

**A POSSIBILIDADE DA PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL
ATRAVÉS DOS MECANISMOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.**

**THE POSSIBILITY OF THE PROTECTION OF TRADITIONAL
KNOWLEDGE THROUGH THE MECHANISMS OF INTELLECTUAL
PROPERTY.**

José Everton da Silva¹
Marcos Vinicius Viana da Silva²

RESUMO:

Trata o presente trabalho de um estudo a cerca da proteção do Conhecimento Tradicional, e a possibilidade da sua proteção, a partir das premissas existentes para a proteção da Propriedade Intelectual. Para tanto se fez necessário um estudo a respeito da função primeira do Estado, que é a função social, para logo depois analisarmos as questões referentes à Propriedade, como conceito e evolução histórica. Após foram analisadas as premissas referentes à Propriedade Intelectual, estudando seus ramos e seus fundamentos, pesquisou-se a questão referente à proteção do Conhecimento Tradicional. O principal objetivo deste trabalho e comprovar a possibilidade ou não da proteção do conhecimento tradicional, através dos mecanismos existentes de proteção da Propriedade Intelectual. Para tanto, foi utilizado o método indutivo, tanto para coleta dos dados quanto no tratamento dos mesmos e contamos com o auxílio das técnicas do referente e do fichamento.

PALAVRAS CHAVES: Conhecimento Tradicional; Estado; Propriedade; Propriedade Intelectual.

ABSTRACT:

This paper is going to conduct a study about the protection of Traditional Knowledge, and its theoretical impossibility for the protection, from the existing premises for the

¹ Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (doutorado).

² Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (mestrado).

protection of Intellectual Property. For that was needed a study about the primary function of the State, which is the social function, for soon after we analyze the issues of property as a concept and historical development. After analyzing the assumptions regarding Intellectual Property, studying its branches and its foundations, we enter the question of the protection of Traditional Knowledge. The main objective of this work is to prove whether or not the protection of traditional knowledge, through existing mechanisms of intellectual property protection. For this, we used the inductive method, both for data collection and in the treatment of it, relying on the help of the technical referent and cataloging.

KEYWORDS: Intellectual Property; Property; Traditional Knowledge; State.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a questão da proteção ao Conhecimento Tradicional, um sub-ramo, da Propriedade Intelectual, proteção esta de previsão constitucional, quer pela vertente econômica, quer como direito e garantia fundamental dos povos envolvidos. Para tanto é imprescindível uma análise do Estado e sua função enquanto propulsora do desenvolvimento nacional, nunca esquecendo que a função primordial do Estado é de caráter social. Uma análise da Propriedade dentro deste contexto é obrigatória, até como forma preparatória para discorrermos sobre a Propriedade Intelectual, sua classificação e elementos bem como suas características fundamentais. Entendo que o pano de fundo da discussão, perpassa uma discussão ideológica sobre a função do Estado e sua vertente econômica, o capitalismo.

O desenvolvimento econômico, aprofundado principalmente após a revolução industrial, se deve basicamente pelo incremento do conceito de ideias inovadoras, que geraram produtos inovadores, via de regra, na sua maioria, responsáveis por boa parcela do desenvolvimento e conforto da sociedade dita moderna.

Este aspecto específico induziu aos Estados nacionais, a construírem paulatinamente arcabouços jurídicos que ora protegiam o capital ora a sociedade, no aspecto de construção de um marco de proteção ao conhecimento e a inovação, ao mesmo tempo em que protegiam os interesses nacionais.

A formulação desta matriz normativa não se dá de forma pacífica, pois os interesses em jogo são muito grandes, e a própria ideia de construção do Estado ao longo do tempo, suas contradições ideológicas e sua formatação se espelham neste confronto.

A questão indutora deste artigo é em primeiro lugar reafirmar uma noção de Estado baseada na sua função social, para num segundo momento podermos adentrar no mundo do desenvolvimento, notadamente o desenvolvimento tecnológico como uma de suas mais importantes características, a proteção intelectual, manifestada pela proteção patentária. No contraponto a este desenvolvimento, baseado na questão da proteção intelectual, analisaremos a situação dos conhecimentos tradicionais, frente à problemática da proteção intelectual.

Como honestidade científica alertamos nosso leitor que o tema é por demais controverso, e acende caloroso debate no meio acadêmico, e de forma nenhuma pretende este trabalho encerrar a discussão ou propor conceitos definitivos, é antes ainda, um pouco da tentativa de compreensão do fenômeno do que propriamente sua solução.

Para tanto, foi utilizado o método indutivo, tanto para coleta dos dados quanto no tratamento dos mesmos e contamos com o auxílio das técnicas do referente e do fichamento (PASSOLD, 2011).

1. ESTADO

A base para construção do nosso pensamento, e por força destas poucas e apressadas linhas, passa em primeiro lugar por um entendimento a cerca do Estado e principalmente de sua função, organizativa e indutora de desenvolvimento. Na visão de Pasold (2011, p.21):

Trabalho aqui, com um pressuposto fundamental que é o de que o Estado Contemporâneo – qualquer que seja o suporte ideológico que o sustente – deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade.

O Estado existe e atende a um anseio social, como imperativo de organização, sua função social primordial é de prover, prover aqui, significa proporcionar entre outros itens, segurança, educação, saúde, e num Estado capitalista, progresso econômico, seja pela não intervenção ou até mesmo pela intervenção, desde que, visando à proteção do próprio sistema.

No mesmo sentido entende Heller (2010, p.243), quando afirma “A Teoria do Estado, porém, pode e deve indagar o sentido do Estado cuja expressão é a sua função social, a sua ação social objetiva.”

Se ao Estado cabe enquanto legítimo detentor do poder, a função social, como podemos traduzi-la, se não como, aquela que promove o desenvolvimento qualitativo do cidadão, segundo sua visão axiológica, social e econômica. (CRUZ, p.185).

A lógica da função social do Estado deve servir, portanto, de balizamento da atuação estatal, não no sentido de política do Bem Estar Social, tampouco como corolário de uma lógica de liquidar com todas as diferenças, pois além de impossível, a tentativa de realizar tal pensamento provavelmente ocasionaria o fim do próprio Estado. (CRUZ, p.185).

O grande papel do Estado contemporâneo é o de ser capaz de numa Sociedade baseada no poder do mercado, não permitir que esta lógica acabe por suplantando o que Aquino (2010, p.117) chama de ética de alteridade que “[...] convoca a posturas mais humildes e menos coercitivas. As certezas habituais começam a erodir revelando a (frágil) condição humana, que precisa ser preservada por uma entidade preocupada com sua orientação e proteção”.

É função, portanto, do Estado prover políticas que promovam uma retomada das condições de desenvolvimento do cidadão dentro de uma lógica qualitativa mesmo quanto se trata do aspecto econômico. É também função do Estado a proteção do cidadão, tanto no seu aspecto pessoal (segurança), como na proteção de sua capacidade intelectual, artística e de manifestação, entre outras.

O homem é por excelência um ser pensante, capaz de propor soluções e encontrar caminhos alternativos para os problemas que o afligem. Desta forma a

proteção das manifestações do espírito devem ser também motivo de proteção, dentro da função social do Estado.

Mas para que se possa aprofundar ainda mais o conceito de proteção da Propriedade Intelectual, necessário se torna, a bordar mais detidamente a questão da Propriedade.

2. DA PROPRIEDADE

Dentre os acordos mútuos que estabelecem as bases da existência em Sociedade, encontram-se aqueles que expõem referência a coisas que podem ser usadas, desfrutadas ou das quais se pode dispor. Quando os acordos limitam ou definem tais direitos e criam obrigações para os indivíduos ou de um grupo em relação a outros, temos o conceito de Propriedade.

Já na Antiguidade, autores como Aristóteles (1988, p.187), defendiam a visão social da Propriedade. Em sua obra A Política, ele já defendia a ideia de uma Propriedade Privada vinculada a uma finalidade social, segundo Aristóteles, a Propriedade “é instrumento essencial à vida”.

Aristóteles considera a Propriedade como condição essencial do cidadão, neste sentido, Cavedon (2003, p.32):

Entende-se que, Aristóteles introduzia a noção de Propriedade vinculada ao cumprimento de uma Função Social, principalmente ao colocar que “(...) tendo cada cidadão a sua Propriedade particular, a põe em parte ao serviço dos amigos, e dela se serve em parte como de um bem comum”. A Propriedade é privada, sendo o seu uso comum, pois “(...) pensamos que a Propriedade não deve ser comum, como o pretendem alguns escritores; que, finalmente, não é preciso que os cidadãos se privem dos seus meios de subsistência.

Portanto, para Aristóteles, a Propriedade agrega características da Propriedade privada e ao mesmo tempo comunitária, ou seja, o domínio é privado, mas o uso dela deve ocorrer como se fosse comum.

No decorrer dos períodos históricos, a noção de Propriedade foi reformulada. A Propriedade, para os romanos, evolui da Propriedade caracterizada pela noção

individualista até uma concepção marcada pelo caráter social (CRETELLA, 1973, p.153).

Com o declínio do Império Romano e a ocupação de seus domínios pelos povos bárbaros, precisamente no feudalismo, o direito de Propriedade, até então, primordialmente imobiliário, evoluiu para uma complexa “cadeia” de direitos, superpondo-se os poderes do “senhor feudal” aos “direitos dos servos”, portanto, a Propriedade era concebida em diversas maneiras: comunal, a alodial, a beneficiária, a censual e a servil, ou seja, o conceito de Propriedade foi praticamente extinto, somente com a desagregação do império feudal, foi possível reconstruir o velho conceito de Propriedade, baseado na ideia de um titular com poderes de usar, de dispor ou de fruir.

A idade moderna, em razão, sobretudo, das divergências de interpretação quanto à origem e evolução do sistema capitalista, é considerada uma época de transição, cuja base consiste na substituição gradativa do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista.

A Propriedade foi um dos conceitos básicos para as reformas advindas da revolução francesa, sendo marcada preponderantemente pela ideologia liberal, originando duas consequências para o conceito de Propriedade: a extinção do regime de Propriedade feudal e dos encargos sobre a terra e a construção do modelo individualista de Propriedade.

O período contemporâneo é marcado também pela contestação da Propriedade marcadamente individualista, no sentido de uma maior relevância de seu aspecto social, culminada com a Constituição de Weimar de 1919, não sem antes ser precedida pela Constituição Mexicana de 1917, iniciando uma nova fase, caracterizada pelo sistema constitucional, cuja ideia primordial é a defesa da função social da Propriedade, como marco inaugural de qualquer discussão sobre o tema.

A Propriedade, que pode ser apresentada como um instituto basilar dos direitos sociais deve atender a sua função social (CF, art. 5º, XXIII), variando de acordo com a espécie de Propriedade. Função social com conteúdo próprio, em qualquer tipo de Propriedade, inclusive na intelectual.

A ideia de uma funcionalização da Propriedade se amolda ao conceito de “função social” já apresentado neste trabalho, funcionalização esta que se tornou um direito fundamental. O direito de Propriedade é, pois, um direito-dever, comportando uma missão social, o preenchimento de sua utilização em prol da coletividade.

O art. 1.228, §1º, do Código Civil, dispõe que o direito de Propriedade deve ser exercido observando as suas finalidades econômicas e sociais, devendo a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico serem preservados.

No mesmo sentido Grau (2002, p.154), assevera:

Em primeiro lugar, é certo que pode ser tomado o tratamento conferido à propriedade – e, de fato, é -, se bem que associado à consideração da forma de repartição do produto econômico, como determinante da compostura das instituições jurídicas e sociais de conformidade com as quais se realiza o modo de produção.

Será que somente as Propriedades urbana e rural devem atender ao princípio da função social? O legislador constitucional, pensou também na chamada “Propriedade Intelectual”?

Conforme Grau (2008), o vetusto critério da “vontade do legislador” não deve vincular o intérprete. Resta ultrapassada a velha e polêmica discussão sobre as teses objetiva (*voluntas legis*) e subjetiva (*voluntas legislatoris*). A interpretação é sempre produtiva, nunca reprodutiva. Neste contexto, a norma é o resultado da interpretação do texto.

Segundo o civilista Tepedino (2001, p.280), a função social da Propriedade tem “configuração flexível”, modificando-se de estatuto para estatuto. Não existe uma única função social, mas diversas funções.

Imprescindível afirmar que função social é um conceito jurídico em aberto. Em face desta indeterminação semântica, o instituto pode ser adaptado às situações novas, geradas pela evolução histórica.

A doutrina, ao discorrer sobre a noção diversa de Propriedade, afirma que ela é uma “relação jurídica complexa”, em cujo seio estão inseridos múltiplos direitos e deveres. Existem centros de interesses proprietários e não proprietários, que geram direitos e deveres a ambos os lados.

Com relação à Propriedade Intelectual, a carta magna em seu artigo 5º, XXIX, prevê expressamente que a lei assegurará aos autores de inventos industriais, privilégio temporário de utilização, bem como as marcas, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Esta interpretação vale tanto para o direito industrial, quanto para o direito autoral, apesar de não existir a mesma expressão “interesse social” no texto do art. 5º, XXVII, que trata especificamente do direito autoral, a interpretação sistêmica da Carta Política de 1988 conduz à rejeição de uma concepção individualista. Conforme lição de Grau (2008, p.145), “Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”.

A noção de Propriedade evoluiu com o passar do tempo, mas sempre carregou consigo a ideia de uma funcionalidade, que extrapolava a mera posse ou Propriedade, o coletivo sempre encontrou abrigo nos diversos tempos e acepções envolvendo o instituto.

O que passa a ser interessante é a análise a respeito deste conceito de Propriedade aplicado aos frutos da inteligência humana.

Da mesma forma que foi imprescindível discorrer sobre a noção de Propriedade, e sua função social, marcada ao longo da história, necessário se faz uma abordagem, mínima sobre a questão da Propriedade Intelectual.

3. PROPRIEDADE INTELECTUAL

Podemos conceituar a Propriedade Intelectual, a partir do entendimento de Nuno Pires de Carvalho (2010), para quem “Propriedade Intelectual é o conjunto de princípios e regras que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos e de

interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores que são suscetíveis de utilização no comércio”.

Para muitos defensores, a Propriedade Intelectual se insere dentro do conceito de defesa dos direitos do homem, e que devem ser garantidos, não como uma prima face dos interesses do capital, se não como um direito fundamental.

Como ramo intelectual, atualmente, a Propriedade Intelectual é dividida em três áreas (PIMENTAL, 2005, p.19-22):

1) Propriedade Industrial: Visa proteger as invenções³ e os modelos de utilidade⁴, por meio de patentes⁵, é uma proteção legal, temporária, concedida pelo Estado ao inventor ou ao seu titular, dando a este o direito de impedir terceiros de usar, produzir ou realizar qualquer atividade comercial, sem o seu consentimento, com o bem tecnológico protegido. Em contrapartida, o inventor ou o titular deve descrever o conhecimento abrangido pelo bem patenteado para o acesso ao público, bem como marcas⁶, indicações geográficas⁷ e desenhos industriais⁸ (através de registros). Os pedidos devem ser dirigidos ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, regulamentada pela Lei nº 9.279/1996.

2) Direito de Autor e Conexos: Referem-se à proteção conferida aos trabalhos literários e artísticos, tais como romances, poemas, peças de teatro, filmes, trabalhos musicais, desenhos, pinturas, fotografias, esculturas e desenhos arquitetônicos.

³ Considera-se invenção o resultado de atividade inventiva constituindo algo que esteja revestido do requisito de novidade para um técnico especializado no assunto, não seja uma decorrência evidente do estado da técnica. Ato normativo nº 017 de 11 de maio de 1976, Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Brasil.

⁴ É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. Art. 9º da Lei 9.279/96.Brasil.

⁵ Patente é um título de Propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação que lhes garante a exclusividade de uso econômico de sua criação. **Manual do inventor**, Unicamp:Campinas.2010. (p.12)

⁶ São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Art. 122 da lei 9.279/96.Brasil

⁷ Indicação utilizada em produtos que apresentam uma origem geográfica específica e que possuem qualidades e reputação vinculadas ao local. DUPIM, 2010.

⁸ Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. Art. 95 da lei 9.279/96.Brasil.

Entre os Direitos Conexos aos Direitos Autorais incluem-se o dos artistas intérpretes, produtores de fonogramas e gravações e dos produtores de rádio e televisão. O programa de computador também recebe a proteção legal conferida aos Direitos Autorais

São protegidas pelos direitos de autor as obras artísticas e literárias, programas de computador, independentemente do mérito artístico ou literário ou funcional que tenham alcançado. Para auferir a proteção legal não é necessário registrar a obra, basta sua criação, porém, é recomendável fazê-lo em alguns casos, a fim de evitar problemas com futuras disputas judiciais pelo reconhecimento desses direitos, conforme as determinações estipuladas pela Lei nº 9.610/1998.

3) Proteção Sui Generis: Regula o procedimento de análise e/ou apropriação de espécies da biodiversidade, é composta por: a) Lei de Cultivares (Lei nº 9.456/1997), estimula investimentos no desenvolvimento de novas variedades vegetais por terceiros não autorizados por meio de produção de novas cultivares, assim como seu material de reprodução ou multiplicação comercial, cada qual com prazos especificados, sendo o Ministério da Agricultura e Abastecimento, encarregado de efetuar os registros, por intermédio do Serviço Nacional de Proteção de Cultivares.

b) A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais, em discussão, visa o respeito, preservação e manutenção do conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas, bem como incentivar a sua (mais vasta) aplicação, com a consequente participação nos resultados por parte das comunidades envolvidas.

c) E por último, a regulamentação alusiva à Topografia de Circuitos Integrados, conforme a Lei nº 11.487/2007, que determina os procedimentos de registros, sob a tutela do INPI.

3.1 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE PATENTE/REGISTRO DE P.I

O Estado, por intermédio do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI realiza ou não a concessão da patente, e seguindo o princípio da legalidade, examina a priori a existência do facultado no art. 8º da lei de Propriedade industrial, que

anuncia ser patenteável tudo que atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Em primeiro lugar, é preciso situar ao leitor o princípio conceitual que envolve o critério da novidade, que denota nos termos do art. 11 do Código de Propriedade Industrial, como tudo aquilo que não esteja compreendida no estado da técnica. No §1º do art. 11, o Código de Propriedade Industrial apresenta a acepção de estado da técnica, ao disciplinar, que o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, com as ressalvas que a própria lei determina (VIEIRA, p.118).

Assim, para a novidade se configurar é preciso que, quando o inventor ou criador do modelo de utilidade, submeta sua criação ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, não seja um invento ou um modelo de utilidade compreendido no Estado da técnica, ou seja, que não tenha sido acessado ao público, principalmente aos especialistas da área.

Além da novidade, a lei determina, como segunda condição para a concessão de patente, a atividade inventiva, ou seja, que a invenção ou modelo de utilidade, que além de novo, derive da ideia do inventor ou do criador do modelo de utilidade, de um ato de criação intelectual distinto, e não de uma mera decorrência óbvia dos conhecimentos pré-existentes (VIEIRA, p.114).

Por fim, há exigência da aplicação industrial, que envolve a uso ou produção do invento ou do modelo de utilidade pela indústria, esta última entendida não apenas em seu sentido estrito, como a transformação de matéria-prima em mercadoria, mas em seu sentido mais amplo, abrangendo também a prestação de serviços. (VIEIRA, p.118).

Portanto, a patente faz a reunião da criatividade privada com a proteção pública, sendo um título de privilégio que viabiliza o respeito à Propriedade Intelectual, mas que ainda assim deve guardar sua função social, pois aquele que deixar de produzir, ou estabelecer obstáculos à produção do bem protegido, poderá ter sua patente “quebrada” (art. 68 da lei 9.279/96) e a produção autorizada a terceiros.

Vencida, pelo menos de uma forma mínima, a questão da Propriedade Intelectual, sua classificação e seus elementos caracterizadores, passamos a discussão do tema central deste trabalho, a proteção dos conhecimentos tradicionais.

4. CONHECIMENTO TRADICIONAL

A primeira questão a ser abordada, com relação ao chamado Conhecimento Tradicional, é que no direito brasileiro, pelo menos no que diz respeito à proteção do conhecimento derivado dos povos indígenas, está muito bem amparado, pelo menos do ponto de vista constitucional⁹. O mesmo não se pode dizer das normas de natureza infra constitucional, o que por consequência, acaba por não garantir a efetividade destes direitos.

Pode-se definir o Conhecimento Tradicional, de acordo com a legislação brasileira como sendo, “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local¹⁰, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” (ANTUNES, 2011, p.533).

A preocupação internacional e nacional com o futuro da humanidade frente à crise ambiental global de degradação dos ecossistemas, de mudanças do clima e de esgotamento das reservas de água potável, resultou em uma política mundial para a biodiversidade voltada para a sua proteção, conservação e uso, tornando-a uma prioridade internacional (CAROLINO; CHERCHIARI; VEIRA, 2011, p.56).

O tema da proteção do Conhecimento Tradicional já foi atacado por outras nações, tais como as Filipinas, através do Act 8.371 “*Peoples Act*”, já o Peru desde 2002 através da “*Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos y Comunidades Indígenas vinculados a los recursos Biológicos*” a Venezuela possui sua lei da Biodiversidade que garante “os direitos dos povos e comunidades indígenas e locais são de caráter coletivo e serão considerados como

⁹Art.215,§1º,Art.216,Art.231eArt.232. **Constituição Federal**.São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ Art.7º,III da Medida Provisória 2.186-16/2001: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas.

direitos adquiridos.” A Costa Rica prevê a formação de um “registro de direitos intelectuais comunitários”, a Bolívia aprovou o decreto 24.676/97 em que propõe o reconhecimento da relação entre o interessado no conhecimento e as comunidades locais, e a proteção dos segundos. Já no caso equatoriano o Estado é reconhecido como titular de todo Conhecimento Tradicional produzido por sua população (WANDSCHEER, 2009, p.158-163).

Na Austrália o início da discussão sobre o tema se deu com o Caso Mabo, que precipitou as chamadas “*demands for the recogniyion of others aspects of traditional aboriginal law*” nos casos analisados a proteção dos direitos das comunidades foram reconhecidos. Já na Nova Zelândia foi instituído um tribunal Maori, o chamado tribunal “*Waitangi*” que tem poder de manifestações e parecer, nos casos envolvendo as questões de Conhecimento Tradicional (ANTUNES, 2011, p.558).

Com relação à Convenção sobre Diversidade Biológica- CDB destaca-se que o instrumento reconheceu a soberania dos países sobre seus recursos naturais, até então definidos como ‘patrimônio da humanidade’. Propôs como objetivos principais, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do uso de recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados. Ela foi assinada em 1992 durante a Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e Desenvolvimento, popularmente conhecida como Rio 92.

Com relação à CDB, destaca-se que o instrumento reconheceu a soberania dos países sobre seus recursos naturais, até então definidos como ‘patrimônio da humanidade’. Propôs como objetivos principais, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do uso de recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais, além de recomendar a identificação, o monitoramento e a proteção de ecossistemas e habitats importantes para a conservação da biodiversidade. Esta Convenção foi assinada pelo Brasil na CNUMAD, em 05 de junho de 1992 no Rio de Janeiro, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação pelo Congresso Nacional (CN) através do Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994, que também aprovou a Agenda 21. A CDB foi promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, contendo em seu anexo o texto com tradução oficial. A partir de então, novos documentos jurídicos

nacionais foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, o que propiciou a criação de uma Política Nacional da Biodiversidade, retratada no Programa Nacional da Diversidade Biológica (PRONABIO), composto por sete grupos temáticos, dentre os quais se destaca repartição de benefícios derivados da utilização da biodiversidade (artigo 6º, inciso X, alínea “e” do Decreto nº 4.703/03).

A temática também foi discutida em importantes conferências – com destaque para a COP-8 realizada em Curitiba, a COP-9 em Berlim e, finalmente, em 2010, na COP-10, conhecido como protocolo de Nagoya, momento em que foi criado um Protocolo específico sobre o tema, denominado Protocolo de Repartição de Benefícios dos Recursos Genéticos da Biodiversidade, também conhecido internacionalmente como Protocolo *Access and Benefit Sharing (ABS)*, com os aspectos principais contemplados em um Plano Estratégico que irá vigorar, na próxima década e uma sinalização de recursos financeiros para a implementação das ações de conservação.

A discussão da temática e a sua consequente colocação na ordem do dia das principais discussões acadêmicas sobre a proteção do Conhecimento Tradicional não foram suficientes, passados 20 anos da Rio 92, para sua implementação. Em grande parte isto se deve ao chamado, acordo TRIPS, (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio. Também conhecido como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC), tem o seu nome como resultado das iniciais em inglês do instrumento internacional.

O conflito entre as disposições do Acordo TRIPS e a CDB vão além, uma vez que o primeiro na visão de Khor (2003, p.30):

Foi elaborado com o apoio ativo de grandes empresas para promover seu domínio tecnológico e obter maiores margens de lucros mediante a obtenção do monopólio. Trata-se de um tratado comercial, com objetivos comerciais, que redundam em fortes benefícios para as empresas privadas.

Além da questão comercial, é preciso chamar a atenção para outra questão relacionada ao não reconhecimento do Conhecimento Tradicional, na visão de Rafael Rodrigues Prieto (2008, p.73), “*Dichos valores relacionados con várias corrientes*

culturales de occidente consideran certa la idea de que el método científico es el único enfoque válido para llegar al conocimiento”.

Na visão apontada por Prieto, o apossamento por parte das grandes empresas, notadamente as de origem farmacêutica, dos conhecimentos advindos do saber do povo, podem ser justificados pela ausência de rigor científico deste conhecimento, e portanto, sua apropriação, poderia ser, no mínimo justificada.

Mas da mesma forma que os interesses do capital conflitam com os interesses do social, aqui, no campo do reconhecimento do saber tradicional, vigora uma nítida separação entre os países desenvolvidos e de baixa diversidade biológica, e os países pobres ou em desenvolvimento, detentores da maioria da biodiversidade planetária. O Brasil, entre eles, é considerado um dos países de maior biodiversidade, e conseqüentemente, aonde o saber tradicional tem uma importância fundamental, para as pesquisas e a geração de novos medicamentos ou novas substâncias com potencial comercial.

O que se pode deduzir das premissas acima apontadas, é que a necessidade da proteção do Conhecimento Tradicional é mais importante do ponto de vista econômico aos países em desenvolvimento do que aqueles desenvolvidos, já que por via da Propriedade Intelectual, atualmente existente, já conseguem este objetivo por meio de patentes.

Por outro lado a necessidade de uma definição de marco regulatório passa necessariamente pela construção de uma legislação transnacional, esta baseada aqui na visão do sociólogo alemão Beck (2001, p.29), da substituição das relações internacionais de conflito/disputa por relações transnacionais de solidariedade e cooperação. “Há aqui uma nova dialética das questões globais e locais que não se encaixam na política nacional, escreve, e só num quadro transnacional podem elas adequadamente serem colocadas, debatidas e resolvidas.”

A regulação do direito ao Conhecimento Tradicional se amolda ao conceito de Beck do surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas.

A construção deste marco regulatório de proteção dos conhecimentos tradicionais não poderá ser efetivada dentro das premissas já existentes no âmbito da Propriedade Intelectual, pois como já adiantado, o Conhecimento Tradicional é de caráter coletivo, via de regra, de acesso gratuito, empírico e com clara visão social o que por princípio o contrapõe ao direito de Propriedade Intelectual de caráter individual, de visão economicista e metodologicamente científico.

Ao nos determos no conceito de Conhecimento Tradicional, vemos o primeiro problema a ser enfrentado neste artigo, ou seja, a questão da Propriedade do Conhecimento Tradicional. Neste caso não se trata nem de uma pessoa individualizada, nem mesmo de uma pessoa jurídica, mas essencialmente a característica do Conhecimento Tradicional é sua natureza coletiva. Para o paradigma atual o ordenamento jurídico, comunidades locais e até mesmo indígenas, não possuem personalidade jurídica própria, e portanto, a rigor da previsão jurídica das regras de proteção intelectual não podem ser protegidas.

Os direitos de Propriedade Intelectual definidos nos acordos TRIPS se tornaram, portanto, um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais. Primeiro, porque nele os direitos de Propriedade eram reconhecidos apenas como direitos privados, isto é, direito de Propriedade de um indivíduo ou de uma empresa, não de uma comunidade ou de um grupo de indivíduos. Segundo, porque só se reconhece tal direito quando o conhecimento e a inovação geram lucros e não quando satisfazem necessidades sociais (SHIVA, 2001, p. 99-104).

A premissa número um neste momento é o da construção de um novo marco regulatório para o reconhecimento do Conhecimento Tradicional, fora dos parâmetros defendidos pela Propriedade Intelectual, parâmetros estes construídos, a partir de uma construção coletiva, que envolva as comunidades diretamente interessadas, enfim a sociedade como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que ressaltamos em primeiro lugar é a defesa da função social do Estado, função esta que na verdade é poder-dever, e como tal deve ser exercido. Cabe ao Estado

à defesa do interesse de seu povo, interesse este claramente definido na questão do Conhecimento Tradicional.

O Estado existe, para equilibrar a diferença entre os homens, e permitir a convivência entre todos. No caso do Conhecimento Tradicional, cabe ao Estado defender os hipossuficientes, representados pelos indígenas e comunidades locais, dos interesses prementes do capital, representados, na maioria das vezes pelos interesses dos grandes grupos farmacêuticos.

Entendemos que esta proteção não poderá ser feita, se vigorar como base de discussão, as premissas inerentes a Propriedade Intelectual. Por seu caráter comercial, individual, ela não se amolda ao reconhecimento do Conhecimento Tradicional, pelo menos não dentro de seus parâmetros. Novas possibilidades, novos entendimentos e principalmente um novo parâmetro necessitam serem criados; reconhecemos também, que esta é uma tarefa não para um Estado, mas para um conjunto de nações, um acordo de caráter transnacional, pelo menos nos aspectos básicos do entendimento.

Reconhecemos que os interesses em jogo são muito grandes, as possibilidades difíceis, mas o papel da academia é o de instigar e pensar soluções.

Como proposta, precisamos reafirmar o caminho já trilhado, principalmente defendendo um não retrocesso nas questões referentes aos direitos já conquistados, principalmente através da Conferência da Bio Diversidade. Devemos aprofundar os questionamentos, principalmente em fóruns internacionais e defendemos uma política inclusiva, inclusão aqui no sentido de conscientização das comunidades atingidas, do valor e da importância do seu conhecimento.

Que este trabalho, sirva ao menos de alerta, para esta necessidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes *IN* PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Litera mundi, 2001.

BRASIL, **Lei da Propriedade Industrial -9.279/96**. São Paulo, Saraiva. 2012

CAROLINO, Kátia, CHERCHIARI, Renata M., VEIRA, Ricardo Santaziola. **Novos territórios de Conservação: a coexistência de territórios das populações tradicionais e a proteção da diversidade biológica no Brasil**. Revista Internacional Direito e Cidadania, 2011.

CARVALHO, Nuno Pires de. **Os tratados Internacionais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e o seu papel na promoção do Desenvolvimento Econômico**. In: Conferência. Florianópolis: UFSC, Coordenadoria de Gestão da Propriedade Intelectual, 21 maio de 2010.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

BRASIL, **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 5 Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2002.

DUPIM, Luiz Claudio de Oliveira, **Indicações Geográficas Brasileiras**. Palestra *IV* Anais do XI REPICT. Rio de Janeiro: REPICT 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Edição, revisão atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

KHOR, M. **El saqueo del conocimiento**. Barcelona, Icaria, 2003.

_____ **Manual do Inventor**, Unicamp:Campinas.2010.

PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. Edição, revisão atual. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. Edição, revisada. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade. Aspectos legais**. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Marcos Antonio. **Propriedade Industrial. Patentes**. Florianópolis: Conceito, 2008.

WANNDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes & Conhecimento Tradicional. Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional**. Curitiba: Juruá, 2009.