

Uma Breve Proposta de Reconciliação do Homem com a Natureza, Através da Posse e da sua Função Social, sob a Perspectiva da Análise Econômica Do Direito.

Ana Rita Vieira Albuquerque¹

I. Introdução; II. Direitos Humanos e Meio Ambiente; III. A posse e a propriedade ambiental das comunidades tradicionais: a gestão da floresta; IV. Posse e conhecimentos tradicionais; V. A posse, a função social e o direito de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado: perspectiva sob a análise econômica do direito; VI. Conclusões; VII. Referências.

Resumo: O trabalho apresenta uma análise do instituto jurídico da posse, fazendo observações desde a idade média até a contemporaneidade realçando as diversas vertentes de atuação de sua função social, demonstrando um conteúdo mais amplo, inclusive, o de representar a garantia de exploração sustentável do meio ambiente, de acordo com uma gestão participativa de toda a sociedade nos termos do art. 225 da CF. Também, é analisado como importante instrumento para a construção de uma identidade multicultural, principalmente no que se refere ao desenvolvimento e preservação dos conhecimentos, inovações e práticas das populações tradicionais, dos índios e quilombolas, associados à biodiversidade.

Palavras-chave: posse- sociedade- multiculturalismo- inovações práticas

Abstract: The paper presents an analysis of the legal institution of possession, making observations from the Middle Ages to the contemporary emphasizing the various aspects of performance of its social function, demonstrating a broader content, including, to represent the guarantee of sustainable exploitation of environment, according to a participatory management of the entire society under Art. 225 of the Constitution. Is also considered as an important instrument for building a multicultural identity, especially with regard to the development and protection of knowledge, innovations and practices of traditional peoples, the Indians and Maroons, associated with biodiversity.

Keywords: possession -society-multiculturalism-innovations

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Defensora Pública da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

I. Introdução.

Muito mais do que uma cisão com o sistema feudal da idade média, a liberdade implementada pelo triunfo revolucionário francês significou o rompimento definitivo do vínculo do homem com a natureza já iniciado pela escolástica entre os séculos XIV e XV e pela receptividade da dicotomia cartesiana.²

Neste cenário, sob o domínio das relações de cunho eminentemente econômico, pouco a pouco grandes quantidades de terras foram devastadas, florestas desapareceram e com elas houve a dizimação dos povos que nela habitavam, sua cultura e conhecimentos tradicionais.

Apesar de o instituto da posse ter servido, em nosso direito, para fixar à terra aquele que a cultivava, foi legislado de acordo com a filosofia individualista preponderante na Europa dos séculos XVIII sob a bandeira de liberdade, do ideal burguês de ganhar dinheiro e celebrar negócios.

A partir desse ponto podemos estabelecer três momentos para o instituto da posse que foram transmitidos ao nosso direito:

Um primeiro momento em que a posse serve apenas para a proteção da propriedade, de acordo com as teorias predominantes na Europa, base da filosofia liberal. A terra se confundia com o próprio direito de liberdade, imanente à natureza do homem. Neste momento ficou claramente evidenciado que a posse e a propriedade eram realidades distintas, e que esta última representava um poder sobre uma coisa. Nesta época a proteção ao direito de propriedade atende às necessidades não só de se consolidar o poder da burguesia, bem como viabiliza o sistema de mercado na nova ordem do capitalismo mercantil, configurado pelo binômio capital/trabalho.

Um segundo momento, evidenciada a crise da modernidade, o instituto da posse assume uma visão funcionalizada. No Brasil, a interpretação do instituto de acordo com a Constituição de 88 permite visualizá-lo muito além do que simples materialização de um bem de troca ou de garantia, mas entende-se também que neste bem foi plantada uma

² VILLEY, Michel. *Formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 178.

vida, construída uma casa, enfim, a posse desperta para seus verdadeiros fins sociais como exigência humana integradora e não de dominação e estratificadora.

À esta posse funcionalizada, dotada de função social, incumbe instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas e romper o condicionamento histórico herdado das sociedades européias. Isto significa harmonizar o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do séc. XXI, marcada por grandes diferenças sociais.

Contemporaneamente, compreendemos que o instituto da posse atravessa um terceiro momento, onde se realça as diversas vertentes de atuação de sua função social, demonstrando um conteúdo mais amplo, inclusive, o de representar a garantia de exploração sustentável do meio ambiente, de acordo com uma gestão participativa de toda a sociedade nos termos do art. 225 da CF. Também, é importante instrumento para a construção de uma identidade multicultural, principalmente no que se refere ao desenvolvimento e preservação dos conhecimentos, inovações e práticas das populações tradicionais, dos índios e quilombolas, associados à biodiversidade.

Percebe-se neste momento uma união mais forte entre o objeto do direito e o sujeito, proposta que reabre a discussão sobre a herança da filosofia moderna e nos força a penetrar na essência do direito civil com maior desapego à tradição positivista, sobretudo no que concerne à noção do individualismo vinculado à noção de direito subjetivo.³

Como observa Juliana Santilli, “é necessário avançar no reconhecimento, aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, de direitos sobre seu patrimônio – intangível – que inclui sua imagem coletiva e os conhecimentos, inovações e práticas coletivamente produzidos sobre as propriedades, usos e características da diversidade biológica, referenciadores de sua identidade coletiva.”⁴

Procura-se neste trabalho salientar não apenas a importância da posse da terra pelas comunidades locais na gestão da floresta com o fim de promover o desenvolvimento e utilização sustentável dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais. Busca-se, além, construir um paradigma conciliador do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, respeitando as necessidades culturais e sociais de cada região e de cada população

³ VILLEY, Michel. Ob cit., p. 583.

⁴ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural*. Ed. Petrópolis. p. 216.

tradicional em particular. Para tanto, dar-se-á ênfase à questão do acesso aos recursos genéticos situados em territórios indígenas, de quilombolas e de populações tradicionais.⁵

Não obstante o reconhecimento da necessidade de proteção ao acesso aos recursos genéticos, inclusive com várias leis já editadas, contudo, entendemos que a questão territorial de posse da terra aliada aos conhecimentos tradicionais ainda não foi suficientemente desenvolvida. A conveniência da criação de registros, bancos de dados, incentivo às publicações científicas e até mesmo a construção de um regime jurídico paralelo *sui generis*, tem sido matéria de estudos visando a proteção de material genético e conhecimentos tradicionais associados.⁶

No entanto, dispomos de amplo regime sobre posse e propriedade, inclusive no que concerne à classificação dos bens, que, com alicerce nos princípios constitucionais, pode proporcionar um avanço na tutela dos direitos culturais e territoriais desses povos e das populações tradicionais.

É importante que estes povos e populações tradicionais mantenham não só a gestão das florestas e de sua biodiversidade, mas que possam também desfrutar da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de conhecimentos tradicionais e do material genético existente em seu território. Um sistema de repartição justa dos benefícios oriundos desta exploração econômica poderia assegurar direitos diferenciados, por exemplo, em se tratando de simples acesso e utilização dos recursos genéticos existentes nos territórios das populações tradicionais ou em se tratando também do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.⁷

⁵ A definição de recursos genéticos é estabelecida no art. 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica: “material genético de valor real ou potencial”. Já material genético é definido como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade.”

A medida provisória nº 2.186 -16 de 23/08/2001, define o patrimônio genético como “Informação de origem genérica, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fungos, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos desses organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.”

⁶ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural*, p. 210.

⁷ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural*. Ob.cit., p. 191-192. A autora esclarece que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade “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 e as próprias categorizações e classificações de espécies de fauna e flora utilizadas pelas populações tradicionais”.

A medida provisória n. 2186-16/2001 estabelece a seguinte definição de conhecimento tradicional associado: “Informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”.

II. Direitos Humanos e Meio Ambiente.

Descoberta a fórmula de universalidade contida no lema revolucionário francês, liberdade, igualdade e fraternidade, restava inserir na ordem jurídica de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. O conteúdo do postulado dos direitos do homem foi absorvido pela generalidade das Constituições no decorrer do séc. XIX e do séc. XX, prevalecendo nestas o termo direitos fundamentais em cotejo com a designação direitos humanos, vez que, por ser este um termo que toca diretamente à humanidade ou ao gênero humano, poderia restar desrespeitado os direitos relativos à pessoa humana, em termos concretos.⁸

A Constituição brasileira, ao eleger a dignidade da pessoa humana como uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrou que é a Constituição da pessoa humana por excelência. Assim, o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e dignidade da pessoa humana. “a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor”.⁹

Ressalte-se a importância do princípio da dignidade humana como fundamento do Estado democrático no que concerne à proteção e promoção do Estado socioambiental. Neste ponto, convém observar a importância do Estado Ambiental ou nas palavras de Ingo Sarlet, do Estado socioambiental democrático de direito, que pressupõe a integração entre os direitos sociais e fundamentais como um todo. Ou seja, o direito fundamental ao meio ambiente pressupõe o direito a um mínimo existencial socioambiental,

⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3. ed., Coimbra Editora, 2000, p. 51: “ Se bem que já empregada no século XIX, a locução “direitos fundamentais” remonta principalmente à Constituição de Weimar e tende agora a generalizar-se Usam-na entre tantas Constituições, como a alemã (arts 1º e segs), a moçambicana (arts. 26º e segs), a angolana (arts 17º e segs), a espanhola (arts. 10º e segs) ou a búlgara (arts 25º e segs) – assim como a portuguesa (arts. 12º e segs).

Explicam este fenômeno o ultrapassar da concepção oitocentista dos direitos e liberdades individuais e, sobretudo, o enlace entre direitos e Constituição. Porque constantes da Lei Fundamental, são os direitos fundamentais aqueles direitos que assumem também a específica função que a Constituição vem adquirindo na Europa e no resto do mundo, ao longo dos últimos cinquenta anos, - em resultado de preceitos expressos, do papel proveniente da justiça constitucional e de uma crescente consciência difundida na comunidade jurídica.”

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.

a determinar prestações positivas para assegurar uma vida saudável e o desenvolvimento sustentável.

Neste diapasão, a par da proteção constitucional ao ambiente, incumbe ao cidadão ameaçado ou lesado neste direito a faculdade de pedir a cessação das causas de violação e a respectiva indenização.

Verifica-se que em sede constitucional o ambiente recebe um tratamento de duplo alcance. Ele surge a nível de tarefas e incumbências do Estado, como a nível de direitos e deveres fundamentais.

O jurista português Jorge Miranda leciona que o direito ao ambiente pode tanto representar a defesa das pessoas e de sua dignidade perante os poderes públicos e sociais, um dever de abstenção, um *non facere*, como pode também representar um direito a prestações positivas do Estado e da sociedade, enquanto direito econômico, social e cultural.

Enquanto direito de defesa, tem por objetivo a conservação do ambiente, incluindo-se neste aspecto: o direito à informação sobre o ambiente; o direito de constituir associações de defesa do ambiente; o direito de impugnar decisões administrativas que possam provocar a degradação do ambiente; o direito de promover a prevenção ou a cessação de atos tendentes à degradação do ambiente; o direito de requerer para o lesado ou lesados pela degradação do ambiente a correspondente indenização; o direito de resistência a qualquer ordem ou qualquer agressão de particular que ofenda o direito ao ambiente.

Por outro lado, enquanto direito econômico, social e cultural o meio ambiente gera um direito a prestações positivas do Estado e da sociedade, ou seja, um “direito a que seja criado um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado”.¹⁰ A este respeito Jorge Miranda cita o direito dos trabalhadores à higiene no trabalho, o direito à habitação e ao trabalho em condições de higiene e conforto adequados.

A Constituição de 88, no que respeita ao ambiente, legitimou qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente, art. 5º LXXIII, bem como legitimou para as ações civis públicas para proteção do meio ambiente o Ministério Público, a Defensoria Pública, a autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e associações que tenham por finalidade institucional a defesa do meio ambiente, art. 129, III c/c art. 5º L. 7.347/85. A Constituição estabeleceu, em seguida, a

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, ob.cit., p. 541.

competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para preservar as florestas, a fauna e a flora, art. 22 VII. Dispõe, outrossim, no art. 225 o seguinte: art. 225. “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.¹¹

Na seqüência dispõe a CF no parágrafo 1º do art. 225, em sete incisos, que incumbe ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir os espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; exigir, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica. Os §§ 2º e 3º do referido artigo 225 da CF estabelecem a responsabilidade do poluidor de recuperar o meio ambiente degradado além das sanções civis, penais e administrativas; o § 4º estabelece que constituem patrimônio nacional a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira; o § 5º torna indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados necessárias à proteção dos ecossistemas naturais e finalmente o § 6º estabelece que as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O art. 186 da CF, ao estabelecer os requisitos segundo os quais a propriedade rural atende à sua função social, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários, tais como a proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Org. Guilherme Peña de Moraes. 2. ed. Ed. Lúmen Iuris: 2005.

proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, que passaram a ser interesses tutelados constitucionalmente e a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.¹²

É tormentosa a falta de comprometimento da função social da propriedade e de seus corolários no que diz respeito à proteção ao meio ambiente, não obstante o conteúdo do texto constitucional e de tantas leis em vigor.¹³ Tal situação revela a necessidade de ação imediata dos poderes públicos quanto a elaboração de um plano geral de proteção à biodiversidade e às comunidades locais, especialmente no tocante à manutenção dos interesses destas sobre a posse da terra e à proteção dos conhecimentos tradicionais, visando ao desenvolvimento sustentável e a geração de riqueza para a própria comunidade e para a região.

III. A posse e a propriedade ambiental das comunidades tradicionais: a gestão da floresta.

Se outrora o princípio da igualdade embasou a idéia do sujeito unitário das relações, hoje, o princípio da solidariedade embasa o pluralismo entre os sujeitos na órbita do direito privado, o que determina uma propriedade privada voltada para o desenvolvimento da pessoa humana e conseqüentemente para a preservação da natureza e da própria vida.

Tais princípios naturalmente se digladiam frente ao nosso modelo de economia capitalista mais preocupada com a igualdade material. Nesse contexto, a importância de os direitos patrimoniais como o de propriedade serem protegidos “tão-somente como meios para concretização de valores ligados à realização existencial da pessoa e à defesa de interesses socialmente relevantes; não como um fim em si”.¹⁴ No mesmo sentido Luiz Edson FACHIN: “(...) a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja,

¹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 272.

¹³ O art. 186 da CF, ao estabelecer os requisitos segundo os quais a propriedade rural atende à sua função social, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários, tais como a proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, que passaram a ser interesses tutelados constitucionalmente e a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.¹³

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris ed., p. 217.

para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva".¹⁵

Através da análise dos dispositivos acima mencionados emerge que, para compatibilizar o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, nem a política ambiental pode constituir obstáculo ao desenvolvimento, nem a exploração da propriedade privada ou da atividade econômica pode limitar a gestão racional dos recursos naturais.¹⁶

Acerca desta compatibilização, expõe TEPEDINO:

A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. O Judiciário não poderia admitir tutela de um direito de propriedade que desrespeita a sua função social. Decorre daí que a dicção do § 1º do art. 1228 deve ser interpretada como um conteúdo objetivo da função social da propriedade, a traduzir os interesses que, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio para que o seu direito subjetivo seja assegurado.¹⁷

A função social da propriedade impõe um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que garante e orienta a utilização do meio ambiente, de sorte que se pode obter, através da manutenção da qualidade de vida de todos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Isto não significa que o interesse individual fica subordinado ao interesse coletivo ao meio ambiente ou que a estrutura interna do direito de propriedade seja um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da legislação ambiental, mas que esta estrutura interna deverá ser chamada a recompor eventuais desequilíbrios entre a propriedade e o meio ambiente.

O meio ambiente, visto como valor intrínseco não só é excluído muitas vezes da preocupação do indivíduo como se coloca em posição antagônica ao direito de propriedade por transcender à esfera econômica. Atualmente temos visto que o fenômeno ambiental não só interfere, mas sofre os efeitos do fenômeno econômico, daí porque a preocupação e a importância de se integrar a dimensão econômica ao meio ambiente.

Esta integração está sendo implementada pela edição de algumas leis, em especial, a Lei que dispõe sobre a gestão de florestas.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, p. 181-182, *apud*, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op.cit., p. 217

¹⁶ FARIAS, Paulo José Leite, *Água: Bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 207.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2006, p. 159.

A Lei 11.284 de 02/03/2006 dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, isto é, versa sobre a criação de florestas nacionais estaduais e municipais, a destinação de florestas públicas às comunidades locais e a concessão florestal, incluindo florestas naturais ou plantadas para atender aos princípios de proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e valores culturais associados, bem como do patrimônio público, entre outros princípios, estabelecidos no art. 2º da referida Lei.

Neste contexto, a importância das comunidades locais no cenário socioambiental que através de suas posses e propriedades promovam a gestão das florestas, prioriza uma nova ordem além daquela contida no princípio preventivo do poluidor-pagador, qual seja, a do preservador ou gestor-produtor. Ou seja, as comunidades não só tem o direito de permanecer no local através de suas posses, como deverão ser compensadas regularizando suas terras, adquirindo áreas de reserva legal e serão estimuladas a produzir de forma sustentável.¹⁸

Além da referida lei que dispõe sobre gestão de florestas,¹⁹ sete unidades de conservação foram criadas no Pará em 4/12/2006 visando a proteção de 15 milhões de hectares de floresta, sendo que 1/3 desta área não terá atividade agrícola ou industrial, como é o caso da Estação Ecológica Grão-Pará e o da Reserva Ecológica Maicuru. Outras florestas, como Paru, Trombetas, Faro e Iriri e a área de proteção ambiental Triunfo do Xingu, poderão

¹⁸ Art. 4º A gestão de florestas públicas para produção sustentável compreende: I - a criação de florestas nacionais, estaduais e municipais, nos termos do [art. 17 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000](#), e sua gestão direta; II - a destinação de florestas públicas às comunidades locais, nos termos do art. 6º desta Lei; III - a concessão florestal, incluindo florestas naturais ou plantadas e as unidades de manejo das áreas protegidas referidas no inciso I do **caput** deste artigo.

¹⁹ L. 11.284 de 02/03/2006: DA DESTINAÇÃO ÀS COMUNIDADES LOCAIS: Art. 6º Antes da realização das concessões florestais, as florestas públicas ocupadas ou utilizadas por comunidades locais serão identificadas para a destinação, pelos órgãos competentes, por meio de: I - criação de reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, observados os requisitos previstos da [Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000](#); II - concessão de uso, por meio de projetos de assentamento florestal, de desenvolvimento sustentável, agroextrativistas ou outros similares, nos termos do [art. 189 da Constituição Federal](#) e das diretrizes do Programa Nacional de Reforma Agrária; III - outras formas previstas em lei. § 1º A destinação de que trata o caput deste artigo será feita de forma não onerosa para o beneficiário e efetuada em ato administrativo próprio, conforme previsto em legislação específica. § 2º Sem prejuízo das formas de destinação previstas no caput deste artigo, as comunidades locais poderão participar das licitações previstas no Capítulo IV deste Título, por meio de associações comunitárias, cooperativas ou outras pessoas jurídicas admitidas em lei. § 3º O Poder Público poderá, com base em condicionantes socioambientais definidas em regulamento, regularizar posses de comunidades locais sobre as áreas por elas tradicionalmente ocupadas ou utilizadas, que sejam imprescindíveis à conservação dos recursos ambientais essenciais para sua reprodução física e cultural, por meio de concessão de direito real de uso ou outra forma admitida em lei, dispensada licitação.

desenvolver atividades agroindustriais e outras atividades humanas e culturais, desde que de forma sustentável e com o controle do governo.²⁰

É este cenário de funcionalização da posse e de sua importância, que permite despontar a propriedade socioambiental, assentada sobre direitos e deveres do proprietário e do possuidor, em substituição à noção clássica de propriedade centrada apenas no modelo oitocentista de direito absoluto do proprietário. Também o interesse social determina e justifica a propriedade contemporânea e a importância da posse da terra pelas comunidades locais.

O discurso emancipatório destas comunidades começa efetivamente pela posse das terras bem como com a união de todos em associações locais e pelo modelo de gestão a ser implantado para o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais.

IV. Posse e conhecimentos tradicionais.

Mas não é apenas a proteção ao bem material, tangível, compreendido pela posse da terra que assegura às populações tradicionais proteção jurídica. Os bens intangíveis, as atividades e práticas dessas populações tradicionais ou comunidades locais coletivamente desenvolvidas na floresta e que correspondem ao que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) firmada em 1992 no Rio de Janeiro,²¹ designou em seu art. 8 (j) como “conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”, merecem ser reconhecidos e recompensados. O reconhecimento e a proteção destes conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais é tarefa a ser implementada pelo

²⁰ Fonte: Jornal O GLOBO, caderno O MUNDO/ CIENCIA E VIDA, de 5/12/2006, p. 28. “A área protegida, de 15 milhões de hectares, equivale ao estado do Acre (15,2 milhões de hectares)”.

²¹ A Convenção sobre Diversidade Biológica é uma convenção-quadro e estabelece princípios e metas gerais, devendo cada país membro aprovar instrumentos jurídicos internos que dêem parâmetros mais concretos para a implementação de seus princípios. A CDB inaugurou um novo regime de regulação do acesso a recursos genéticos e biológicos ao reconhecer a autoridade dos Estados-Nações sobre a coleta e o uso desses recursos. Ao mesmo tempo a CDB recomenda que esse acesso seja facilitado, ante a importância do intercâmbio internacional de material genético para a alimentação e agricultura de cada país.

ordenamento jurídico²² bem como a forma de representação desses povos, inclusive, reconhecendo personalidade jurídica aos povos indígenas.²³

A Convenção sobre Diversidade Biológica prevê mecanismos para equilibrar as relações entre os países detentores da biodiversidade (países do sul, em desenvolvimento) e os países detentores da biotecnologia (países do norte, desenvolvidos). Um desses mecanismos seria o consentimento prévio e fundamentado das comunidades tradicionais e a justa repartição dos benefícios econômicos oriundos de sua utilização.²⁴ Graham Dutfield aponta que “há surpreendentemente pouca informação sobre o potencial econômico de recursos genéticos originais. E planejar um sistema regulatório apropriado para o acesso e repartição dos benefícios, sem ter nenhuma idéia de quanto os recursos provavelmente valem, significa deparar-se com suposições e pressupostos que podem mostrar-se completamente errados”.²⁵

Apesar de a CDB inovar quanto à recomendação de repartição justa e equitativa, com as populações locais, dos benefícios geridos através do uso comercial do material genético coletado, no entanto, regras a respeito do acesso e transferência dos recursos genéticos bem como regras internacionais de proteção da propriedade intelectual coletiva desses recursos precisam ser implementadas.²⁶

O Brasil conta com grandes áreas de preservação de recursos biológicos e genéticos tropicais *in situ*. A Lei do SNUC, Lei nº 9.985 de 18/07/2000, foi criada para o fim

²² A medida provisória nº 2.186-16/2001 estabelece, em seu artigo 9º, parágrafo único: “Para efeito dessa medida provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento”.

A Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) estabelece, em seu artigo 6º: “serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”.

²³ O projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades indígenas - em tramitação no Congresso Nacional - dispõe expressamente que “as comunidades indígenas tem personalidade jurídica de direito público interno, e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público”

²⁴ ALBAGLI, Sarita. *Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil*. In: Dimensões Humanas da Biodiversidade. O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Irene Garay e Bertha K. Becker (org). Petrópolis: Ed Vozes, p. 120: Um aspecto em que a CDB inova é que, além de estabelecer a relevância do consentimento prévio e fundamentado das comunidades tradicionais na questão de acesso à biodiversidade, também dispõe quanto a recomendação de repartição justa e equitativa, com as populações locais, dos benefícios.

²⁵ DUTFIELD, Graham. *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Ana Flávia Platiau e Marcelo Dias Varella (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 62.

²⁶ ALBAGLI, Sarita. *Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil*. Ob.cit, p. 124: “o desconhecimento sobre a biodiversidade brasileira é entretanto muito grande. Estimativas apontam que o número de espécies de plantas, animais e microorganismos localizados em território brasileiro supera dois milhões, correspondendo a cerca de 10 a 30% das espécies de seres vivos existentes no mundo, o que também indica a existência de uma rica diversidade genética.”

de proteger a biodiversidade, inclusive com a possibilidade de criação de corredores ecológicos que “possibilitam entre eles o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para a sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquelas das unidades individuais”.²⁷

O governo brasileiro editou em 2000, Medida Provisória nº 2052/2000 reeditada em 2001 estabelecendo dispositivos para o controle de acesso aos recursos genéticos e, a partir dela, foi criado em 2003 o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), através do Decreto nº 3.945/2001. A ampliação da proteção aos conhecimentos tradicionais consta de Anteprojeto de lei elaborado pelo CGEN.²⁸

A Lei de Propriedade intelectual foi aprovada em 1996, Lei 9.279/96, sob fortes pressões dos Estados Unidos para que o Brasil adotasse o reconhecimento de patentes nas áreas biotecnológica, farmacêutica e informática. Com a referida lei, além das biotecnologias avançadas e microorganismos transgênicos todos os medicamentos e alimentos declarados como invenções tornaram-se passíveis de patenteamento. Também a Lei de Proteção de Cultivares, Lei 9.456/97, constitui instrumento de proteção da propriedade intelectual.²⁹

No entanto, apesar da importância dos conhecimentos tradicionais para a indústria de produtos farmacêuticos, químicos e agrícolas,³⁰ não são reconhecidos os direitos intelectuais coletivos sobre os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, além de serem freqüentes as denúncias de biopirataria.³¹

²⁷ ALBAGLI, Sarita. *Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil*. In: Dimensões Humanas da Biodiversidade. O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Irene Garay e Bertha K. Becker (org). Petrópolis: Ed Vozes, p. 126.

²⁸ O art. 31 da Medida Provisória n. 2186-16 do Brasil estipula que: “A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta medida provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado quando for o caso.”

²⁹ ALBAGLI, Sarita. *Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil*. In: Dimensões Humanas da Biodiversidade. Ob. cit., p. 130.

³⁰ SHIVA, Vandana. *A Pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 2-21. Segundo VANDANA SHIVA, dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores e largamente utilizados na medicina moderna 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais.

³¹ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos*. Ed. Petrópolis, p. 199: “É relativamente aceito o conceito de que a biopirataria envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica.”

Juliana Santilli expõe em sua obra alguns casos de biopirataria que ganharam repercussão internacional, como os do *nim*, do *ayahuasca* e da *quinua*:

O *nim* (em inglês *neem*) é uma árvore da Índia usada há séculos nesse país como fonte de biopesticidas e remédios. A empresa multinacional norte-americana W. R. Grace Corporation e o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos conseguiram obter no Escritório de Patentes Europeu, seis patentes sobre produtos e processos derivados do *nim* indiano. Entre elas, uma patente sobre um método de preparação de um óleo com propriedades pesticidas, extraído das sementes da árvore. A revogação de tal patente foi requerida por um grupo de pessoas e organizações: Vandana Shiva, diretora da Research Foundation for Science, Technology and Ecology; Linda Bulland, presidente da International Federation of Organic Agricultural Movements, e Magda Alvoet, ministra belga da Saúde e do Ambiente; e ao final de cinco anos de batalha legal, no dia 10 de maio de 2000, o Escritório Europeu de Patentes revogou a patente com base no argumento de que o processo patenteado pelos norte-americanos não atendia ao requisito da novidade. A decisão de revogar a patente se fundamentou no depoimento de um dono de uma fábrica indiana, dos arredores de Délhi, que demonstrou utilizar processo semelhante ao patenteado pelos norte-americanos desde 1995, e não no desrespeito frontal aos princípios da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Outro caso de biopirataria amplamente denunciado foi o do patenteamento de uma variedade do *ayahuasca* (nome indígena que quer dizer ‘cipó da alma’), planta amazônica utilizada por diferentes povos indígenas e populações tradicionais com finalidades curativas e medicinais, bem como em rituais xamânicos e cerimônias religiosas. O cancelamento da patente, concedida ao norte-americano Loren Miller, foi requerida ao Patent and Trademark Office (órgão norte-americano responsável pelo registro de patentes e marcas comerciais) pela organização não-governamental Center for International Environmental Law (Ciel), em nome da Coordenação das organizações Indígenas de la Cuenca Anazônica e da Coalizão Amazônica (nazon Coalition), em 1999. O órgão patentário chegou a emitir uma decisão rejeitando a patente em 1999 e, em 2001, voltou atrás em tal decisão, e a patente continuou em vigor até junho de 2003, quando expirou o seu prazo de validade, não podendo ser renovada”.

Tais denúncias tornam urgente a tarefa de interpretarmos nosso sistema jurídico de forma a tornar mais eficiente o sistema de trocas e dos custos de transação não só para o acesso aos recursos genéticos como aos conhecimentos tradicionais associados. Tal tarefa pode ser implementada através do sistema de posse e propriedade dos territórios das populações tradicionais, aliado à classificação dos bens intangíveis no que diz respeito à sua imobilidade, pelo fato de a estes bens se encontrarem acedidos conhecimentos e inovações destes povos tradicionais.

V. A posse, a função social e o direito de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado: perspectiva sob a análise econômica do direito.

Pretende-se neste tópico discutir se a afetação legal dos direitos às populações tradicionais, ou seja, se a importância da atribuição do direito de posse ou de propriedade sobre o patrimônio genético e sobre os conhecimentos tradicionais através da posse da terra seria uma forma de solução eficiente acerca do tema de proteção de seus direitos, particularmente quanto ao acesso aos recursos biológicos e a seus usos.

O primeiro problema que se enfrenta nessa discussão antes de se chegar à solução pretendida é se tais bens – materiais e imateriais - podem ser ou não considerados propriedade privada das populações tradicionais, inclusive, através da posse que detém sobre a terra que habitam. E se puderem assim ser considerados, qual seria a consistência teórica da função social da propriedade sobre tais bens, ou seja, haveria direito a uma espécie de apropriação privada, sem consentimento do proprietário, visando o bem comum pela efetiva aplicação dos conhecimentos obtidos a partir da utilização dos conhecimentos tradicionais?

Portanto, compreendendo-se que certas comunidades tenham a posse da terra, a exemplo dos índios, art. 225 da CF, outras a propriedade, a exemplo dos quilombolas, art. 68 do ADCT, tratar-se-á, no decorrer dessa exposição, da afetação dos bens considerando-se apenas o direito de posse sobre o território tradicionalmente ocupado pelas populações tradicionais, independentemente do fato de haver ou não direito de propriedade.

Vimos através dos exemplos contidos nos tópicos anteriores, particularmente no que concerne à revogação de patentes obtidas através de conhecimentos tradicionais, que a afetação do direito de propriedade a estes conhecimentos é importante do ponto de vista do direito econômico, na medida em que existem custos de transação para o acesso a tais conhecimentos. Tais custos podem impedir que os direitos sejam transmitidos a quem deles possa extrair maior valor, como assinala Vasco Rodrigues, em sua obra “*Análise econômica do direito*”.³²

Tentar-se-á, portanto, discutir cada um desses problemas.

Acerca da possibilidade de apropriação coletiva e privada dos conhecimentos tradicionais e dos recursos genéticos tradicionais, cumpre salientar que já há um certo

³² RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito, uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 61.

reconhecimento em nosso País acerca da necessidade de instrumentos reguladores do acesso aos recursos genéticos, como exposto no capítulo anterior. A partir de tais iniciativas, inclusive segundo os termos da CDB, que afirmou o direito de soberania dos países sobre as decisões relativas à biodiversidade existente em seus territórios, não restam dúvidas de que a posse e a propriedade dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais não podem ser concebidos como “herança ou patrimônio comum da humanidade” mas pertencem ao Estado-Nação e às comunidades tradicionais em relação aos benefícios advindos do seu uso (art. 8ºj da CDB).

Não apenas o valor econômico potencial dos recursos genéticos incentivou os Estados a procederem ao controle sobre o acesso, mas também o princípio de sua soberania sobre os recursos naturais.³³ A matéria sobre o acesso aos recursos genéticos encontra-se regulada no art.15 da CDB, sendo que o art. 2º define recursos biológicos como “os recursos genéticos, os organismos ou elementos destes, as populações ou qualquer outro elemento biótico dos ecossistemas de utilização ou valor efetivo ou potencial para a humanidade”. Não estão incluídos na definição os recursos vegetais de natureza agrícola, tampouco recursos que sejam ligados ao corpo humano.³⁴

As comunidades autóctones e locais detentoras dos conhecimentos, inovações e práticas associadas aos recursos genéticos tem papel complementar no procedimento de autorização de acesso a tais recursos, assim atribuído pela Conferência das Partes, não só por serem detentoras do conhecimento acerca de seus usos, mas também para os proteger, gerenciar e até mesmo produzir. (art. 8ºj da CDB).

Sabe-se que os objetos biológicos podem ser patenteados e a partir de então protegidos com exclusividade. Deste momento em diante, observa Marie-Angèle Hermitte, “os concorrentes não podem ter acesso aos recursos para criar novos produtos”.³⁵ Nada impede, portanto, que uma população tradicional detentora de determinado conhecimento, obtenha uma patente e usufrua coletivamente dos benefícios desta.

Apesar disto, defendemos neste tópico que os dados intelectuais obtidos a partir de elementos componentes da biodiversidade e dos seus usos nas terras ocupadas pelas

³³ HERMITTE. Marie-Angèle. *O acesso aos Recursos Biológicos; Panorama geral, in Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Ana Flávia Narros Platiau e Marcelo Dias Varella, (org). Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004, p. 5.

³⁴ HERMITTE. Marie-Angèle, ob. cit., p. 4.

³⁵ HERMITTE. Marie-Angèle, ob. cit., p. 27.

populações tradicionais constituem bens imóveis aliados à posse do solo, que dele não podem ser retirados sem prévio consentimento de acesso e regras de repartição de benefícios.

A questão é relevante na medida em que a posse ou a propriedade é um pré-requisito essencial para todo e qualquer acesso chegando alguns autores a afirmar que “as legislações nacionais deveriam proibir que toda e qualquer pessoa ou sociedade consigam patentes, direitos autorais ou outro tipo de proteção jurídica para qualquer elemento do patrimônio dos povos autóctones, sem prova documental do consentimento e repartição justa”.³⁶

Dessa forma, é preciso distinguir a importância da posse da terra pelas populações tradicionais, local de acesso a tais recursos genéticos e a seus usos, definindo os contornos desse direito para uma maior eficiência econômica diante dos custos de transação, dando aos bens uma utilização mais eficiente.

O direito de propriedade compreende, em geral, o direito de utilização, de excluir outros da sua utilização e o de transferir a propriedade.³⁷ Há sem dúvida uma certa peculiaridade na posse autônoma ou na propriedade das populações tradicionais, já que estas são exercidas coletivamente por toda a comunidade e sua transferência *inter vivos* só se operaria com a concordância de todos. Ao lado deste elemento material, se encontra o elemento imaterial e intangível, a diversidade biológica, cultural, social e seus usos. Separar os dados intelectuais que acompanham a biodiversidade nos locais ocupados por populações tradicionais, sem uma forma ordenada de desenvolvimento sustentável dessas comunidades, além de ser uma maneira de praticamente condenar à completa extinção as populações locais que sobrevivem da biodiversidade, é uma construção economicamente vantajosa para os países desenvolvidos detentores da biotecnologia em detrimento dos países detentores dos recursos genéticos.³⁸

³⁶ HERMITTE, Marie-Angèle, ob. cit., p. 18.

³⁷ RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito*, ob. cit., p. 81.

³⁸ DUTFIELD, Graham. Repartindo Benefícios da Biodiversidade: Qual o papel do sistema de patentes?, in *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varela (org), Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004, p. 60. “Chegar a um acordo sobre um texto aceitável tanto para os governos dos países pobres em biodiversidade do mundo industrializado, como para os dos países em desenvolvimento, ricos em biodiversidade, tornou o processo inesperadamente longo, difícil e contencioso. Alguns países em desenvolvimento, inicialmente a Malásia e a Índia, protestaram que seria injusto que organizações influentes de conservação como a UICN e governos dos países desenvolvidos esperem que eles protejam suas florestas e renunciem aos benefícios econômicos da venda de madeira ou de sua conversão para outros fins. Esses países argumentaram ruidosamente que uma permuta pela conservação da biodiversidade seria justa. Levando em conta o valor econômico potencial da riqueza de sua biodiversidade e necessitando melhorar sua capacidade científica, tecnológica e financeira para explorá-la, sua posição foi de que eles tinham o direito de impor condições para

Há um certo consenso de que os direitos das comunidades locais seriam “direitos originários, baseados na relação de proximidade, quase de dependência recíproca entre os homens e os recursos biológicos de seu meio ambiente, no esforço de conservação dos recursos selvagens, de inovação dos recursos domésticos, dos conhecimentos das propriedades medicinais das plantas”.³⁹

A posse da terra, portanto, está intimamente ligada aos conhecimentos tradicionais e ao livre desenvolvimento destes, e vice-versa. E não apenas isto. Ambos estão ligados ao “esforço de conservação dos recursos selvagens”. Não há como separá-los. Estão tão relacionados como a palavra ao pensamento, a alma ao corpo.⁴⁰

Nesse diapasão, não se pode simplesmente definir os recursos biológicos e seus usos como bens de propriedade da União na esteira do direito de propriedade que mantém sobre certos bens, a propósito das terras ocupadas pelos índios (art. 231, CF). Também não se pode pensar, por exemplo, na apropriação direta ou mesmo na desapropriação desses bens pelo Poder Público, ainda que mediante indenização, como hoje se faz com os recursos minerais obtidos da exploração do subsolo, com fundamento no art. 20 da CF que determina que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

Muito menos poder-se-ia aplicar em matéria de tais bens o regime jurídico das acessões do CC sobre bens móveis ou imóveis, hipótese na qual o terreno poderia reverter para o que nele plantou ou mesmo ser do especificador a espécie nova obtida com matéria-prima alheia, “se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima”, nos termos do art. 1.255, § único e art. 1.270, § 2º, do CC.

Os conhecimentos tradicionais aliados à posse da terra não invertem a ordem tradicional de gravitação dos bens, na medida em que não se pode separar o que é bem acessório ou principal. Tais conhecimentos tradicionais, presentes ou futuros, aderem ao solo e à biodiversidade nele existente.

aqueles que visavam ao acesso a seus recursos, incluindo a justa e equitativa repartição de benefícios, bem como a transferência de tecnologia e recursos financeiros. Desnecessário dizer, talvez, que os países desenvolvidos e as empresas transnacionais desejavam tão poucas restrições e condições quanto possível para o acesso aos recursos biológicos.”

³⁹ HERMITTE. Marie-Angèle, ob. cit., p. 17.

⁴⁰ SANTILLI. Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos*. Ob. cit., p. 185: “Os componentes tangíveis e intangíveis da biodiversidade estão intimamente ligados, e não é possível dissociar o reconhecimento e a proteção aos conhecimentos tradicionais de um sistema jurídico que efetivamente proteja os direitos territoriais e culturais desses povos e populações tradicionais.”

Também não se confundem com os bens imateriais compreendidos entre os bens intelectuais quando patenteados, pois existem antes destes. Apenas a patente assegura a exclusividade sobre a exploração dos conhecimentos e não sobre o acesso aos mesmos. Ou seja, a patente é o resultado final que assegura a exclusividade sobre conhecimentos novos ainda que obtidos através de recursos naturais alheios cujos conhecimentos originários não sejam identificáveis. Além, a patente não protege o potencial processo de criação coletivo das populações tradicionais, sendo o acesso a tais conhecimentos feito ainda hoje de forma indiscriminada e sem a justa repartição de benefícios.⁴¹

Dessa forma, a fim de melhor proteger tais conhecimentos e os recursos biológicos a estes inerentes, cremos que os conhecimentos tradicionais aliados aos recursos biológicos e naturais advindos pela posse das terras ocupadas pelas populações tradicionais podem ser melhor classificados atribuindo-se imobilidade por acessão intelectual a todos os recursos genéticos componentes da biodiversidade existentes nos territórios das populações tradicionais.

Poderiam assim ser classificados como bens imóveis por acessão intelectual, por comporem o conjunto da história e das tradições sociais e culturais de determinada população em dado espaço físico, face a impossibilidade de considerar-se cada elemento, o material e o imaterial, separadamente. Além do ambiente natural, material, há, na hipótese aventada, um ambiente social e cultural, cujo conjunto resulta na própria identidade da população tradicional, revelando seus usos, práticas e costumes, num processo de interação contínua que lhes permite viver e transmitir esta herança às futuras gerações.⁴²

⁴¹ DUTFIELD, Graham. Repartindo Benefícios da Biodiversidade: Qual o papel do sistema de patentes?, in *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varela (org), Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 67. “É possível identificar três questões intimamente relacionadas. que, potencial e quase certamente, tornam na realidade o sistema de patentes inútil, na promoção da repartição justa e equitativa dos benefícios. São a extensão de patentes a substâncias descobertas na natureza e o problema da concessão de patentes que não seriam concedidas se os critérios de inovação e passo inventivo fossem respeitados. Esta é uma situação particularmente séria nos Estados Unidos. A terceira questão é a oportunidade que o sistema dá a empresas e pesquisadores para que adquiram direitos exclusivos de patente por invenções que não ocorreriam sem prévio acesso ao conhecimento tradicional.”

⁴² Caio Mário define os bens imóveis por acessão intelectual, “abrangendo bens que por natureza são móveis, mas que a vontade humana imobiliza, mantendo intencionalmente empregados na exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. Distingue-se essa espécie da anterior por dois pontos: O primeiro é que não há nela, ao contrário da acessão física, uma adesão material da coisa móvel ao imóvel, mas o estabelecimento de um vínculo meramente subjetivo, como se dá com as máquinas agrícolas ou o rebanho, que não aderem ao solo mas a ele se vincula pelo fato de sua utilização econômica. O segundo é que, por ser a projeção imobiliária sobre o bem móvel um pouco artifício da mente humana, seu caráter imóvel não é definitivo; a mesma vontade humana que os tornou coisa imóvel pode a todo tempo retorná-las à sua mobilidade natural. Assim dispunha o art. 45 do Código de 1916, mas o atual dispensou-se de mantê-lo, o que não anula o consectário de sua obriedade. É preciso salientar que a imobilização da coisa móvel por acessão intelectual somente pode dar-se quando ela é

Na medida em que se discute se as pesquisas com célula tronco de embrião bem como com organismos vegetais geneticamente modificados podem ou não comprometer a vida humana, pode-se mesmo afirmar, no caso sob exame, que o acesso indevido a este ambiente cultural das populações tradicionais atinge não apenas a sua posse e propriedade mas a sua própria vida e possibilidade de existência.

No entanto, importa aqui considerar a posse da terra e dos elementos biológicos e naturais e seus usos num mesmo universo jurídico, garantindo às populações tradicionais o direito à biodiversidade e que a posse ou propriedade sejam utilizadas de forma adequada e sustentável, num sistema de equidade intergeracional.

Neste diapasão importa ainda analisar se a função social da posse ou da propriedade deverá ou não atuar de forma a justificar esta proteção ao acesso à terra e aos conhecimentos tradicionais. Até mesmo porque poder-se-ia argumentar que a função social da biodiversidade como um todo é a de suprir pelo seus usos as necessidades humanas, principalmente através dos conhecimentos a serem obtidos com o estímulo ao desenvolvimento industrial através de tecnologia apropriada.

Afinal, na esteira dos ensinamentos de Aristóteles, os bens devem ser privados, mas o seu uso deve ser comum. Ou seja, numa perspectiva da teoria da Justiça, se você não dá a devida utilidade aos bens, este direito tem que ser dado a outrem.⁴³

Na medida em que a propriedade privada, como transmitiu Aristóteles, “estimula a que cada um se dedique ao que lhe é próprio”, além de tornar “possível o exercício das virtudes, como a generosidade e a moderação”, assim é que a configuração social da propriedade das populações tradicionais, também na esteira dos ensinamentos de Tomás de Aquino, está em garantir as suas potencialidades de desenvolvimento.

Apreciando a função social da propriedade, a situação em tela revela dois bens jurídicos que podem vir a ser objeto de conflito, quais sejam, a vida das comunidades tradicionais com a necessidade de preservação de seu ambiente cultural e social e a necessidade da humanidade ou de grande parcela da população de acesso aos recursos genéticos com a finalidade, por exemplo, de descobrir a propriedade medicinal de uma planta

posta a serviço do imóvel, e não de uma pessoa. Assim é que o instrumento agrícola é considerado imóvel, por estar a serviço da propriedade de cultivo, mas nunca o automóvel de passeio do agricultor.” in PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, 21. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418-419.

⁴³ MOTA, Maurício. *Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino*.

para tratar determinada doença ou domesticar determinadas espécies de plantas selvagens para servirem de alimento.

No entanto, considerando-se que não há direitos à apropriação em comum de todos os bens, estabeleceu-se, como critério de repartição justa, que determinada área serviria de posse ou propriedade das populações tradicionais, apesar de que, até o momento, não se sabe o exato limite das terras indígenas, o que vem sendo objeto de intensos conflitos envolvendo o INCRA.

Por outro lado, é inconcebível que uma comunidade tradicional se desenvolva plenamente sem a terra à qual está fixada e sem os seus elementos naturais, inclusive a biodiversidade e os seus usos. É justamente aí que se cumpre a função social da posse ou da propriedade desses povos e populações tradicionais.

A importância da posse da terra e de seus recursos naturais pelas comunidades e povos tradicionais resume-se não só na garantia de seu desenvolvimento e aprimoramento de seus usos e costumes, mas na manutenção e conservação da própria biodiversidade, hoje ameaçada de extinção pelos mais diversos fatores, como, por exemplo, pela grilagem de terras para extração de madeira. Este tipo de exploração vem tornando cada vez mais difícil a permanência das comunidades tradicionais em suas antigas posses e condenando-as praticamente à miséria na periferia das grandes cidades principalmente na região norte, com a ocupação e derrubada da floresta amazônica.

Este vínculo de indissociabilidade e de indivisibilidade na relação espiritual dos povos e suas terras, transmissível entre as gerações, foi afirmado através do caso da Comunidade *Mayagna Awas Tingni*, julgado em 31 de agosto de 2001 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁴ Alegou-se em favor da comunidade que “a vida dos seus membros depende fundamentalmente da agricultura, da caça e da pesca que se realiza nas áreas que cercam a aldeia. A relação que a comunidade mantém com as suas terras e recursos se encontra protegida por outros direitos contemplados na Convenção Americana, tais como o direito à vida, à honra e à dignidade, à liberdade de consciência e de religião, à liberdade de associação, à proteção à família, e ao direito de moradia”.

A Corte interamericana decidiu acolher a pretensão da comunidade, sob o fundamento de que o conceito de propriedade entre as comunidades indígenas compreende

⁴⁴ AYALA, Patryck de Araújo. *O Regime Constitucional da Exploração dos Recursos Hídricos e dos Potenciais energéticos em terras indígenas...*, in Congresso Internacional de Direito Ambiental, (7: 2003, São Paulo). *Direito, Água e Vida*, Antônio Herman BENJAMIN (org). vol. I, São Paulo, Imprensa Oficial, p. 755, Anais.

uma estreita relação entre a terra e sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência econômica: “*Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.*”⁴⁵

A decisão acima sedimenta uma das propostas do presente trabalho, qual seja, a de que não apenas a posse da terra tradicionalmente ocupada pelas populações tradicionais, mas a diversidade biológica que a compõe constitui um patrimônio único e indivisível destas populações, porque indissociável de sua vida e de sua cultura.⁴⁶

Este conjunto de bens, tangíveis ou materiais (territórios e recursos naturais) e intangíveis ou imateriais (conhecimentos inovações e práticas) da biodiversidade, constituise, assim defendemos, bem imóvel por acessão intelectual, vinculado à posse tradicional da terra. Cada um *per si* não pode ter existência autônoma, a não ser que a separação não cause prejuízo ao todo e mediante regras de acesso aos recursos ou às tradições culturais, firmadas com as próprias comunidades e com a intervenção do poder público, com a justa repartição dos benefícios.

Nosso sistema jurídico possibilita, portanto, através do direito civil e de sua interpretação constitucional, um regime jurídico próprio de posse ou de propriedade privada das populações tradicionais que imponha condições de acesso aos bens privados e determine a justa repartição dos benefícios obtidos a partir do acesso a estes bens e aos conhecimentos tradicionais associados.⁴⁷

⁴⁵ Recentemente, na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, foi adotada a Convenção sobre a Diversidade Cultural, considerada como patrimônio da humanidade, no sentido de preocupação comum da humanidade, na linha da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Estabelece ainda como “cultura hereditária intangível” expressões, conhecimentos, transmitidos de geração em geração, que garantem identidade própria e a própria continuidade das comunidades.

Também a sexta Reunião da Conferência das Partes, realizada em Haia em maio de 2002, foi oficialmente adotado o Guia de Boas Condutas de Bonn sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e a Justa e Equitativa Repartição dos Benefícios Resultantes de sua Utilização.

⁴⁶ Observe-se que a Convenção sobre Proteção e Integração das Tribos Indígenas e outras Populações Semi-Tribais em países independentes, de 1986, também conhecida como Convenção 169 da LO (Organização Internacional do Trabalho) estabelece no art. 15 que os povos indígenas devem ser consultados antes da exploração e utilização dos recursos naturais e que estes povos estão autorizados a participar da utilização destes recursos.

⁴⁷ Observe-se que a Convenção relativa à Proteção de Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, em seu art. 11, item 5, determina que a “inclusão de um bem na Lista do Patrimônio Mundial não poderá ser feita sem o consentimento do estado interessado”.

VI. Conclusões.

Ao lado da importância da atividade econômica é importante lembrar que a mesma deve atender à função social da propriedade, respeitar e defender o meio ambiente nos termos do art. 170 da CF/88, e que não se pode deixar sem solução questões como o valor econômico da biodiversidade e da regulação climática do planeta exercida pelas florestas ainda existentes em 64% do território brasileiro.

Questões como essas inspiraram a edição da Lei 11.284/2006 que dispõe sobre a gestão de florestas, deferindo-se a gestão também às comunidades locais, que poderão não só promover a regularização fundiária das áreas tradicionalmente ocupadas e indispensáveis à preservação de sua identidade cultural como desenvolver a gestão através da produção agrícola sustentável.

Tendo-se em vista a importância da gestão das florestas inclusive com a produção de conhecimentos e inovações relacionados à posse da terra, bem como que a continuidade da produção de tais conhecimentos e da própria sobrevivência física e cultural das populações tradicionais, dos povos indígenas e quilombolas depende do fato de lhes ser assegurada a manutenção da biodiversidade através do desenvolvimento sustentável, torna-se necessário ponderar acerca do valor do acesso aos recursos biológicos e a seus usos, repartindo-se de forma justa os benefícios econômicos advindos do acesso, produção e utilização destes recursos .

Este diálogo emancipatório das comunidades tradicionais, povos indígenas e quilombolas através de sua vocação histórica e cultural começa pela valorização da posse da terra e de sua função social, inobstante a titularidade da propriedade pertencer ou não à União, como é o caso das terras indígenas.

Muito embora os componentes tangíveis e intangíveis, ou seja, a terra e os elementos culturais dessas populações tradicionais estejam intimamente ligados, no entanto, carecem ainda de proteção jurídica, pois ainda não suficientemente protegidos pelo regime de

propriedade intelectual sobre patentes e tão pouco pelas regras de acesso editadas pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

A concretização dos princípios contidos na CDB quanto a necessidade de consentimento prévio dos países de origem dos recursos genéticos bem como dos povos e populações tradicionais possuidores destes recursos, com a repartição equitativa dos benefícios decorrentes do acesso e da sua utilização, pode realizar-se de forma mais eficiente definindo-se os exatos contornos da propriedade ou da posse e dos bens que a compõem.

Atribuir um valor de acesso e de uso de tais recursos da diversidade biológica e facilitar as transações entre os interessados evitando-se a biopirataria é tarefa que pode realizar-se mais eficientemente diante de um regime jurídico onde se reconheça que os recursos genéticos ou seus usos constituem-se em bem imóvel por acessão intelectual, ligado à posse do solo e à sua função social.

O sistema jurídico sobre posse e propriedade de que dispomos bem como o sistema de classificação dos bens em nosso direito civil interpretados com as normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana tem aplicação direta para abranger a inovação, a criatividade e a inventividade nos contextos culturais em que vivem povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais sem a necessidade de um regime jurídico “*sui generis*”, que poderia acarretar dificuldades em sua implementação e aplicação.

Não existe, portanto, barreiras intransponíveis no direito vigente para uma melhor atribuição do direito de posse e de propriedade quanto aos bens materiais e imateriais às populações tradicionais, para o fim de possibilitar a fixação de um sistema de responsabilidades e de preços pelas trocas efetuadas, diminuindo-se dessa forma os custos de transação e gerenciando-se eficazmente nossas riquezas naturais.

VII. Referências.

ALBAGLI, Sarita. *Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil*. In: Dimensões Humanas da Biodiversidade. O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Irene Garay e Bertha K. Becker (org). Petrópolis: Ed Vozes.

- AYALA, Patryck de Araújo. *O Regime Constitucional da Exploração dos Recursos Hídricos e dos Potenciais energéticos em terras indígenas...*, in Congresso Internacional de Direito Ambiental, (7: 2003, São Paulo). *Direito, Água e Vida*, Antônio Herman BENJAMIN (org). vol. I, São Paulo, Imprensa Oficial, p. 755, Anais.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DUTFIELD, Graham. *Repartindo Benefícios da Biodiversidade: Qual o papel do sistema de patentes?*. In: Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais. Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varela (org), Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Paulo José Leite, *Água: Bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- HERMITTE, Marie-Angèle. *O acesso aos Recursos Biológicos; Panorama geral*, In: *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Capítulo 1. Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varela, (org). Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.
- KISHU, Sandra Akemi Shimada. *Principiologia do Acesso ao patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional Associado*. In: *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Capítulo 11. Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varela (org), Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3. ed., Coimbra Editora, 2000.
- MOTA, Mauricio. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. In: MOTA, Mauricio. *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 569-612.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, 21. ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito, uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 183-243, capítulo IV – A interface intangível do socioambientalismo.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SHIVA, Vandana. *A Pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

VILLEY, Michel. *Formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.