgindo, no entanto, uma nova perspectiva de direito que sobrepõe-se e coexiste com o caráter original do bem.

Souza Filho⁴²⁹ ensina que, quando uma coisa, um bem, entra no mundo jurídico, passa a ter relevância jurídica, proteção, relação de direito, e, independente de ser ambiental ou não, adquire a natureza de público ou privado. Se ambiental, independente de ser público ou privado, reveste-se de um interesse coletivo, que lhe acarreta um caráter público diferente, que da margem a uma nova categoria de bens, chamada por alguns doutrinadores de *bens de interesse coletivo*.

Um determinado bem material pode ter um interesse cultural ou ambiental, sendo ao mesmo tempo um bem imaterial e intangível. No que pertine à sua estrutura de bem cultural, tem como titular uma coletividade, ao passo que, no que pertine à sua estrutura de bem material, continua sendo ou público ou privado, conforme sua concepção original. Assim, visto que o direito ao meio ambiente trata-se de um direito coletivo, e os direitos coletivos transcendem aos direitos individuais, supera-se a dicotomia entre o público e o privado.

Por fim, salienta-se que, tão essencial quanto a proteção aos bens culturais, é a garantia do espaço para a manifestação cultural. Neste sentido, Souza Filho⁴³⁰, assevera que a abertura e manutenção de espaços para se manifestar a cultura torna-se cada vez mais imperioso, ao passo que, a criação de espaços culturais “não garante exatamente a manutenção da manifestação, mas apenas incentiva a sua continuidade”.

⁴²⁷ Ibid., p. 50.

⁴²⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. 2003a, op. cit., p. 53.

⁴²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico. 2005, op. cit., p. 22.

⁴³⁰ Ibid., p. 51.

Assim que é necessária a garantia do espaço para a criação, reprodução e desenvolvimento dos conhecimentos tradicionais, isso significa que será necessário um espaço físico, ou seja, uma propriedade. Ainda, é necessária a proteção dos direitos intangíveis ou imateriais, por constituírem os conhecimentos tradicionais, principalmente na sua forma de transmissão coletiva, em regra, oral.

2. CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

2.1. CONHECIMENTO TRADICIONAL E SUA APROPRIAÇÃO LEGAL: CONFLITOS

Inicia-se este capítulo comentando alguns conflitos evidentes entre a legislação de proteção à propriedade de um lado e ao conhecimento tradicional de outro. E, na sequência, tratar-se-á das convergências na regulamentação desses temas, em outras palavras, como a proteção da propriedade poderá, também, ser utilizada para a proteção dos conhecimentos tradicionais.

No capítulo anterior observou-se que o conhecimento tradicional está intimamente relacionado com a cultura de determinado povo e/ou comunidade, isso significa que esse conhecimento faz parte de determinada comunidade e é por esta utilizado e atualizado. No entanto, esses conhecimentos, por força de lei (Medida Provisória 2.186) transformou-se em um bem/conhecimento apropriável.

Esse posicionamento está presente, também, na discussão do Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (GRTRK⁴³¹) da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), que em documento apresentado pelas delegações do Canadá, Japão, Noruega, República da Coreia e pelos Estados Unidos apresentam a seguinte definição para conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos: “Traditional knowledge associated with genetic resources means substantive knowledge of the properties and uses of genetic resources held by indigenous peoples or local communities and which directly leads to a claimed invention⁴³²”. Essa sugestão foi incluída no documento que foi discutido na 24^a

⁴³¹ Comitê Intergovernamental de propriedade intelectual e recursos genéticos, conhecimento tradicional e folclore da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO).

⁴³² Tradução livre: “O conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos significa conhecimento substantivo de propriedades e usos dos recursos genéticos realizada pelos povos indígenas ou comunidades locais e que conduz diretamente para a invenção reivindicada”. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO): Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources,

Reunião do Comitê, de 22-26 de abril de 2013 e consta no documento que será enviado para a Assembleia Geral da OMPI/WIPO em setembro. Nessa proposta o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos que deve ser protegido é aquele comercialmente importante. Essa tendência também aparece no item 1.4 do artigo 1º, do material enviado aos países para a discussão, que estabelece exceções para a proteção do conhecimento tradicional:

Protection does not extend to traditional knowledge that is widely known or used outside the community of the beneficiaries as defined in Article 2, (for a reasonable period of time), in the public domain, protected by an intellectual property right or the application of principles, rules, skills, know-how, practices, and learning normally and generally well-known⁴³³.

Destaque-se que o conceito e a exceção ainda não foram aprovados pelo referido Comitê, ao contrário, constitui fonte de polêmica entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento.

De outro lado no Brasil, é importante identificar quando o conhecimento tradicional deixa de fazer parte de elementos culturais da comunidade/povo e passa a integrar o rol dos bens apropriáveis. A legislação nacional não deixa dúvidas de que essa passagem ocorre com a descoberta de uma utilidade para a sociedade envolvente de determinado conhecimento tradicional. Ou seja, quando esse conhecimento pode ser produzido em grande escala para atender aos interesses da sociedade envolvente, ou seja, a capitalista.

Isso demonstra que para o conhecimento tradicional ser “protegido” pela legislação ele precisa ser incorporado ao mecanismo de mercado, ou seja, precisa ser vendável. E essa venda se inicia com a autorização para produção em larga escala e, posteriormente, inserção nos mercados nacionais e internacionais. Vários exemplos podem ser enumerados a partir de produtos cosméticos e farmacológicos disponíveis no mercado⁴³⁴. Isso significa que

Traditional Knowledge and Folklore. **Joint recommendation on genetic resources and associated traditional knowledge** (Document submitted by the Delegations of Canada, Japan, Norway, the Republic of Korea and the United States of America). Geneva 22-26 april 2013. Annex p.01.

⁴³³ Tradução livre: “A proteção não se estende ao conhecimento tradicional que é amplamente conhecido ou usado fora da comunidade dos beneficiários conforme definido no artigo 2, (por um período de tempo razoável), em domínio público, protegido por direitos de propriedade intelectual ou pela aplicação de princípios, regras, habilidades, *know-how*, métodos comuns de aprendizagem e bem conhecidos.” INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE (IGC). **The protection of traditional knowledge**: draft articles. Rev. 2 Geneva 25 april 2013. p.10.

⁴³⁴ Para maiores informações consultar WANDSCHEER, C. B. Biodiversidade e Conhecimento Tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciene de (Coord.). **Propriedade Intelectual**: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008, v.2. p. 357-375; e WANDSCHEER, C. B. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo**: uma realidade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63-78.

O que se estabelece, então, é a relação entre uma sociedade que busca a hegemonia e a apropriação do saber, de um lado, e a proteção aos saberes locais e tradicionais, de outro. A sociedade que busca hegemonia pretende impor suas próprias leis sobre propriedade intelectual, por meio de acordos bilaterais e multilaterais, rumo à apropriação e mercantilização dos conhecimentos tradicionais, do patrimônio genético e da biodiversidade.⁴³⁵

Importa, ainda, destacar que essa classificação de qual conhecimento tradicional será protegido pela lei, ou seja, que será reconhecido como tal, não foi feito pelos detentores desses conhecimentos, mas sim por aqueles que pretendem a utilização e a incorporação desse conhecimentos ao sistema capitalista de produção.

A atribuição de valores a tais conhecimentos e a sua apropriação por indivíduos, em geral, não pertencentes à comunidade, demonstra uma forma de apropriação originária de bens ou de capitais. Isso está claro, tendo em vista a economia de tempo e de recursos em pesquisas que são desenvolvidas rapidamente a partir das informações obtidas das populações tradicionais. Alguns pesquisadores já estimaram que a economia de recursos das empresas que utilizam conhecimento tradicional pode chegar a milhões de dólares⁴³⁶.

Assim, o conhecimento tradicional passível de utilização comercial passa a ser protegido pela legislação nacional de propriedade intelectual, enquanto que os demais seguem sob à proteção cultural, ou seja, são considerados elementos de relevância histórica, artística e cultural. Desse modo, uma parte dos conhecimentos dos povos é atingida por uma legislação que atende aos interesses capitalista de produção enquanto a outra parte fica sob a proteção das leis culturais, influenciada, principalmente, pela Constituição Brasileira.

Esse posicionamento legal brasileiro pode ser visto com ressalvas, tendo em vista que o grau de importância do conhecimento tradicional é feito pela sociedade envolvente, capitalista, e não pelas próprias comunidades/povos, ou melhor, não lhes é reconhecido o direito de estabelecer quais conhecimentos são mais importantes, ou ainda, se preferem a proteção a partir das leis de propriedade intelectual ou das leis culturais. É uma escolha feita pelo Estado, ou por seus representantes legais.

O impacto da legislação nacional sobre os conhecimentos tradicionais é gigantesco, tendo em vista que a lei permite a apropriação individual, já que a própria Medida Provisória dispõe que:

Art. 8º Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao

⁴³⁵ KRETZMANN, Carolina Giordani. Op. cit.

⁴³⁶ Para maiores informações consultar SHIVA, V. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira; prefácio de Hugh Lacey e Marcos Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001. 152 p. e SANTILLI, J. Op. cit., p.183-243.

patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada. (...). § 4º - A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual. Da Medida Provisória 2.186-16/2001.

Ainda cumpre destacar a diferenciação de bens públicos e bens privados. Os primeiros são bens da sociedade nacional, que podem ser de uso direto do público, como parques, e outros de uso de funções e/ou atividades públicas, como Prefeituras, Hospitais, etc. Enquanto que os bens privados são individualizados e de utilização exclusiva do proprietário. Esses são os titulares da propriedade em seus sentidos tradicional, conforme especificado em item anterior.

De outro lado, tem-se os bens ou interesses individuais e coletivos. Os primeiros são os legítimos exemplos do direito de propriedade tradicional, o dono de uma casa ou um de carro. Enquanto que os bens coletivos fazem parte de uma evolução jurídica. Note-se que esses bens podem ser públicos, como os parques, já que são de usufruto da coletividade e administrados pelos Poder Público para o bem da sociedade. No entanto, esses bens podem ser de coletividades menores, ou seja, grupos de pessoas que não compreendem todo o conjunto da sociedade nacional. Podem ser de qualquer dos grupos, antes mencionado, indicados como populações tradicionais e também de associações ou de grupos de consumidores. A legislação consumerista inclui a classificação de direitos coletivos e difusos no ordenamento jurídico brasileiro, o que indiretamente beneficiou as populações tradicionais brasileiras, tendo em vista que agora podem se utilizar da titularidade coletiva para a defesa de seus direitos/interesses ou bens.

Portanto, observa-se que a relação de propriedade e conhecimento tradicional não é pacífica. Por isso, segue-se comentário sobre um tema pontual desse conflito.

2.2. PROPRIEDADE E CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: TITULARIDADE

É complexa a identificação do proprietário dos conhecimentos tradicionais, uma vez que se tratam de bens intangíveis, oriundos de povos tradicionais, e que, portanto, ultrapassam a percepção ocidental de propriedade.

No entanto, a possibilidade de identificar e utilizar os conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade, implica na necessidade de se identificar a sua propriedade. Ou seja, a quem pertencem.

A detenção do conhecimento não é exclusiva de um único sujeito como difundido no mundo ocidental e impulsionado pela globalização. No caso das populações tradicionais o conhecimento pertence a uma coletividade. Decorre disso a dificuldade de se enquadrar na lei de propriedade industrial, primeiro lugar por seu sujeito/proprietário e segundo lugar pelo seu produto/conhecimento.

A dificuldade em identificar o verdadeiro proprietário já foi sentida, uma vez que a sociedade ocidental não admite que o criador não possa ser necessariamente o proprietário intelectual, ou seja, o modelo ocidental exige a identificação e personificação do direito de propriedade para que possa ser transferido. No entanto, pode-se observar que ocorre o contrário nas populações tradicionais, tendo em vista que o conhecimento é do grupo, ainda que somente um deles possa reproduzir o conhecimento para esse mesmo grupo, isso não o legitima a autorizar e/ou permitir que outros, fora do grupo, reproduzam o seu conhecimento, tendo em vista que o conhecimento é do grupo. Observe-se o que como define o *Australian Aborigines Golan states*:

Under Aboriginal law, the rights in artistic works are owned collectively. Only certain artists are permitted within a tribe to depict certain designs, with such rights being based on status within a tribe. The right to depict a design does not mean that the artist may permit the reproduction of design. This right to reproduce or re-depict would depend on permission being granted by the tribal owners of the rights in the design.⁴³⁷

Conclui-se que o conhecimento tradicional não pertence como pode parecer a um único integrante da coletividade indígena, geralmente o curandeiro, mas que para a divulgação ou reprodução do conhecimento para além dos membros da tribo, é necessário a autorização da sociedade que detém o conhecimento. Portanto, deve refletir para todos os benefícios que por ventura vierem a ser alcançados. E já há manifestação legal nesse sentido, pois a Medida Provisória 2.186-16/2001 estabelece que:

Art. 9º À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de: (...). Parágrafo único. Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de **titularidade da comunidade**, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento.(grifado)

⁴³⁷ Tradução livre: “Sob a lei aborígine, os direitos sob os trabalhos artísticos são de propriedade coletiva. Somente a certas pessoas é permitida perante a tribo a reprodução de alguns desenhos, essa autorização é reconhecida em face de seu status social dentro da tribo. O direito de reproduzir um desenho não significa que o artista possa permitir a sua reprodução. O direito de reproduzir ou re-desenhar está condicionado a permissão obtida perante a tribo que detém do direito sobre esse desenho.”

O que, em outras palavras, acaba reconhecendo a titularidade da comunidade e, em consequência, o direito desses grupos, ou seja, do direito de titularidade coletiva das populações tradicionais (comunidade indígena e comunidade local), nesse caso, no que se refere aos seus próprios conhecimentos.

É interessante comentar que o conhecimento das populações indígenas ou tradicionais não pertence ao domínio público, mesmo que possa ser encontrado posicionamento nesse sentido, principalmente em consonância com os interesses de laboratórios farmacêuticos e companhias de sementes. Uma vez que foi reconhecido pela Convenção Sobre a Diversidade Ecológica (CDB), que a propriedade dos conhecimentos pertencem às populações indígenas, sem esquecer que por séculos essas comunidades forma marginalizadas tanto política, como econômica, e socialmente. Nada mais justo que agora possam consentir com o a utilização de seus conhecimentos e usufruírem os benefícios. Além de ser uma maneira de incentivar as comunidades a preservar e desenvolver os seus conhecimentos.

Nesse sentido é o posicionamento de Yonah Seneti:

O domínio público tem sido uma questão muito debatida no Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (IGC), que se reuniu 22-26 de abril. Sobre esta questão, Seneti disse que o conhecimento tradicional que está nas NRS está disponível ao público, mas não é do domínio público, uma vez que pertence às comunidades (IPW, a OMPI, 28 de abril de 2013). No sistema, toda a informação contextual sobre o conhecimento tradicional é traduzido para o Inglês, ele disse, mas a substância é deixada na língua original e só seria fornecido mediante pedidos fundamentados.⁴³⁸

Seneti coordena a implementação do Sistema Nacional de Registros de Conhecimento Tradicional na África do Sul, que tem como objetivo final criar oportunidades para que os benefícios do acesso ao conhecimento tradicional retornem às respectivas comunidades.

⁴³⁸ Texto original: The public domain has been a much-debated issue at the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), which met from 22-26 April. On this issue, Seneti said the traditional knowledge that is in the NRS is publicly available but it is not in the public domain, as it belongs to the communities (IPW, WIPO, 28 April 2013). In the system, all contextual information about traditional knowledge is translated into English, he said, but the substance is left in original language and would only be provided upon substantiated requests. SAEZ, Catherine. **South Africa To Launch National Traditional Knowledge Recording System**. Published on 10 May 2013 @ 7:11 am. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/05/10/south-africa-to-launch-national-traditional-knowledge-recording-system/>> Acesso em: 29 jul. 2013.

2.3. CONVERGÊNCIAS ENTRE PROPRIEDADE E CONHECIMENTO TRADICIONAL

Ao contrário do que se poderia imaginar a legislação nacional, também, permite a proteção do conhecimento tradicional. Um primeiro aspecto a ser destacado é a questão da propriedade material e imaterial. A primeira não deixa dúvidas, pois esta é uma expressão concreta ou física, diferentemente dos bens imateriais que são representados fisicamente, mas que em si mesmos possuem outra substância. Por exemplo uma dança ou uma música, pode ter sua expressão física em uma gravação, e é essa gravação que constitui o patrimônio material, enquanto que a música e a dança propriamente ditas constituem o patrimônio imaterial. O que já foi destacado no capítulo 1 desse trabalho.

A Constituição Brasileira reconhece e protege o patrimônio cultural brasileiro e suas formas de expressão, isso inclui os bens materiais e imateriais e, em consequência, impacta nos direitos de propriedade individuais e coletivos. Isso ocorre porque o Estado pode impor restrições ao uso da propriedade quando esta se referir à bens de interesse coletivo. O que implica em um dever de cuidado, já que o bem é de interesse de toda a coletividade ou parte dela.

Desse modo, se observa que parte dos conhecimentos tradicionais podem ser atendidos por essa legislação de proteção dos bens de interesse coletivo. Note-se, no entanto, que esse interesse coletivo não deve ser pautado pelos interesses da sociedade envolvente, mas sim pelos interesses das próprias populações tradicionais, uma vez que são os legítimos titulares dos seus bens materiais e imateriais conforme a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), já ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003. Em outras palavras, o Estado brasileiro reconhece o direito à autodeterminação dos povos e essa autodeterminação inclui a autorização ou não de acesso ou utilização de conhecimento tradicional.

Isso significa que o Estado pode impor limitações ao direito de propriedade no sentido de garantir à propriedade coletiva dos conhecimentos tradicionais, além de impedir que terceiros não pertencentes ao grupo possam se apropriar desses conhecimentos, beneficiados pela tecnologia. Algo já se avançou em termos de proteção, tendo em vista que se exige o consentimento prévio informado das populações tradicionais quando da utilização de seus conhecimentos para desenvolvimento de produtos ou processos industriais. Conforme resolução nº 34 de 12 de fevereiro de 2009, do Ministério do Meio Ambiente, Medida Provisória 2.186-16/2001 e Convenção 169 da OIT.

Mesmo assim, é possível encontrar ações judiciais questionando a violação dos direitos das populações tradicionais, principalmente no que se refere aos seus

conhecimentos, como é caso da Ação Civil Pública nº 2007.30.00.002117-3, proposta pelo Ministério Público Federal, que se processa na 3ª Vara Federal do Acre, que foi renumerada para 2078-76.2007.4.01.3000, na qual se questiona a utilização de conhecimento tradicional Ashaninka sobre a utilização do mururu, na confecção de sabonetes sem o devido consentimento prévio informado do povo indígena detentor desse conhecimento. Referida ação já foi julgada em primeira instância com sentença de 22 de maio de 2013, na qual o eminente Juiz Federal Jair Araújo Facundes reconheceu o direito dos Ashaninka sobre seu conhecimento tradicional apropriado individualmente por particular. Na referida sentença houve a condenação solidária de Fábio Fernandes Dias e sua empresa Tawaya (Fábio F. Dias ME), ao pagamento de indenização aos Ashaninka correspondente a 15% do lucro obtido pela referida empresa. Esse percentual deve incidir pelo prazo de 15 (quinze) anos a contar do início das atividades da empresa, garantida indenização mínima no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em qualquer hipótese e; a determinação de que INPI retifique o pedido de patente sob n. PI0301420-7, em nome de Fábio Fernandes Dias, para que conste a Associação Ashaninka do Rio Amónia (APIWTXA) como requerente.

Assim, para que a legislação possa atender aos interesses e demandas das populações tradicionais o Estado precisa ouvi-las. Isso significa que o Estado tem o dever de consultá-las em todas as matérias que lhes afetem. Como a proteção do conhecimento é uma questão que atinge diretamente às populações tradicionais, seja pela possibilidade de firmarem contratos de utilização ou, ainda, pelo direito de negar o acesso ao seu conhecimento, é preciso, com urgência, implementar os mecanismos e/ou procedimentos de consulta.

Nesse aspecto, ainda, se discute no Congresso Nacional qual seria a melhor forma de implementar os processos de consulta, sendo que a consulta, também, está prevista na Constituição Brasileira para algumas situações especiais⁴³⁹.

Além desse aspecto, é importante ressaltar a função social da propriedade [já tratada em tópico anterior], uma vez que a propriedade, seja material ou imaterial, tem que cumprir uma função para a sociedade para que seja legítima perante o ordenamento jurídico. Desse modo, é dever do Estado garantir a proteção dos conhecimentos tradicionais, na forma de propriedade imaterial com titularidade difusa e/ou coletiva, tendo em vista que é por meio desse conhecimento que o grupo se reconhece como tal, ou seja, as populações tradi-

⁴³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) §3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas** as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (grifado).

cionais, indígenas ou não, se reconhecem pelo que representam, pelos seus usos, costumes e tradições, e seus conhecimentos são somente uma pequena fração de tudo que as compõem.

Como a Constituição Brasileira protege os conhecimentos, inovações e práticas dos povos formadores da sociedade brasileira, nada mais justo essa proteção às populações tradicionais. A propriedade já não se justifica pelo seu caráter individualista e passa a ter uma destinação e/ou função coletiva. Note-se que esse coletivo pode representar um grupo ou toda a sociedade brasileira, tendo em vista que cada população tradicional representa uma fração da sociedade nacional. Mas nem por isso a proteção aos conhecimentos tradicionais, na forma de propriedade imaterial, fere os direitos da sociedade nacional e/ou envolvente, isso porque essa fração é parte integrante da sociedade brasileira, e cumpre ao Estado a proteção de todos os seus membros, inclusive se esses fazem parte de grupos étnicos ou minoritários dentro do Estado-nacional.

No entanto, para evitar que somente os conhecimentos tradicionais que apresentam interesse para o mercado venham a ser protegidos pela lei, por meio da lei de patentes, é preciso que o Estado reconheça o direito das populações tradicionais aos seus conhecimentos, não somente quando estes estiverem relacionados com a cultura, propriamente dita. Tendo em vista que sob este aspecto, o cultural, já há o Decreto nº 3.551/2000, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial e dá outras providências, composto por quatro livros: 1) de registro de saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; 2) de registros das celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; 3) de registro de formas de expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; 4) de registro dos lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Esses livros de registros deveriam ser reconhecidos como elemento de prova para impedir o patenteamento dos conhecimentos tradicionais, tendo em vista que o registro torna público o conhecimento e, portanto, inviabilizando o critério da novidade apregoado pela lei de propriedade industrial com requisito para o patenteamento. De modo, a dar prioridade aos conhecimentos tradicionais ao invés do conhecimento técnico-científico, protegido pelas patentes. A questão ainda é polêmica mas precisa ser discutida.

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que, o conceito ou os parâmetros para o que se entende por propriedade sofreu alterações de acordo com o passar do tempo, ou seja, do uso coletivo para o uso individual e, recentemente, com limitações como a função social da propriedade.

Mais importante, é lembrar que a propriedade individual é uma construção humana, muito recente, que vai de encontro com os conceitos originais de liberdade e coletividade originalmente vivenciados pela humanidade. E por isso pode sofrer uma reconstrução, ou seja, adaptar os parâmetros da propriedade para as necessidades atuais, isso inclui os direitos e/ou bens das populações tradicionais.

Além disso, é importante harmonizar a relação entre propriedade e populações tradicionais, tendo em vista, que essas comunidades só podem se desenvolver e garantir seus conhecimentos a partir da inter-relação com o meio ambiente. E esse meio é materializado em um espaço/propriedade é indispensável para a sua existência, que pode ser de titularidade individual ou coletiva.

É urgente que o Estado implemente as garantias previstas na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, como forma de proteção das populações tradicionais e seus conhecimentos, assim como a garantia de espaços para a sua reprodução. Já não é mais possível a defesa incondicional da propriedade privada, a serviço unicamente de interesse individuais e econômicos. É preciso uma mudança de atitude do Estado e dos interpretes da lei, a ponto de garantir o cumprimento da função social da propriedade e, a defesa da diversidade social e biológica do país.

Constitui ponto essencial a diversidade social, ou a sociodiversidade, para a manutenção da diversidade biológica, dado a íntima relação das populações tradicionais com seu meio ambiente, explicitado, na maioria das vezes, por meio de seu conhecimento tradicional. E, por fim, a sociedade brasileira tal qual a conhecimentos somente se justifica na sua diversidade, isso significa diversidade social e biológica, portanto, cabe ao Estado a sua defesa e proteção.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BORGES, Antonino Moura. **Curso Completo de Direito Agrário**. Doutrina, Prática, Legislação Complementar e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Edijur, 2007.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant'Ana (org.). **Povos e águas**: inventário de áreas úmidas. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas de Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2002.

DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. (org.). **Saberes Tradicionais e Biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

DUTFIELD, Granham. Repartindo Benefícios da Biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes? In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (org.). **Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004. p. 57-107.

_____. **The public and private domains**: intellectual property rights in traditional ecological knowledge. St. Peter's College & Oxford Center for the Environment Ethics and Society. Oxford University. March 1999.

FOUR DIRECTIONS COUNCIL FORESTS, INDIGENOUS PEOPLES AND BIODIVERSITY: **Contribution of the Four Directions Council**. Submission to the Secretariat for the Convention on Biological Diversity, 1996.

INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE (IGC). **The protection of traditional knowledge**: draft articles. Rev.2 Geneva 25 april 2013.

KRETZMANN, Carolina Giordani. **Muliculturalismo e Diversidade Cultural**: Comunidades Tradicionais e a Proteção do Patrimônio Comum da Humanidade. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, 2007.

LIBERATO, Ana Paula Goulart. **Reforma Agrária**. Direito Humano Fundamental. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, Mariana Cunha. Futebol e diversidade cultural: etnografia de um jogo de futebol com meninas indígenas Wapichana e meninas não-indígenas na fronteira Brasil-Guiana. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais**: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008. p. 49-58.

SAEZ, Catherine. **South Africa To Launch National Traditional Knowledge**

Recording System. Published on 10 May 2013. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/2013/05/10/south-africa-to-launch-national-traditional-knowledge-recording-system/>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

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

SÉGUIN, Elida. **Direito ambiental:** Nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria:** a pilhagem da natureza e do conhecimento. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira; prefácio de Hugh Lacey e Marcos Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, Maria do Socorro Pimentel da. Fronteiras etnoculturais: educação bilíngüe intercultural e suas implicações. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais:** transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 107-117.

SILVA, Giovani José da; SOUZA, José Luiz de. História, etnicidade e cultura em fronteiras: os Kinikinau em Mato Grosso do Sul. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Stephen Grant (coord.). **Fronteiras e espaços interculturais:** transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira. Goiânia: Editora da UCG, 2008, p. 20-36.

SILVA, Letícia Borges da. Conhecimentos Tradicionais e Biodiversidade – Um Desafio para a Política Nacional do Meio Ambiente. In: ALMEIDA, Gabriel Gino; SERAFINI, Leonardo Zagonel. (orgs.) **Direito, política e Meio Ambiente:** 25 anos da Lei Federal nº 6.938/1981. Coleção Comissões – v. 7. Comissão de Meio Ambiente. Curitiba: OAB/PR, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **A função social da terra.** Porto Alegre: Fabris, 2003a.

_____. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (org.). **A Crise do Estado-nação.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b, p. 229-256.

WANDSCHEER, C. B. Biodiversidade e Conhecimento Tradicional. In: CARVALHO, Patrícia Luciene de (Coord.). **Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá, 2008, v.2. p. 357-375.

_____. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo: uma realidade**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63-78.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION(WIPO): Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. **Joint recommendation on genetic resources and associated traditional knowledge** (Document submitted by the Delegations of Canada, Japan, Norway, the Republic of Korea and the United States of America). Geneva 22-26 april 2013.