

Breves Reflexões sobre o Papel do Registro de Patrimônio Imaterial na Proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade.

Guilherme Cruz de Mendonça¹
Gilson Martins Mendonça²

1. Introdução; 2. A emergência da biodiversidade, da diversidade cultural e dos conhecimentos tradicionais associados; 3. Algumas considerações sobre o patrimônio cultural imaterial; 4. Aplicabilidade do registro aos conhecimentos tradicionais nos moldes do Decreto nº 3.551/2000; 5. Considerações Finais 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O trabalho aborda a aplicabilidade do Registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, regulamentado pelo Decreto nº 3.551, de 4/08/2000, para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. A reflexão parte da caracterização do conjunto do saber das populações tradicionais sobre a natureza como patrimônio cultural intangível. São analisados a natureza e os limites do instituto para concluir que a aplicabilidade do registro na proteção do saber tradicional é parcialmente satisfatória. Para a efetiva proteção, é preciso a construção do regime *sui generis*, que traga outros instrumentos complementares ao registro.

Palavras-chave: Registro de bens – saber- tradições- sociedade- patrimônio cultural

Abstract: This paper addresses the applicability of the registration of cultural intangible nature that constitute the Brazilian cultural heritage, regulated by Decree No. 3,551, of 08/04/2000, for the protection of traditional knowledge associated with biodiversity. The reflection part of the characterization of the set of knowledge of traditional peoples to nature as intangible cultural heritage. The nature and limits of the institute are analyzed to conclude that the applicability of the protection of traditional knowledge is partially satisfactory. For effective protection, it is necessary to build the *sui generis* regime to bring others to record additional instruments.

Keywords: Registration of goods - know-traditions-society-cultural heritage

¹ Doutorando em Meio Ambiente na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ, Especialista em Patrimônio Cultural pelo Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional - IPHAN em parceria com a UNESCO, Advogado no Rio de Janeiro.

² Professor Assistente do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Maranhão, Mestre em Administração pela UFSC, Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR.

1. Introdução

Na atualidade, a proteção da biodiversidade é um dos temas mais debatidos na seara ambiental, tanto no plano internacional quanto nacional. Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, comunidade científica e outros atores buscam proteger o patrimônio ambiental, sendo um dos focos a biodiversidade.

Tema complexo, mas de enfrentamento necessário, o debate sobre a proteção da biodiversidade possui diversos aspectos e diferentes formas de abordagens. Um desses aspectos é referente ao papel das populações tradicionais na conservação e promoção da biodiversidade, mormente no que tange ao conhecimento que essas populações possuem sobre os ciclos naturais, as espécies, enfim sobre a própria natureza. São os denominados conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

A complexidade deste problema resulta das características do objeto e também pela presença de múltiplos interesses, inclusive e principalmente, os de natureza econômica, na exploração pela indústria de medicamentos e cosméticos.

Outrossim, existem várias abordagens para a reflexão sobre essa problemática. Um dos aspectos do debate consiste em caracterizar o conhecimento tradicional associado à biodiversidade como patrimônio cultural. Em outras palavras, ao conjunto de saberes e modos de fazer das populações tradicionais sobre a natureza tem sido atribuído um valor de patrimônio cultural de natureza intangível.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 estabeleceu o instituto jurídico do Registro como um dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Tal instrumento foi regulamentado pelo Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Assim sendo, considerando o discurso de que o conhecimento tradicional associado constitui patrimônio cultural de natureza intangível, o presente trabalho busca investigar a aplicabilidade do instrumento de preservação específico para o patrimônio imaterial, o registro, na proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

As populações “tradicionais”³, detentoras dos conhecimentos ora sob análise, se constituem de grupamentos humanos possuidores de cultura própria, distinta das demais comunidades por possuírem organização social diferenciada, costumes e conhecimentos reproduzidos oralmente por gerações, e nelas se incluem as comunidades indígenas, quilombolas, e locais.

Destarte, serão aqui discutidos as características, a natureza e os limites que regem o instituto, com o objetivo de examinar a sua aplicabilidade na proteção do conhecimento tradicional, cujo intuito de explorar o assunto, embora não tendo a pretensão de esgotá-lo, pretende despertar reflexões sobre a aplicabilidade da referida norma aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, como forma de salvaguarda dos mesmos frente às forças do mercado e conseqüente perda de seu valor cultural. Espera-se, deste modo, contribuir com os debates acerca da construção de um regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais.

2. A emergência da biodiversidade, da diversidade cultural e dos conhecimentos tradicionais associados.

A diversidade cultural e a biológica estão presentes na pauta dos debates no plano internacional e nacional. Surgiram vários tratados internacionais que buscam a valorização e a proteção da biodiversidade e a da sociodiversidade. Na esteira, Constituições de muitos países e legislações infraconstitucionais também reconheceram a importância e a complementaridade dessas diversidades. Neste sentido, Leff afirma que:

“a crise ambiental veio questionar os fundamentos ideológicos e teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, além de terem negado a natureza e a cultura, deslocando a relação entre o real e o simbólico. (...) A crise

³ Colocamos aspas no vocábulo tradicional para evitar uma visão idílica e romântica dessas populações. Tal visão impõe as populações uma delimitação temporal. Em outras palavras, uma moldura imaginária onde os indivíduos dessas populações são vistos como um outro antropológico parado no tempo, um bom selvagem, não inseridos na modernidade. Por uma limitação de espaço, não será possível abordar com profundidade o “ser tradicional”, mas a cultura é dinâmica e as tradições são inventadas e reapropriadas, tornando difícil definir o que seja população tradicional. Nesse sentido, ver: FORLINE, Louis e FURTADO, Lourdes Gonçalves. *Novas reflexões para o estudo das populações tradicionais na Amazônia: por uma revisão de conceitos e agendas estratégicas*, Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Serie Antropologia, v. 18 (2), Belém: MPEG, 2002.

ambiental se tornou evidente nos anos de 1960, mostrando a irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção e consumo, e marcando os limites do crescimento econômico. (...) Em resposta a essa crise ambiental, foram propostas e difundidas as estratégias do eco desenvolvimento, postulando a necessidade de se criar novas formas de produção e estilos baseados nas condições e potencialidades ecológicas de cada região, assim como na diversidade étnica e na capacidade das populações locais para a gestão participativa dos recursos. Se a modernidade afastou a natureza e a cultura, a perplexidade da crise ambiental com os caminhos da modernidade procura resgatar a natureza e cultura. Neste contexto, a diversidade biológica e a diversidade cultural emergiram, ganharam visibilidade, tornaram-se objeto estratégico da Agenda ambiental. Assim, os ‘povos tradicionais’ ganharam espaços políticos para legitimar seus direitos culturais em relação a seus territórios étnicos, a suas línguas e costumes, a sua dignidade e autonomia. Ali, está se forjando uma nova consciência sobre os direitos dos povos tradicionais, redefinindo conceitos, valores e paradigmas da relação homem-natureza”.⁴

Entende-se por biodiversidade o conjunto de toda a vida no planeta Terra, incluindo toda a variabilidade genética das espécies e toda a diversidade de ecossistemas formados por diferentes combinações de espécies⁵. A Biodiversidade é uma das propriedades fundamentais da natureza, responsável pelo equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas, e fonte de imenso potencial de uso econômico. A biodiversidade é a base das atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais e, também, a base estratégica da indústria de biotecnologia. As funções ecológicas desempenhadas pela biodiversidade são ainda pouco compreendidas, muito embora se considere que ela seja responsável pelos processos naturais e produtos fornecidos pelos ecossistemas e espécies que sustentam outras formas de vida e modificam a biosfera, tornando-a apropriada e segura para a vida. A diversidade biológica possui, além de seu valor intrínseco, valor ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético. Percebe-se, assim, a importância de preservação da biodiversidade para a sobrevivência da própria espécie humana.

O Brasil é líder mundial da biodiversidade, concentrando a maior diversidade de espécies de plantas, primatas, anfíbios, peixes de água doce e insetos. Possui entre 10% e 20% de 1,5 milhões de espécies de animais e vegetais já catalogadas⁶.

Sob os auspícios do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA- ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, a Cúpula da Terra (ECO-92), onde

⁴ LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental*, São Paulo: Civilização Brasileira, 2006, p. 133-136.

⁵ Artigo 1º da Convenção de Diversidade Biológica.

⁶ Bensusan, Nurit. Artigo-base sobre biodiversidade. In, Meio ambiente Brasil: avanços e obstáculos pós-Rio-92. Aspásia Camargo, João Paulo Capobianco, José Antonio Puppim de Oliveira (orgs) – 2 ed. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental; Rio de Janeiro: FUNDAÇÃO Getulio Vargas, 2004. p. 241 e ss.

representantes de 188 países reconheceram a relevância da manutenção da biodiversidade frente ao aumento da ação antrópica. Na ocasião, foi assinada a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que é um dos mais importantes compromissos legais no plano internacional em matéria ambiental⁷, pois prevê a conservação e o uso sustentável de todos os componentes da biodiversidade (recursos genéticos, espécies e ecossistemas).

Por outro lado, a cultura possui formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade é traduzida na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que formam a humanidade. No mundo globalizado de hoje, a diversidade cultural está na ordem do dia. Fala-se insistentemente do pluralismo cultural e da multiculturalidade, de culturas híbridas e sincretismos culturais, do direito à diferença e das políticas culturais desenhadas para respeitar a diversidade e promover o entendimento mútuo entre culturas. A Declaração da UNESCO sobre a Diversidade Cultural⁸ estabelece que esta é, *“para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.”*

No Brasil, associada à diversidade natural, encontra-se uma enorme riqueza cultural, com cerca de 216 etnias e 180 línguas indígenas, representando a maior densidade lingüística da América do Sul. Entende-se por populações “tradicionais” aquelas sociedades diferenciadas sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, mais ou menos de forma isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza e o território⁹. Tais populações podem ser classificadas em indígenas e não indígenas (quilombolas, ribeirinhos, quebradeiras de coco, caiçaras e outras), contudo no âmbito da CDB são denominadas comunidades indígenas e locais.

⁷ Durante a ECO-92 foram assinados os mais importantes acordos internacionais em matéria ambiental. São eles: a Agenda 21, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas.

⁸ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: <http://www.unesco.org.br/publicacoes/copy_of_pdf/decunivdiversidadecultural.doc>. Acesso em: 14/04/2007.

⁹ DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, São Paulo: USP, 2001, p. 26. Os autores ainda listam as seguintes características das populações tradicionais: relevância das simbologias, mitos e rituais associados à caça, pesca e atividades extrativistas; importância das atividades de subsistência, ainda que a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida; tecnologia utilizada relativamente simples, de baixo impacto ambiental; fraco poder político, que em geral reside nos grupos de poder das sociedades envolvidas; auto-identificação por outros de pertencer a uma cultura distinta.

As populações “tradicionais” produzem conhecimentos e inovações em diversas áreas. À guisa de exemplo podemos citar as suas criações artísticas, literárias e científicas, tais como desenhos, pinturas, contos, lendas, músicas que podem ser protegidos por direitos autorais coletivos (art. 45 da Lei 9610/98).

Por outro lado, estes conhecimentos podem ser associados à biodiversidade, que vão desde técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies de fauna e flora. Destarte, os conhecimentos tradicionais são produzidos e gerados de forma coletiva com base em ampla troca e circulação de idéias e informações e transmitidos oralmente de uma geração a outra¹⁰. Cumpre ressaltar que tais conhecimentos não estão necessariamente restritos às divisões territoriais político-administrativas. Nada impede que o conhecimento seja referência a cultura de mais de uma comunidade. O conhecimento tradicional sobre uma planta pode estar espalhado por diversas comunidades, por exemplo, na Amazônia brasileira e peruana. Ou ainda: em 2001 a Unesco proclamou como Obra Prima do Patrimônio Oral e Intangível da Humanidade a língua, a dança e a música Garífuna, reproduzidas em mais de um país (Belize, Guatemala, Honduras e Nicarágua).

Nesse sentido, relevante é a lição de Antônio Carlos Diegues:

“Pode-se falar numa etnobiodiversidade, isto é, a riqueza da natureza da qual também participa o homem, nomeando-a, classificando-a e domesticando-a. Conclui-se, então, que a biodiversidade pertence tanto ao domínio do natural como do cultural, mas é a cultura, como conhecimento, que permite às populações tradicionais entendê-la, representá-la mentalmente, manuseá-la, retirar suas espécies e colocar outras, enriquecendo-a, com frequência”¹¹.

¹⁰ Em todo caso, não estão afastadas as inovações individuais, como foi identificado no Inventário de Referências Culturais da Ilha de Marajó-PA. Neste caso, Carla Arouca Belas narra que um ilhéu “havia desenvolvido um sistema mecânico que, na sua explicação, proporcionaria maior estabilidade da embarcação, tornando-a tão rápida quanto as embarcações mais leves, feitas de alumínio”. BELAS, Carla Arouca. O Inventário Nacional de Referências Culturais e a proteção dos bens culturais. In: *Anais do Seminário Propriedade Intelectual e Patrimônio Cultural: a Proteção do Conhecimento e das Expressões Culturais Tradicionais*. Eliane Moreira, Carla Arouca Belas, Bendita Barros e Antonio Pinheiro (Orgs). Belém: CESUPA / Museu Paraense Emílio Goeldi, 2005. p. 41.

¹¹ DIEGUES, Antonio Carlos & ARRUDA, Rinaldo. OP. cit. p. 33.

Justamente por sua natureza, os conhecimentos tradicionais constituem um patrimônio cultural e, por serem portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nacional, merecem proteção¹². Nesse sentido, Leff aponta que:

“Os movimentos sociais em defesa da cultura e dos direitos indígenas, estão incorporando o direito a conservação e aproveitamento cultural da biodiversidade. As próprias identidades dos povos estão se reconfigurando na percepção da *biodiversidade como um patrimônio cultural*. Nesta perspectiva, se está fixando a necessidade de construir novos ordenamentos jurídicos para normatizar formas de acesso e aproveitamento da natureza e para dirimir conflitos sobre os direitos de uso e transformação da biodiversidade. Assim, o discurso político e jurídico da sustentabilidade vai se configurando dentro de estratégias de poder pela reapropriação da cultura e da natureza.”¹³ (grifos nossos)

Entretanto, há dois discursos. O primeiro defende que os conhecimentos tradicionais constituem verdadeiros patrimônios culturais nacionais. Os Estados, as Agências Intergovernamentais, as Ongs e algumas organizações indígenas tratam este conhecimento como patrimônio. Entretanto, algumas comunidades indígenas são contrárias a este entendimento, pois se um bem é declarado patrimônio, ao menos no plano simbólico, o bem passa a ser de propriedade da nação. Neste debate, ainda há diversas questões que não estão esclarecidas, todavia, a tendência majoritária é considerar os conhecimentos tradicionais como patrimônio cultural. Nesse sentido, Ana Valeria Araújo aduz que

“A Convenção 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho - OIT assegura proteção à diversidade cultural indígena e o texto da ‘Minuta da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas’, aprovado em 1994 pela Sub-Comissão de Minorias da Organização das Nações Unidas – ONU, fala dos direitos culturais coletivos e considera o conhecimento indígena como patrimônio a ser protegido¹⁴”.

Esse raciocínio é o mesmo adotado pela CDB, pois reconhece a importância do conhecimento das comunidades indígenas e locais com estilos de vida tradicionais na conservação *in situ* da biodiversidade, assim como a relevância desses conhecimentos para a

¹² O Peru foi o primeiro país latinoamericano a estabelecer um marco legal para acesso aos recursos genéticos e proteção do conhecimento tradicional associado. A Lei 28216/2004, Lei de proteção ao acesso a diversidade biológica e aos conhecimentos coletivos dos povos indígenas, afirma expressamente que os conhecimentos tradicionais constituem patrimônio cultural.

¹³ LEFF, Enrique. Op. cit. p. 11, tradução livre dos autores.

¹⁴ ARAÚJO, Ana Valéria. Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados. In: LIMA, André (Org.) *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 89.

construção das identidades culturais, razão pela qual devem ser protegidos para as presentes e futuras gerações, conforme prevê o artigo 8, “j” da referida Convenção, *in verbis*:

Art. 8. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

j. Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

Apesar do reconhecimento internacional da necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais, não há um consenso de como proteger, haja vista a complexidade desses conhecimentos, que decorre do seu caráter coletivo e dos interesses econômicos envolvidos. A criação de um regime jurídico de proteção aos conhecimentos tradicionais visa evitar a sua apropriação e utilização indevidas por terceiros além de conferir maior segurança jurídica às relações entre os interessados em acessar recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados (bioprospectores ou pesquisadores) e os detentores de tais recursos e conhecimentos, estabelecendo os parâmetros e critérios jurídicos a serem observados nessas relações e acordos.

Desse modo, discute-se no plano internacional qual o regime de proteção aplicável. Debate-se a adequação do regime da propriedade intelectual para os conhecimentos tradicionais associados. Os direitos de propriedade intelectual conferem ao seu titular o direito temporário de exploração exclusiva de bens que possuem aplicação industrial. Para ser patenteável, é necessário que a invenção atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Entretanto, os conhecimentos tradicionais nem sempre possuem uma titularidade identificável, tampouco é possível estabelecer o exato momento em que surgiu, além de não possuírem necessariamente a aplicação industrial. Muitas vezes, esses conhecimentos estão intimamente relacionados com valores e práticas religiosas e espirituais das comunidades, não sendo possível a valoração econômica dos mesmos.

Daí, a comunidade internacional discutir a criação de um regime *sui generis* de proteção. De um modo geral, este regime seria caracterizado pela autorização dos governos

nacionais, mediante contrato e consentimento prévio informado das comunidades indígenas e locais, para o acesso ao conhecimento tradicional associado. No entanto, diversas questões surgem: como identificar os detentores do conhecimento, a forma do consentimento prévio informado, as cláusulas contratuais, a repartição de benefícios, dentre outras.

No Brasil, as iniciativas de regular a matéria se iniciaram em 1995, quando foi apresentado, pela então Senadora do estado do Acre, Marina Silva, um projeto de lei. Posteriormente, surgiram outras propostas no Congresso Nacional. Em 2000, quando a questão ainda estava sendo debatida no Legislativo, um polêmico contrato foi assinado entre a organização social BioAmazonia, responsável pelo gerenciamento do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o uso sustentável da Biodiversidade da Amazônia, e a Novartis, multinacional do ramo de fármacos. Em síntese, esse contrato previa a utilização e o acesso do patrimônio genético presente na Amazônia brasileira e a exclusividade no patenteamento de eventuais produtos, em contrapartida, a BioAmazonia receberia treinamento e transferência de tecnologia. Em virtude das desvantagens do acordo, vários setores criticaram veementemente o contrato, que foi suspenso.

Pela ausência de um marco legal, estava evidenciada a fragilidade do país, no tocante a sua soberania, sobre a utilização de seu patrimônio ambiental. Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 2.186-16/2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. Essa MP atropelou as discussões que ocorriam no Parlamento brasileiro, não aproveitou os resultados dos debates já realizados, subverteu algumas idéias existentes nos projetos de lei, além de possuir vários pontos polêmicos, que em razão dos limites espaciais, não serão aqui abordados.

Cabe ressaltar que atualmente foram retomados os debates sobre a criação de uma lei específica para a proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Nesse sentido, está tramitando no Congresso Nacional o projeto de lei para o Estatuto das Sociedades Indígenas, que dispõe o seguinte: “O acesso e a utilização, por terceiros, de recursos biogenéticos existentes nas terras indígenas respeitará o direito de usufruto exclusivo

das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal”.¹⁵

O presente trabalho busca contribuir com esses debates, enfocando a aplicabilidade do Registro de bens patrimoniais de natureza intangível na proteção dos conhecimentos tradicionais. No entanto, antes de chegarmos ao objeto de nossa reflexão, é necessário tecer alguns comentários sobre o patrimônio imaterial.

3. Algumas considerações sobre o patrimônio cultural imaterial

As primeiras iniciativas sistemáticas de construção de patrimônios históricos e artísticos nacionais tiveram com marco a Revolução Francesa. A lógica de constituição do patrimônio reside, desde então, na seleção de bens culturais, realizada com base em instrumentos jurídicos específicos e por determinados agentes estatais, recrutados entre os intelectuais. Essa seleção é caracterizada pela atribuição de valor¹⁶ aos bens culturais, que adquirem um significado especial e, assim, passam a integrar a categoria de bens patrimoniais.

No Brasil, durante os séculos XVIII e XIX, ocorreram algumas iniciativas pontuais de preservação de monumentos históricos. Mas só na década de 20, do século passado, intelectuais modernistas buscando a construção de uma identidade brasileira, procuraram a sistematização da ação estatal na criação de políticas voltadas para a questão da preservação.

No entanto, a salvaguarda de monumentos e obras de arte, que se enquadrassem no projeto preservacionista, teve como primeiro obstáculo o direito de propriedade. Sabe-se que, no início do século XX, havia a clara dicotomia entre o direito público e o direito privado. O Código Civil de 1916 era para o direito privado, o que a

¹⁵ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 188.

¹⁶ Interessante é a seguinte observação de Argan sobre a atribuição de valor: “A cidade, dizia Marsílio Ficino, ‘não é feita de pedras, mas de homens.’ São os homens que atribuem valor às pedras e todos os homens, não apenas os arqueólogos ou os literatos. Devemos, portanto, levar em conta, não o valor em si, mas a atribuição de valor, não importa quem a faça e a que título seja feita. De fato, o valor de uma cidade é o que lhe é atribuído por toda a comunidade e se, em alguns casos, este é atribuído apenas por uma elite de estudiosos, é claro que estes agem no interesse de toda a comunidade, porquanto sabem que o que hoje é ciência de poucos, será amanhã cultura de todos”. ARGAN, Giulio Carlo. *História da arte como história da cidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 228.

Constituição era para o direito público. Isso significava que não poderia o Estado intervir no domínio privado para preservar bens de valor histórico ou artístico.

A Constituição de 1934, entretanto, inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer a função social da propriedade. Estava aberto o caminho jurídico para que o Estado pudesse limitar o direito à propriedade privada em função do interesse público e, de modo pioneiro, no interesse da preservação de bens de valor histórico e artístico.

Evoluindo das ações regionais interessadas na definição de leis estaduais de preservação, para uma ação nacional, em 1936, Gustavo Capanema, então Ministro da Educação e Cultura, solicitou ao intelectual paulista Mário de Andrade a elaboração de um anteprojeto de lei para a criação do instituto preservacionista e das diretrizes para a proteção do patrimônio artístico nacional. O anteprojeto de Mário merece destaque, pois “desenvolveu uma concepção de patrimônio extremamente avançada para seu tempo”¹⁷. Embora, essa proposta não tenha sido adotada, serviu para o amadurecimento dos debates ocorridos no Congresso Nacional, onde foram apresentados e discutidos diversos projetos de lei¹⁸. O texto final que serviu de base para a futura lei federal¹⁹ foi elaborado pelo jurista mineiro Rodrigo

¹⁷ LONDRES, Cecília. *O Patrimônio em Processo*. Rio de Janeiro: UFRJ/MINc – IPHAN, 2005, p. 99.

¹⁸ Podemos citar como exemplos, o anteprojeto de Jair Lins de 1925, Projeto do Deputado José Wanderley de Araújo Pinho. A publicação *A proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*, Brasília: SPHAN/Pro - Memória, 1980. traz em seus anexos alguns anteprojeto. Disponível em: <www.iphan.gov.br>.

¹⁹ Em outubro de 1936, o Presidente Getúlio Vargas encaminhou o projeto de lei para o Congresso Nacional. O referido projeto tramitou pelo Congresso em 1937, sendo aprovado pela Câmara e emendado pelo Senado, razão pela qual retornou à Câmara para aprovação das emendas. A votação estava marcada para o dia 10 de novembro de 1937, dia em que por golpe de Estado Getúlio Vargas dissolve o Congresso. (Secretaria do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. *A proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: SPHAN/Pro - Memória, 1980, p. 14). Considerando que o projeto já se encontrava pronto e discutido, mas as emendas ainda não haviam sido votadas, Gustavo Capanema submete o projeto novamente a Vargas, que em 30 de novembro promulga o Decreto-Lei nº 25/37 Revela-se importante este fato histórico, pois se enganam aqueles que dizem ser o tombamento um instrumento autoritário por ter sido criado num período de ditadura. O instrumento foi pensado e discutido com base nos valores sociais presentes na Constituição de 1934. Desta forma, não há que se falar em autoritarismo ou inconstitucionalidades do tombamento, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no leading case do Arco do Telles, na Praça XV de Novembro, Rio de Janeiro. Esse Decreto-Lei é um marco na evolução do ordenamento jurídico brasileiro. Com ele, organizou-se a proteção do patrimônio histórico artístico nacional, através da criação do instituto jurídico denominado tombamento sob a responsabilidade do recém-criado Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Por meio do tombamento, os bens culturais, naturais e paisagísticos de natureza material de valor excepcional ou monumental são selecionados para constituírem o patrimônio nacional e, por conseguinte, incide sobre tais bens a proteção legal. O Decreto-Lei nº 25/37 estabelece que:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (...)

Melo Franco de Andrade, a pedido de Gustavo Capanema, então Ministro da Educação e Saúde²⁰. Tal lei definiu o patrimônio histórico artístico como o conjunto de bens materiais, excluindo os bens intangíveis de seu regime de proteção.

Com efeito, a fase inicial de preservação no Brasil está associada a arquitetura dita “pedra e cal”. No entanto, não estava afastada a preocupação com outros bens patrimoniais, de natureza antropológica e/ou imaterial. Tanto que um dos Livros do Tombo é o Etnográfico e o primeiro tombamento foi o do Museu de Magia Negra. Ademais, no Anteprojeto de Mario de Andrade, havia categorias de “arte popular” e “arte ameríndia”. São indícios de interesses dos modernistas na preservação destes bens culturais e não só da arquitetura colonial mineira. Ocorre que na época, o perigo de destruição era maior para as cidades históricas mineiras, razão pela qual as ações mais significativas eram direcionadas para estes bens patrimoniais.

Ainda que tais idéias estivessem presentes na década de 30, somente a partir dos anos sessenta ganharam força, se consolidando na década seguinte. Esse novo olhar é decorrente do redimensionamento do conceito de cultura, que foi ampliado pelo enfoque antropológico, tornando necessária a redefinição desses critérios para a identificação e proteção do patrimônio.²¹ Dessa forma, novos conceitos de preservação foram ganhando espaço, ampliando a ótica de patrimônio cultural e a política de atuação do Estado. Um dos pontos fundamentais foi a valoração do patrimônio das minorias – negros, índios, imigrantes –, até então excluídas da concepção de cultura. Daí a afirmação de Cecília Londres no sentido de que este tipo de patrimônio pode ser denominado de “patrimônio não consagrado”.²² O foco já não é mais tão somente bens de valor excepcional, beleza estética ou de grande importância para a história oficial do país. Além disso, buscou-se atrelar a preservação do patrimônio com o desenvolvimento nacional, com o exercício da cidadania e direitos culturais, com o turismo.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana

²⁰ Cabe esclarecer que no Decreto-lei 25/37 há dispositivos que são provenientes dos projetos de lei apresentados ao Congresso.

²¹ MOTTA, Lia; SILVA, Maria Beatriz Resende (Orgs). *Inventários de Identificação*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1998, p. 11.

²² LONDRES. Cecília. *O Patrimônio em Processo*, Rio de Janeiro: UFRJ/MINC – IPHAN, 2005, p. 171.

Essas idéias foram levadas para a década de 1980 e influenciaram diretamente a legislação sobre o assunto. No Brasil, a redação da Constituição de 1988 teve influência direta dos debates ocorridos sobre os direitos culturais e a diversidade cultural. Nesse sentido, a Carta Magna ampliou o conceito de patrimônio cultural, pois afirma expressamente que os bens imateriais, neles incluídos as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações artísticas e tecnológicas constituem patrimônio. Ademais, instituiu a figura do registro e positivou o inventário, além de outras formas de acautelamento posteriormente criadas, como instrumentos de preservação do patrimônio imaterial, conforme se depreende do § 1º do artigo 216 da Constituição Federal.

Em que pese a previsão constitucional, somente no ano de 2000 o registro foi regulamentado. O Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, regulamentando, ainda, o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, elaborando, inicialmente, quatro livros de registro: Livro de Registro dos Saberes, dedicado aos conhecimentos e modos de fazer das comunidades; Livro de Registro das Celebrações, para inscrição de rituais e festas; Livro de Registro das Formas de Expressão, concernente às manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e o Livro de Registro dos Lugares, a registrar os espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Sendo assim, o registro passa a ser o instrumento de maior relevância à salvaguarda de bens culturais pertencentes à dimensão imaterial. Por seu turno, a salvaguarda diz respeito a medidas de viabilidade ao patrimônio cultural imaterial que tem na identificação, documentação, investigação, preservação e promoção desses bens a forma de resguardá-los às futuras gerações, não tendo o cunho de preservação no *status* em que se encontra, haja vista seu caráter eminentemente tácito cujos costumes se perpetuam pela repetição e se transmitem pela oralidade, fruto do desenvolvimento do conhecimento e da modificação dos valores sociais.

No plano internacional, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial²³, aprovada em 17 de outubro de 2003 por ocasião da 32ª Sessão da

²³ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540POR.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2005.

Conferência Geral da Unesco, que entrou em vigor internacional em 20 de abril de 2006 e no Brasil em 1º de junho de 2006, recebeu muitas influências da experiência brasileira e estabelece que o patrimônio cultural imaterial é constituído de práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados, que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

Diante da definição acima, estão enquadrados no rol dos bens culturais de natureza intangível, de forma inconteste, os conhecimentos tradicionais, por se fazer presente em cada indivíduo que tanto é portador quanto transmissor das referências culturais próprias, através das gerações. Contudo, o referido documento internacional de 2003 foi mais além, considerando que tal patrimônio se manifesta no campo das tradições e expressões orais, nelas incluído o idioma como veículo próprio para sua transmissão, as artes do espetáculo, como a música, a dança, as interpretações artísticas, as práticas sociais, rituais e atos festivos, os conhecimentos e usos relacionados à natureza e ao universo e às técnicas artesanais tradicionais, com o merecido destaque ao texto ao fazer referência indireta aos conhecimentos associados à biodiversidade, enquanto saberes e modos de fazer das populações tradicionais sobre a natureza, portanto expressamente incluídos como bens culturais imateriais.

Destarte, se desde a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial os conhecimentos tradicionais sobre a natureza e o universo são reconhecidamente bens culturais a compor o patrimônio cultural intangível o que, aliás, já vinha acontecendo com a extinta Proclamação das Obras Primas do Patrimônio Oral e Intangível da Humanidade da Unesco, um diálogo rápido e objetivo com algumas cartas e convenções internacionais referentes ao meio ambiente e à cultura consolidam o entendimento, relevado num delineamento histórico do processo de desenvolvimento desse novo paradigma de preservação, senão vejamos.

Já na Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais realizada em 1985, conhecida como Mondiacult e tendo como fruto a Declaração do México²⁴, cada cultura representa um conjunto de valores único e insubstituível já que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo.

²⁴ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

Em novembro de 1989, a Unesco elabora em sua 25ª Reunião da Conferência Geral a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular²⁵, primeiro documento dedicado exclusivamente ao patrimônio cultural imaterial, tratando da cultura tradicional e popular como o conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural fundadas na tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente respondem às expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade cultural e social, sinalizando àquela época que, por esse motivo, os Estados-membros não devem medir esforços para a elaboração de um registro geral da cultura tradicional e popular, lançando, assim, a pedra fundamental para a criação do registro como instrumento à salvaguarda dos bens culturais intangíveis, neles incluídos, portanto, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Em referência às comunidades tradicionais, a Carta do Rio²⁶, produzida por ocasião da Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento nesta cidade brasileira em 1992 foi mais pontual ao destacar o papel fundamental das populações indígenas e de outras comunidades locais, no planejamento do meio ambiente e no desenvolvimento, graças aos seus conhecimentos e práticas tradicionais, devendo os estados reconhecer e aprovar devidamente sua identidade, cultura e interesses. Idêntico tratamento foi dado aos conhecimentos tradicionais, especialmente das populações autóctones, nas Orientações para um Plano de Ação para Aplicação da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001 e na Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005, ambas reconhecendo a necessidade de respeito, proteção e promoção aos sistemas dos conhecimentos tradicionais de maneira adequada. Ademais, contribuição igualmente relevante tiveram as citadas cartas internacionais ao notabilizar o caráter específico dos bens e serviços culturais, pois que, na qualidade de portadores de identidade, valores e sentido, não devem ser considerados como mercadorias ou bens de consumo.

²⁵ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Recomendação para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular. Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: 25 jul. 2005.

²⁶ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Conferência Geral das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

Observa-se, deste modo, que o patrimônio cultural possui dois aspectos indissociáveis: a dimensão material e a dimensão imaterial. A diferença da proteção aos bens culturais materiais, reside no fato de que a partir de sua forma física pretende-se rechaçar qualquer modificação²⁷, mutilação ou demolição indevida nos valores protegidos, representados na materialidade do bem. Ao contrário, no caso dos bens intangíveis, a sua volatilidade exige que sejam afastadas a perpetuidade e imutabilidade, por ser parte essencialmente viva e dinâmica da cultura. Assim sendo, o registro serve para salvaguardar o bem cultural imaterial, dando-lhe autenticidade e origem, esta última não no sentido de criar direito patrimonial ou propriedade intelectual, mas o reconhecendo como parte integrante daquela comunidade detentora do conhecimento. Serve, pois, para preservar a comunidade e sua cultura, pois que “para as populações autóctones a terra, o ambiente, não são apenas objeto de posse e produção, mas se constituem a base de sua identidade autônoma²⁸”.

Tem-se, dessa inferência, o início de um novo tipo de propriedade, a par da pública e da privada, um terceiro gênero a ser referir a bens comuns da comunidade e até mesmo da humanidade, ou verdadeiros “direitos intelectuais comunitários²⁹”, não se referindo, portanto, a propriedade intelectual propriamente dita.

Passada a caracterização dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade como bens culturais imateriais, focalizemos a discussão sobre a aplicabilidade do registro.

4. Aplicabilidade do registro aos conhecimentos tradicionais nos moldes do Decreto nº 3.551/2000.

O primeiro pressuposto para a análise do registro na seara dos conhecimentos tradicionais consiste no afastamento da propriedade intelectual. São regimes distintos, os quais não podem ser confundidos. Se a discussão recair exclusivamente no aspecto de se constituir ou dar margem ao patenteamento do conhecimento, ela não prosseguirá. Estes

²⁷ MENDONÇA, Gilson Martins. *Meio ambiente cultural: aspectos jurídicos da salvaguarda ao patrimônio cultural imaterial brasileiro*, 2006. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

²⁸ PEPE, Vincenzo. I diritti delle popolazioni autóctone e la legislazione ambientale. In: CORDINI, Giovanni; POSTIGLIONE, Amedeo (Orgs.) *Ambiente e cultura*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 387.

²⁹ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 213

conhecimentos são indelevelmente bens socioambientais e direitos coletivos difusos estando, pois, o limite do exercício do direito de aplicá-lo "no próprio bem, e não, no ato que o reconhece"³⁰. Isto significa que o registro não trará direito de propriedade, sob a ótica privatista, à comunidade, tampouco direitos autorais, o que não impediria ter ela direito ao gozo dos direitos pecuniários morais e os denominados conexos derivados da investigação, da criação, da composição, da interpretação, da gravação e/ou da difusão da cultura tradicional e popular^{31,32}.

Já foi afirmado no presente trabalho que, do ponto de vista conceitual, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade constituem patrimônio cultural, nos termos da legislação em vigor. Daí é possível haver o registro do conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Com o registro, a comunidade detentora do conhecimento passa a ter reconhecido o seu conhecimento tradicional associado à biodiversidade como bem pertencente à cultura nacional, uma vez que é portador de valor, referência e identidade de um grupo formador da cultura nacional.

No Brasil, podemos citar como exemplo o Registro do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras no Espírito Santo, inscrita no livro dos Saberes em 20 de dezembro de 2002. Justifica-se o registro pelo valor do saber proveniente da utilização de técnicas indígenas, passado oralmente de geração em geração, na criação de painéis a partir de recursos naturais como a argila e a casca de mangue vermelho para a tintura das painéis, que são o suporte indispensável para fazer e servir a típica moqueca capixaba, ícone da identidade regional.

Em que pesa a plausibilidade de aplicação do registro, devem ser discutidas, contudo, os limites do instituto. Por rigor metodológico, serão observados os aspectos formais e materiais do registro, para, ao final, concluirmos acerca dos prós e contras da aplicabilidade do instituto na proteção dos conhecimentos tradicionais associados.

³⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 29.

³¹ Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular de 1989, G, "c".

³² Marés ressalta a distinção entre o direito de propriedade, o direito de autor e o direito socioambiental (coletivo e difuso por natureza). O renomado jurista exemplifica: "imaginemos uma pintura, reconhecida como patrimônio cultural. Nesta situação, existem sobre o bem três direitos: o do proprietário da obra, público ou privado, o do autor e o coletivo difuso. Se o proprietário da obra tinha seu direito de propriedade limitado pelo direito de autor, impedindo-o de alterar a autoria ou destruir a tela, sendo a obra em questão integrante do patrimônio cultural, passará a haver o controle público de sua existência e o direito público de visitação ou exposição, sob condições, é claro". SOUZA FILHO, Carlos Mares, op. cit., p. 30.

Para o exame do aspecto formal, é relevante resgatar a Teoria Geral do Direito, no que tange a hierarquia de normas. Hans Kelsen concebeu o ordenamento jurídico como uma pirâmide. No ápice está a Constituição, “a maior das normas, cujo campo de incidência abarca todo o sistema jurídico; essa norma constitui o fundamento de validade de todo o ordenamento”.³³ Em ordem decrescente, como planos ou degraus da pirâmide, estão a lei complementar; a lei ordinária; decretos; portarias e instruções normativas, cada um com sua função específica.

Dentre as espécies normativas acima descritas, o Decreto foi adotado para a regulamentação da figura do registro. O Decreto, que não é lei, é um ato normativo do Chefe do Poder Executivo para regulamentar a lei e fazer com que a lei seja exequível. Aqui, aparecem dois problemas. Primeiramente, considerando que, de um lado, o registro foi instituído pela Constituição de 1988 e de outro a sua regulamentação se deu por um Decreto, há um vácuo legislativo, ou seja, um espaço criado pela ausência de uma lei em sentido estrito capaz de legislar sobre os direitos e deveres dos diversos atores envolvidos na seara do patrimônio imaterial. O segundo problema é diretamente relacionado ao primeiro. Como dito acima, o Decreto regulamenta a lei e não pode substituir ou inovar a lei. Nos termos do artigo 5, II da Constituição de 1988, só a lei em sentido estrito pode criar direitos e obrigações. O Decreto não.

Quais as conseqüências práticas disso? O Decreto 3.551/00 não tem força jurídica para criar direitos e obrigações. Portanto, não é apto para garantir a proteção³⁴ do bem imaterial, pois juridicamente não obriga ninguém a respeitar as normas de preservação do bem. Daí, ser juridicamente equivocado se falar em proteger o bem registrado. Por isso, o registro não possui efeitos jurídicos como o tombamento, sendo um título de reconhecimento do valor patrimonial do bem, mas isso não significa que seja juridicamente vedado alterá-lo.

³³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria do ordenamento jurídico: uma concepção euclidiana. Uma demonstração geométrica da pirâmide de Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 403, 14 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5552>>. Acesso em: 07 abr. 2007.

³⁴ Há que se distinguir a preservação da proteção. “Preservar é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores conceituais”. (Castro, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais – o tombamento*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 5.). Proteger é espécie do gênero preservação. A proteção decorre de um ato legal, administrativo ou judicial que individualiza e resguarda o bem. Assim, é possível restaurar (preservar) um bem que não esteja protegido por nenhuma lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Outrossim, do ponto de vista formal, a aplicabilidade do registro na proteção dos conhecimentos tradicionais não é satisfatória por não surtir efeitos jurídicos de proteção, pois a espécie normativa adotada para o instrumento não cria direitos e obrigações, seja para as comunidades tradicionais, seja para terceiros.

No que tange ao aspecto material, já foi afirmado que os conhecimentos tradicionais associados ou não a biodiversidade constituem patrimônio imaterial e, portanto, passíveis de registro. Ocorre que alguns desdobramentos devem ser refletidos. Conforme o artigo 6º, I do Decreto 3.551/00, cabe ao Ministério da Cultura assegurar aos bens registrados a documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo. Os bancos de dados e sua elaboração têm sido muito debatidos no plano internacionais e nacionais. Em síntese, se discute acerca da natureza jurídica do banco, do acesso ao banco e da propriedade intelectual das informações acessadas.

Em relação à natureza jurídica do banco de dados, discute-se a natureza declaratória ou constitutiva do registro em banco de dados. Sendo o registro declaratório, dele não surgem direitos, pois estes são previamente exercidos a partir de normas costumeiras, independentemente de qualquer norma estatal. De outro lado, caso a natureza do registro seja constitutiva, só a partir do registro é que podem ser exercidos direitos. Com efeito, assiste razão àqueles que defendem a natureza declaratória do registro. Como afirma Juliana Santilli:

“Ademais, condicionar o exercício de direitos intelectuais coletivos ao prévio registro dos conhecimentos tradicionais significa operar dentro de uma lógica concorrencial do sistema de patentes, ou seja, só terá direito à proteção quem registra seu conhecimento, e aquele que registra primeiro exclui a possibilidade de que outros o registrem, ignorando a circunstância de que muitos conhecimentos tradicionais são compartilhados por diversas comunidades, e um registro que exclua os demais detentores e co-titulares de conhecimentos tradicionais só produzirá efeitos nocivos e concorrenciais, minando os próprios processos coletivos de produção e transmissão de conhecimentos tradicionais ³⁵”.

Essa também é a recomendação de um estudo da Universidade das Nações Unidas, intitulado “O papel dos registros e bancos de dados na proteção do conhecimento tradicional”, de janeiro de 2004. O referido estudo ainda aponta³⁶ que o registro dos saberes

³⁵ SANTILLI, Juliana, op cit, p. 237.

³⁶ UNITED NATIONS UNIVERSITY, INSTITUTE OF ADVANCED STUDIES REPORT. *The role of register in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis*, Tokyo, 2004, p. 33.

tradicionais pode ter duas vantagens. A primeira consistiria na proteção defensiva. Uma vez registrado os conhecimentos, o banco de dados auxiliaria os examinadores de patentes na avaliação dos requisitos de patenteabilidade, principalmente a novidade e a atividade inventiva. Uma segunda função seria a facilidade que os registros podem ter no regime de repartição de benefícios decorrente do acesso ao conhecimento tradicional.

Outra questão discutida concerne ao acesso ao conteúdo registrado no banco de dados. O reconhecimento do direito das comunidades indígenas e locais sobre seus saberes tradicionais é primeira premissa para o acesso aos dados. Além disso, o debate é acerca do que divulgar, como divulgar e as consequências da divulgação. O registro pode divulgar saberes que são confidenciais, em virtude de razões culturais ou espirituais³⁷. Ademais, a divulgação dos conhecimentos tradicionais pode facilitar a biopirataria, levando a uma corrida por patentes de produtos e/ou processos obtidos a partir de nossa biosociodiversidade.

Em todo caso, cabe ressaltar que o consentimento prévio informado deve ser a considerado como premissa para a formação do banco. É, inclusive, uma exigência legal, pois tanto a CDB quanto a Convenção 169 da OIT são expressas nesse sentido. Outrossim, no caso dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, o registro e o banco deve ser pensado, elaborado e executado com a participação da comunidade detentora do conhecimento, afinal, cada povo tem direito sobre sua cultura, em acordo com o disposto na Convenção de 2003, sobre patrimônio cultural imaterial, que prescreve como dever dos Estados assegurar a participação mais ampla possível das comunidades, dos grupos e, quando cabível, dos indivíduos que criam, mantêm e transmitem esse patrimônio e associá-los ativamente à gestão do mesmo³⁸. Assim, o rol constante no artigo 2º do Decreto nº 3.551/2000 deve ser ampliado, reconhecendo legitimidade aos indivíduos e à comunidade para provocar a instauração do processo de registro, mesmo que não organizada em sociedade ou associação civil. Foi o que ocorreu com o pedido de registro da viola de cocho cujos mestres do cururu e os artesãos e tocadores do instrumento tomaram conhecimento de que um particular havia requerido junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual o registro da marca ‘viola de cocho’, mobilizando-se para vê-la reconhecida como patrimônio cultural

³⁷ Relembre-se que há casos em que houve o acesso ao conhecimento tradicional, que ainda não caiu em domínio público, em período anterior a CDB, cujas normas não são retroativas.

³⁸ Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, artigo 15.

imaterial, nos moldes do Decreto nº 3.551/2000, apresentando abaixo-assinados firmados por artesãos, instrumentistas e representantes de grupos de cururu e siriri do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul.

Portanto, tratando-se de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, é preciso inverter a ordem, não servindo o registro para conceder ao titular o direito de propriedade, mas, como tal, partir do conhecimento, que *a priori* interessa a todos, registrando-o, informando quem originariamente o reproduz, salvaguardando-o do uso indevido, da espoliação sorrateira que experimenta diuturnamente a biodiversidade brasileira e das forças do mercado.

5. Considerações Finais

A crise ambiental mostrou a irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção e consumo. Neste contexto, as diversidades biológica e cultural emergiram e ganharam visibilidade. Apesar do reconhecimento internacional da necessidade de proteção dos saberes tradicionais, não há consenso de como proteger, haja vista a complexidade dos interesses envolvidos.

A figura do registro foi criada pela Carta Magna, com base nas idéias de preservação do patrimônio imaterial do anteprojeto de Mario de Andrade. Foi regulamentado pelo Decreto 3.551/2000. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade constituem patrimônio imaterial, e, portanto, são passíveis de registro.

Do ponto de vista formal, o registro não cria direitos e obrigações, logo não assegura a proteção dos conhecimentos tradicionais. Pelo aspecto material, se não houver controle sobre o acesso aos dados existentes no registro, que possui natureza declaratória, é possível facilitar a biopirataria.

Contudo, o registro é relevante para o exame de novidade e atividade inventiva para as patentes. Também constitui uma importante ferramenta para a valorização das culturas tradicionais e, por conseguinte, para conhecimento e a difusão dos conhecimentos tradicionais e da própria biodiversidade brasileira.

A aplicabilidade do registro na proteção dos saberes tradicionais é parcialmente satisfatória. Logo, para a efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais, é

preciso a construção de um regime *sui generis*, que traga outros instrumentos complementares ao registro.

6. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Ana Valéria. Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados. In: LIMA, André (Org.) *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- ARGAN, Giulio Carlo. *História da arte como história da cidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BELAS, Carla Arouca. O Inventário Nacional de Referências Culturais e a proteção dos bens culturais. In: *Anais do Seminário Propriedade Intelectual e patrimônio cultural: a proteção dos conhecimentos e das expressões culturais tradicionais*. BARROS, Bendita; BELAS, Carla Arouca; MOREIRA, Eliane; PINHEIRO, Antonio. (Orgs). Belém: CESUPA / Museu Paraense Emílio Goeldi, 2005.
- BENSUSAN, Nurit. Artigo-base sobre biodiversidade. In: *Meio ambiente Brasil: avanços e obstáculos pós-Rio-92*. CAMARGO, Aspásia; CAPOBIANCO, João Paulo; OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. (Orgs). São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental; Rio de Janeiro: FUNDAÇÃO Getúlio Vargas, 2. ed., 2004.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria do ordenamento jurídico: uma concepção euclidiana. Uma demonstração geométrica da pirâmide de Kelsen. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 403, 14 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5552>>. Acesso em: 07 abr. 2007.
- CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 05.
- DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, São Paulo: USP, 2001.
- FORLINE, Louis ; FURTADO, Lourdes Gonçalves. *Novas reflexões para o estudo das populações tradicionais na Amazônia: por uma revisão de conceitos e agendas estratégicas*. Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Serie Antropologia, v. 18 (2). Belém: MPEG, 2002.
- LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2006.
- LONDRES, Cecília. *O Patrimônio em Processo*. Rio de Janeiro: UFRJ/MINc – IPHAN, 2005.

MENDONÇA, Gilson Martins. *Meio ambiente cultural: aspectos jurídicos da salvaguarda ao patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2006. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

MOTTA, Lia; SILVA, Maria Beatriz Resende (Orgs). *Inventários de Identificação*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1998.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Conferência Geral das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

_____. *Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais*. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

_____. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540POR.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2005.

_____. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em: <http://www.unesco.org.br/publicacoes/copy_of_pdf/decunivdiversidadecultural.doc> . Acessado em: 14/04/2007.

_____. *Recomendação para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular*. Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> Acesso em: 25 jul. 2005.

PEPE, Vincenzo. I diritti delle popolazioni autóctone e la legislazione ambientale. In: CORDINI, Giovanni, POSTIGLIONE, Amedeo (Org.) *Ambiente e cultura*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 387.

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

Secretaria do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. *A proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: SPHAN/Pro-Memória, 1980.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

United Nations University Institute of Advanced Studies Report. *The role of register in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis*. Tokyo, 2004.

