

DISSERTAÇÃO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO.

UnB - UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA.

COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO.

**A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DOS POVOS INDÍGENAS,
EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA.**

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO “DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO”.

LINHA DE PESQUISA: “DIREITO, ESTADO E SISTEMA JURÍDICO”.

Orientadora: Prof^a Dr^a Alejandra Leonor Pascual.

Co-orientadora: Prof^a Edite do Céu Faial Jacques.

Mestranda: Lucia Fernanda Inácio Belfort.

Brasília, maio de 2006.

Belfort, Lucia Fernanda Inácio.

A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica / Lucia Fernanda Inácio Belfort. – 2006.

139 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2006.

Orientadora: Prof^a Dr^a. Alejandra Leonor Pascual.

Co-orientadora: Prof^a Edite do Céu Faial Jacques.

1. Direito. 2. Conhecimentos tradicionais. 3. Convenção sobre diversidade biológica. 4. Povos indígenas. 5. Constituição. 6. Estado. 7. Costumes e tradições. I. Pascual, Alejandra Leonor. II. Título.

LUCIA FERNANDA INÁCIO BELFORT

**A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DOS POVOS INDÍGENAS,
EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA.**

Trabalho apresentado na Universidade de Brasília, de acordo com o programa de mestrado da Faculdade de Direito, como pré-requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Alejandra Leonor Pascual.

Co-orientadora: Prof^a Edite do Céu Faial Jacques.

Brasília

2006

LUCIA FERNANDA INÁCIO BELFORT

**A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DOS POVOS INDÍGENAS,
EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA.**

Trabalho apresentado na Universidade de Brasília, de acordo com o programa de mestrado da Faculdade de Direito, como pré-requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Alejandra Leonor Pascual.

Co-orientadora: Prof^a Edite do Céu Faial Jacques.

Banca Examinadora:

Prof^a Dr^a Alejandra Leonor Pascual.

Prof^a Dr^a Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho.

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro – Membro Suplente.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um esforço coletivo e da sistematização de uma grande quantidade de informações que são socializadas de acordo com os métodos de tradição oral, o que tornou muito difícil sua reprodução em linguagem jurídica, pois no dizer do Pajé Davi Yanomâmi “nossos saberes não cabem no papel...”.

Agradeço em primeiro lugar a Deus, (Tope, em língua Kaingáng) aos pajés, xamãs, tuxauas, kujäs e a todos os líderes espirituais dos povos indígenas, mestres que com sua sabedoria têm me inspirado serenidade e persistência na defesa da proteção dos conhecimentos tradicionais dos nossos povos.

Minha infinita gratidão ao Roberto e a Ciana, pela sua amizade inestimável, pelo calor humano e por todo incentivo que me deram para que chegasse até aqui. A toda sociodiversidade de amigos, indígenas, pró-indígenas, afro descendentes, socioambientalistas, parceiros e aliados agradeço por construírem comigo esse trabalho.

Meu muito obrigada às minhas orientadoras, Prof^a Dr^a Alejandra Leonor Pascual e Prof^a Edite do Céu Faial Jacques por seu respeito à minha própria diversidade cultural e por sua sabedoria e infinita paciência ao longo da elaboração desse trabalho. Agradeço à equipe da secretaria do mestrado, Lia e Helena, por sua amizade e compreensão.

Andila Kaingáng, Davi Yanomâmi, Daniel Munduruku, Eliane Potiguara, Álvaro Tukano, Ailton Krenak, Daniel Cabixi, Hilda Zimmermann, Hildinha Kaingáng, Edna Marajoara, Marcos Terena e “tia” Quitéria Pankararu: obrigada pelas lições a mim ensinadas por suas histórias de vida.

À equipe do Inbrapi, Luciana e Thiago, pelo apoio, ao núcleo dos advogados indígenas do Brasil e ao núcleo de escritores indígenas, por representarem as esperanças dos povos indígenas em nosso protagonismo rumo ao resgate da nossa livre determinação: muito obrigada!

Por fim, e principalmente agradeço à minha família, ao meu pai, minha mãe, meu esposo, Marciano, e meu filho, Kyfe, pelo apoio incondicional durante minhas ausências, ofereço meu amor e meu reconhecimento e dedico este trabalho.

*Inh my há ti!*¹

¹ “Muito Obrigada” em língua Kaingáng. Literalmente traduzido como “Está bom pra mim”.

RESUMO

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) é o mais importante tratado internacional sobre meio ambiente, da atualidade, por abranger todos os componentes da biodiversidade e realizar uma abordagem que privilegia a conservação dos recursos naturais, i.e., sua utilização em moldes sustentáveis.

A CDB não propõe a proteção da biodiversidade por meio de sua intocabilidade, traduzida pela idéia de conservação, ao contrário, promove a inserção de uma perspectiva preservacionista de proteção do meio ambiente que inclui a diversidade social e determina o respeito, preservação e manutenção dos conhecimentos, inovações e práticas dos povos indígenas, com estilos de vida tradicionais que sejam relevantes para a biodiversidade.

Assim, a presente dissertação tem como objeto de estudo a proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, a partir das disposições da Convenção sobre Diversidade Biológica, como marco jurídico e de seus reflexos em outros tratados internacionais conexos. O trabalho terá por objetivo, a análise dos pontos mais polêmicos suscitados nas discussões em torno da regulamentação da preservação e conservação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados, enfatizando a atuação dos povos indígenas, como novos protagonistas sociais, no âmbito da CDB.

Palavras-chave: Conhecimentos Tradicionais, Direitos dos Povos Indígenas, Direito Internacional Ambiental, Convenção sobre Diversidade Biológica.

ABSTRACT

At present The Convention on Biological Diversity (CDB) is the most important international treat on environment as it includes all the components of biodiversity and looks through the preservation of natural resources and their use in sustainable ways.

The CDB does not propose the protection of biodiversity by means of its untouchability, translated by the idea of preserving. On the contrary it promotes the insertion of a protection perspective of the environment that includes the social diversity and determines the respect, preservation and maintenance of the indigenous peoples, knowledge, innovations and practices, with traditional styles of life that are important for the preservation of biodiversity.

Thus, the present thesis has as its object of study the protection of the indigenous peoples, including The Brazilian Legal System, according to the Convention of Biological Diversity , as a legal landmark, and its consequences in other similar international treats. The purpose of the work is the analysis of the most controversial points coming out in discussions about preservation of biodiversity and the traditional knowledge associated emphasizing the performance of indigenous peoples as new social protagonists in the scope of the CDB.

Key-words: Traditional Knowledge, Rights of the Indigenous Peoples, Environmental International Law, Convention on Biological Diversity.

GLOSSÁRIO

ABS – Acesso e Repartição de Benefícios

AD HOC – Termo latino utilizado para designar órgão ou grupo de duração limitada

APUD – A partir de

CDB (CBD) – Convenção sobre Diversidade Biológica

CGEN – Conselho de Gestão do Patrimônio Genético

CONVENÇÃO 169 DA OIT - Convenção 169 de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

COP – Conferência das Partes

ECOSOC – Conselho Econômico e Social

EU – União Européia

FAO – Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura

FIIB – Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

GEF – Fundo Mundial para o Meio Ambiente

GT 8J – Grupo de Trabalho de Composição Aberta sobre o Artigo 8 “j” e disposições conexas

GT ABS - Grupo de Trabalho de Composição Aberta sobre Acesso e Repartição de Benefícios

GRULAC – Grupo Latino Americano e Caribenho

i.e. – Isto é

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

JUSCANZ – Grupo constituído pelo Japão, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia

MP – Medida Provisória

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONGS – Organizações Não Governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

SJ – Servo de Jesus

SBSTTA – Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico

s.d. – Sem indicação de data

s.n. – Sem indicação de número de página

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

TRIPS – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio da OMC

UNEP (PNUMA) Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura.

LISTA DE ANEXOS

- I – CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB)
- II – MEDIDA PROVISÓRIA 2.186-16 DE 2001 (MP)
- III – DECLARAÇÃO DA KARI-OCA
- IV – CARTA DA TERRA
- V – CARTA DE SÃO LUÍS DO MARANHÃO
- VI – DIRETRIZES DOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E COMUNIDADES LOCAIS PARA A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS
- VII – CARTA DOS PAJÉS – MANAUS
- VIII – DECLARAÇÃO DA TERRA INDÍGENA SERRINHA
- IX – DECLARAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO FÓRUM INDÍGENA INTERNACIONAL SOBRE BIODIVERSIDADE (FIIB) – GT ABS - GRANADA
- X – DECLARAÇÃO DE ABERTURA DO FIIB – COP 8
- XI – DECLARAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO FIIB – COP 8.
- XII – CURSO DE TREINAMENTO E QUALIFICAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS PARA A COP 8
- XIII – DECLARAÇÃO DOS PAJÉS – BRASÍLIA
- XIV – CARTA DE INTENÇÕES DOS PARTICIPANTES DA OFICINA DE FORMAÇÃO – ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
GLOSSÁRIO	VIII
LISTA DE ANEXOS	X
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I.....	7
OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL: Evolução Histórica da Legislação Indigenista no Brasil.	7
Introdução.....	7
1. O Paradigma Exterminacionista	8
2. O Paradigma Integracionista.	15
2.1 O Serviço de Proteção ao Índio.	17
2.2 A Fundação Nacional do Índio.	21
3. A Constituição Federal do Brasil e os novos paradigmas da política indigenista nacional.	25
Conclusão.....	29
CAPÍTULO II.....	32
O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS EM ÂMBITO INTERNACIONAL.....	32
Introdução.....	32
1. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.....	33
1.1 O Sistema de Proteção aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas.	36
1.1.1. A Proteção do Patrimônio Cultural dos Povos Indígenas.	39
1.1.2. A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade.	41
2. A Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.	43
2.1. A Participação Social na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.	46
3. Sociodiversidade na Convenção sobre Diversidade Biológica.....	49
3.1. Violência Simbólica na Convenção sobre Diversidade Biológica.....	52
3.2 Direito, Justiça e Equidade na Convenção sobre Diversidade Biológica.	55
Conclusão.....	57
CAPÍTULO III.....	60
A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA.....	60
Introdução.....	60
1. A Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.....	61
1.1. A construção do consenso nos micro e macrocenários de poder da Conferência das Partes da CDB.....	65
2. Questões Transversais: o grupo de trabalho sobre o artigo 8 “j” e o regime <i>sui generis</i> de proteção aos conhecimentos tradicionais.	69
2.1. A Participação dos Povos Indígenas no Grupo de Trabalho sobre o Artigo 8 “j”	72
3. Questões Transversais: o grupo de trabalho sobre o acesso e a repartição de benefícios: o regime internacional sobre acesso e repartição dos benefícios.	75
3.1. A Participação dos Povos Indígenas no Grupo de Trabalho sobre Acesso e Repartição de benefícios.....	78
Conclusão.....	82
CAPÍTULO IV.....	84
A IMPLEMENTAÇÃO DA CDB, EM FACE DE OUTROS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	84
Introdução.....	84
1. A CDB e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.....	85
1.1 Os direitos dos Povos Indígenas na Convenção 169 da OIT e seus reflexos na CDB.....	88
2. A Convenção sobre Biodiversidade e o Sistema de Propriedade Intelectual.....	92
2.1 A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais no Âmbito da Propriedade Intelectual.	94

2.2. A CDB e o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio.	98
2.3. A CDB e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual.	101
Conclusão.	104
CAPÍTULO V.	106
A IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA NO BRASIL.....	106
Introdução.....	106
1. Brasil: um país megadiverso.....	107
2. A Medida Provisória 2.186-16 de 2001.....	111
2.1 A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais na Medida Provisória 2.186-16 de 2001.....	116
3. Megadiversidade no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.....	119
4. O Conflito de Interesses na Implementação da CDB no Brasil.....	122
Conclusão.....	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	132

INTRODUÇÃO.

A presente dissertação tem como objeto de estudo a proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como marco jurídico a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), além da análise dos pontos mais polêmicos suscitados nas discussões em torno da regulamentação da conservação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados.

A CDB, ratificada pelo Brasil em 1994, “foi o primeiro acordo mundial sobre a conservação e uso sustentável de todos os componentes da biodiversidade” (GROSS, 2005, p.10). A CDB possui três grandes objetivos: a conservação da diversidade biológica; o uso sustentável de seus componentes; e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do uso dos recursos genéticos.

Biodiversidade ou **diversidade biológica** (grego *bíos*, vida) é a diversidade da natureza viva. Desde 1986, o termo e conceito tem adquirido largo uso entre biólogos, ambientalistas, líderes políticos e cidadãos consciencializados no mundo todo. Este uso coincidiu com o aumento da preocupação com a extinção, observado nas últimas décadas do Século XX.

Refere-se à variedade de vida no planeta Terra, incluindo a variedade genética dentro das populações e espécies, a variedade de espécies da flora, da fauna, de fungos macroscópicos e de microrganismos, a variedade de funções ecológicas desempenhadas pelos organismos nos ecossistemas; e a variedade de comunidades, habitats e ecossistemas formados pelos organismos.

A espécie humana depende da Biodiversidade para a sua sobrevivência. (WIKIPEDIA, 2006).

A Convenção trata da questão da proteção aos conhecimentos tradicionais, inovações e práticas associados aos recursos genéticos em seu artigo 8 “j” e do acesso aos recursos genéticos e da repartição de benefícios, derivados de sua utilização no artigo 15. Seu maior avanço consiste na tentativa de equiparar países detentores de biodiversidade e países detentores de biotecnologia.(SANTILLI, 2005).

Assim, a CDB não se propõe a outorgar proteção aos conhecimentos tradicionais em sua totalidade, mas refere-se tão somente àqueles saberes, inovações práticas relevantes para a preservação e conservação da biodiversidade, aspecto que tem sido questionado por Povos Indígenas, os quais têm reivindicado a proteção de seus saberes e fazeres de forma integral e não de modo segmentado.

No cenário internacional, outros instrumentos legais estabelecem algum tipo de proteção ao patrimônio cultural (no qual estão inseridos os conhecimentos tradicionais) dos povos indígenas, em seus vários aspectos, embora sejam de natureza diversa e estejam situados em diferentes níveis:

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO);
- A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)
- A Convenção da Diversidade Biológica (CDB);
- A Organização Mundial da - Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO);
- A Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO);
- A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD);
- O Alto Comissariado sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHCHR) e a Organização Mundial de Comércio (OMC ou WTO).

O presente trabalho pretende realizar uma análise sistemática da CDB, em face de outros diplomas internacionais, que lhe sejam conexos, bem como de suas implicações para o futuro das relações entre os Estados e os povos indígenas no que se refere à temática ambiental e à proteção de seu patrimônio cultural.

O texto começará pelo estudo, no primeiro capítulo, do processo evolutivo nacional em relação às leis voltadas à regulamentação das relações entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, como forma de partir de um contexto específico e dos paradigmas existentes no Brasil, em relação aos direitos dos povos indígenas para examinar como a violência pode se manifestar de diferentes formas na interação entre aqueles que se julgam “civilizados” e aqueles que são julgados como “bárbaros”.

O segundo capítulo evoluirá para a abordagem dos direitos dos povos indígenas no cenário internacional, mormente no sistema internacional dos direitos humanos, culminando na criação da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Ao longo do trabalho atentar-se-á para as diversas formas pelas quais o texto jurídico e as discussões em torno da elaboração de novos sistemas normativos dissimulam formas de reprodução de poderes estabelecidos, sob uma aparência de universalidade baseada em processos deliberativos, supostamente, construídos mediante consenso. Esse consenso mascara, todavia, formas sutis de violência e a imposição do silêncio dos diferentes pela exclusão, indiretamente perpetrada contra os povos indígenas pela CDB.

Boaventura de Sousa Santos refere-se ao silêncio produzido pela destruição das formas de saber, próprias dos povos que foram objeto do colonialismo ocidental, como resultado do domínio global da ciência moderna como conhecimento-regulação:

Tal destruição produziu silêncios que tornaram impronunciáveis as necessidades e as aspirações dos povos ou grupos cujas formas de saber foram objeto de destruição [...] O silêncio é, pois, uma construção que se afirma como sintoma de um bloqueio, de uma potencialidade que não pôde ser desenvolvida. (SANTOS, 2000, p. 30).

O terceiro capítulo realizará uma abordagem que privilegia os processos interativos na construção do consenso entre a multiplicidade de atores que interagem em uma COP com destaque para a polarização entre países ricos em biotecnologia e países ricos em biodiversidade, que é sinônimo na CDB de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Para além dos governos, cumpre ressaltar a presença atuante dos organismos ambientais da sociedade civil e das organizações indígenas do mundo, representadas na CDB pelo Fórum Indígena Internacional sobre Biodiversidade (FIIB).

Neste contexto, propõe-se o exame dos confrontos, disputas e interesses dos atores e segmentos presentes nas discussões da CDB, em especial nas conferências das partes da convenção, enfatizando a mediação dos conflitos e a construção do consenso entre partes que se encontram em situação desigual no processo de negociação.

O quarto capítulo sistematizará a relação existente entre a CDB e outros diplomas internacionais, a partir dos seguintes questionamentos: É possível conciliar, na construção de um sistema *sui generis*² de proteção dos conhecimentos tradicionais, os conflitos existentes entre tratados internacionais, a exemplo do Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS), no âmbito da Organização Mundial do Comércio e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)? E quais os desafios e os interesses implicados na criação de um sistema específico de proteção aos conhecimentos tradicionais?

Dentre os problemas abordados no quarto capítulo podem-se destacar também: quais as formas possíveis de estabelecer uma efetiva proteção legal do conhecimento tradicional dos povos indígenas, norteada pelos princípios estabelecidos pela Convenção da Diversidade

² O sistema *sui generis* é entendido neste trabalho como um modelo diferente de proteção legal que leve em consideração as peculiaridades dos conhecimentos tradicionais.

Biológica: seria pela adequação do sistema de propriedade intelectual, utilizando os institutos e mecanismos já existentes? Quais são as discussões existentes em torno da proteção de conhecimentos coletivos, de tradição oral e de cunho holístico, no âmbito da propriedade intelectual e fora dela? E em que medida os povos indígenas, titulares desses saberes, têm atuado e influenciado nos diferentes fóruns que discutem a proteção do seu patrimônio cultural?

Ao final do trabalho retornar-se-á ao cenário nacional, para estudar o processo de regulamentação da CDB no ordenamento jurídico nacional, em face dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, dos conflitos legais existentes, bem como dos desafios intrínsecos à proteção da imensa diversidade social e biológica envolvida em tais discussões.

Serão analisados o nível de inserção dos povos indígenas brasileiros nessa discussão e o tratamento dispensado às reivindicações dos direitos coletivos desses povos relativos ao acesso e utilização dos conhecimentos tradicionais associados à conservação da diversidade, como elementos intrínsecos ao patrimônio cultural dessas sociedades que será diretamente afetado por uma legislação nacional específica de proteção a conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Por fim, será demonstrada a inadequação do arcabouço legal existente para oferecer soluções a minorias étnica, social e culturalmente diferentes, cujo patrimônio intelectual e cultural tem sido utilizado indevidamente e expropriado em nome de interesses econômicos e científicos, sem que a elaboração de novas leis, tenha como parâmetros, para a superação dos desafios jurídicos emergentes, o multiculturalismo e o pluralismo jurídico, concretizados pelo surgimento de novos protagonistas sociais, personificados pelos “detentores dos conhecimentos tradicionais”, nos cenários nacionais e globais da lei.

É objetivo deste trabalho proceder a um estudo das conferências desenvolvidas pela Convenção sobre Diversidade Biológica e suas repercussões no âmbito do direito internacional, demonstrando sua importância como fonte de mudanças na ordem jurídica global sobre direitos intelectuais, por meio das recomendações resultantes desses fóruns privilegiados de discussão.

A metodologia será baseada principalmente na pesquisa bibliográfica de obras, artigos em periódicos, e publicações sobre eventos relacionados ao tema em estudo, além de trabalhos científicos. Será feita uma caracterização das diferentes propostas acerca da proteção do conhecimento tradicional, suas implicações para as comunidades indígenas e a percepção destas

acerca das propostas. Esse procedimento visa avaliar o grau de eficácia das medidas legais propostas em relação ao objetivo de proteção do conhecimento tradicional.

Deve-se ressaltar que uma parte deste trabalho resultará da observação participante em fóruns das Nações Unidas relacionados com o tema, tais como as conferências das partes da Convenção sobre Diversidade Biológica e seus grupos de trabalho sobre temas específicos, além de sessões do Fórum Permanente da ONU sobre Questões Indígenas, será abordado o posicionamento dos povos indígenas sobre o tema, coletado, inclusive, ao longo dos eventos que integram a agenda de reuniões das conferências das partes da CDB.

Neste sentido, Ceres VICTORA, (2000) salienta que os procedimentos de observação têm como pressupostos a existência de elementos que não podem ser apreendidos por meio da fala e da escrita: o ambiente, os comportamentos a linguagem não-verbal é fundamental para subsidiar a interpretação das informações dos dados, posteriormente. No mesmo sentido Becker ressalta que o pesquisador ao coletar dados na vida cotidiana do grupo, procura por meio da conversação e da observação dessas situações descobrir as interpretações que eles têm sobre o assunto em questão.

A opinião dos povos indígenas permeará todo trabalho como resultado, não apenas da observação participante nos fóruns de discussão ligados a essa temática, enquanto categoria metodológica, mas do lugar de onde falo e a partir dos valores que estão intrínsecos na jurista, na mulher, na mãe, na profissional e, sobretudo, na Kaingáng que sou.

Esse trabalho é fruto de uma preocupação dos povos indígenas com a própria sobrevivência física e cultural e, como tal, terá a influência da sabedoria não escrita de muitos pajés, xamãs, tuxauas, kujäs e todas as expressões empregadas para designar em suas línguas maternas, os verdadeiros mestres do conhecimento tradicional: sábios como Davi Kopenawa, pajé do povo Yanomâmi, que têm se esforçado para alertar a sociedade global dos perigos envolvidos na manutenção da política de desrespeito à diversidade em nome do lucro a qualquer preço, política à qual não tem se furtado a CDB:

Queremos que a floresta permaneça silenciosa, que o céu continue claro, que a escuridão da noite caia realmente e que se possam ver as estrelas. As terras dos brancos estão contaminadas, estão cobertas de uma fumaça-epidemia *xawara* que se estendeu alto no peito do céu. Essa fumaça se dirige para nós, mas ainda não chega lá, pois o espírito celeste *Hutukari* a repele ainda, sem descanso. Acima de nossa floresta o céu ainda é claro, pois não faz muito tempo que os brancos se aproximaram de nós. Mas bem mais tarde, quando eu estiver morto,

talvez essa fumaça aumente a ponto de estender a escuridão sobre a terra e de apagar o sol. Os brancos nunca pensam nessas coisas que os xamãs conhecem, é por isso que eles não têm medo. Seu pensamento está cheio de esquecimento. Eles continuam a fixá-lo sem descanso em suas mercadorias, como se fossem suas namoradas”. (Davi YANOMÂMI, Serra Demini. Roraima).

CAPÍTULO I.

OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL: Evolução Histórica da Legislação Indigenista no Brasil.

Introdução.

Neste capítulo será apresentado um breve histórico do tratamento legislativo dispensado aos povos indígenas no Brasil, tendo em vista a contextualização do problema a ser analisado nesse trabalho, examinando os três paradigmas adotados pelo legislador nacional ao abordar a temática indígena em diferentes momentos históricos: o paradigma do extermínio, o paradigma da assimilação ou integração e o paradigma da interação.

Deve-se esclarecer que cada um desses paradigmas co-existiram na legislação indigenista brasileira, ao longo da História, entretanto será enfatizada a predominância de cada paradigma no ordenamento jurídico pátrio, nos diferentes períodos históricos. A preponderância de cada um dos paradigmas na relação do Governo e da sociedade brasileiras com os povos indígenas e seus territórios, em cada época, será referenciada nos instrumentos normativos que integraram, historicamente, a legislação indigenista brasileira, de modo que será estabelecida uma divisão cronológica entre a predomínio de um paradigma e outro.

Para fins conceituais o termo “legislação indigenista”, neste trabalho, será utilizado para designar todo o arcabouço legal estabelecido pelo legislador nacional não-indígena às diferentes nações indígenas brasileiras, pois convém ressaltar a diferença existente com relação ao emprego da expressão “legislação indígena” que denota os regimes jurídicos próprios de cada povo indígena, cujos processos de elaboração e aplicação são inerentes à organização social desses Povos e integram seu universo cultural, ao contrário da legislação indigenista, elaborada por pessoas estranhas às culturas indígenas e cuja eficácia foi eivada por sua inaplicabilidade ou por seus resultados nefastos aos povos indígenas. (KAINGÁNG, 2004).

A presente dissertação adotará como expressões sinônimas os termos povos, nações e etnias indígenas. Carlos Lopes conceitua etnia como “uma entidade caracterizada por uma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando um dado território, tendo uma mesma religião e, sobretudo, a consciência de pertencer a essa comunidade”. Etimologicamente etnia vem do grego *ethnos*: povo, nação, e há definições que a estabelecem como o grupo de indivíduos, pertencentes a uma mesma cultura (entendida como língua e costumes) e que se reconhecem como tal. (LOPES *apud* ALENCAR & BENATTI, 1993, p. 212).

Inicialmente será examinado o período marcado pelo extermínio em massa de povos indígenas brasileiros, compreendido entre a chegada dos colonizadores europeus ao Brasil, em 1500, cujo declínio tem início em 1831, com a decretação do fim das guerras contra os índios de São Paulo e Minas Gerais e a libertação dos indígenas feitos prisioneiros e escravos em virtude de tais guerras, e que tem seu termo final em 1910, data da criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

Idealizado pelo Marechal Rondon, o SPI marca o predomínio do segundo paradigma na relação entre o Estado Brasileiro e as sociedades indígenas: o assimilacionismo ou integracionismo, que norteou a política indigenista nacional até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

Por fim, a consagração de princípios como o multiculturalismo e o pluralismo jurídico pela Constituição Federal de 1988 inaugura a era de interação entre os povos indígenas e a Sociedade Brasileira, agora norteada pelo reconhecimento dos indígenas como cidadãos brasileiros, em conformidade com o princípio da igualdade, mas sem prejuízo do reconhecimento à diversidade cultural dos povos autóctones estabelecido pela Carta Magna.

A análise da evolução histórica da legislação indigenista no Brasil demonstra que o tratamento equânime às minorias étnicas não prejudica a garantia de respeito às suas especificidades, de modo que será realizada, ao final do capítulo, uma reflexão acerca do reconhecimento e proteção dos direitos das minorias à diversidade étnica, lingüística, religiosa e cultural e os avanços conquistados com a adoção de novos paradigmas na política indigenista nacional, como resultado da atuação dos povos indígenas, na qualidade de novos atores sociais.

1. O Paradigma Exterminacionista.

Para o legislador do Brasil Colônia havia dúvidas sobre a natureza jurídica dos povos indígenas: seriam seres humanos, dotados de alma? Ou seriam bestas feras e, nesse caso o tratamento dispensado aos primitivos habitantes da *Terra Brasilis* deveria ser o mesmo dos animais e das coisas? Após longas disputas nas cortes clericais, a vitória de Bartolomé de Las Casas (1484-1566)³ resultou no reconhecimento, via decretação de Bula Papal, de que os habitantes do Novo Mundo eram dotados de alma e, portanto eram seres humanos. (KAINGÁNG, 2004, p. 8).

Essa Bula, decretada pelo Papa Paulo III em 1537, “foi inicialmente dirigida aos conquistadores espanhóis no México. Mais tarde suas recomendações seriam reproduzidas no Breve de 22 de Abril de 1639 pelo Papa Urbano VII confirmando para os portugueses a disposição de se resguardar a liberdade dos índios”. (MATOS, 2003, p.24).

Todavia os direitos reconhecidos aos povos indígenas à sua liberdade e aos seus territórios pela Coroa Portuguesa não surtiram efeitos práticos:

Não sou eu quem o digo; reflectem aqui as palavras que transcrevo da própria legislação; ‘Tão perniciosos efeitos consistiam e ainda consistem, escrevia D. Jozé I na sua lei de 6 de junho de 1755, em se não haverem sustentando efficazmente os índios na sua liberdade, ... Contra os abusos ignominiosos de que resulta grande interesse à massa geral dos indivíduos não são as leis coercivas mais do que solennes protestos à face da humanidade ou um appello à posteridade, para salvar os representantes das nações da ignomínia que pesa sobre as provas; *é por isso que tais leis se multiplicam de espaço em espaço como novos protestos, que vão morrer nas mudas praias da indiferença.* (NORBERTO SILVA, *apud* TOURINHO NETO, 1993, p. 11)

³ Bartolomé de Las Casas recebeu terras e índios como recompensa por guerrear contra os índios Taino, na Ilha Espanhola. Somente em 1514 se redime e toma a decisão de renunciar a todas as suas posses e dedicar sua vida à defesa dos índios.

BARTOLOMEU percebeu cedo que era inútil defender os índios na América e parte para a Espanha em 1515 para denunciar ao rei Fernando toda a exploração indígena e divergência de opinião entre os religiosos defensores dos índios e os colonos e funcionários favoráveis à sua escravidão.

Continuou lutando até a sua morte em 1566. Durante todo esse período esteve sempre entre a Espanha e a América, divulgando e defendendo suas idéias, ora ao Conselho das Índias, ora ao rei, ora em disputas com rivais teóricos. Escreveu várias obras, entre elas: **O único modo de atrair a todos os povos à verdadeira religião, História das Índias, Brevíssima relação da destruição da Índias, Tratados, Trinta proposições muito jurídicas e Cartas ao Conselho das Índias.** Influenciou na elaboração de leis de proteção aos índios como as Leis Novas, por exemplo. E ‘transformou-se em um quase consultor obrigatório de muitos governantes e missionários’. (Thaís Luzia COLAÇO *in* SANTOS FILHO, 2006, p. 69).

Semelhante a outros documentos históricos, a célebre Carta de Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal por ocasião da “descoberta” de novas terras ao sul da linha do Equador traduzia a visão europeia após o primeiro contato: os novos súditos de Portugal eram “silvícolas” que não possuíam escrita⁴ e, por serem destituídos, na opinião do colonizador, de fé, lei, e rei, careciam de uma nova religião para a salvação de suas almas e de formas “civilizadas” de organização social, concretizadas por intermédio da submissão à soberania de Portugal, com a finalidade de redimi-los de seus hábitos pagãos e, assim, render novas almas ao Criador, o que foi feito, ao longo de quatro séculos, em nome da cruz e à força da espada.

A análise da utilização do termo “silvícolas” na legislação indigenista, ao longo da História, em referência aos Povos Indígenas do Brasil, aponta para o desconhecimento do legislador pátrio acerca dos ecossistemas nos quais habitava e habita a sociodiversidade indígena: não se pode denominar como “habitantes da selva” os Povos Xavante e Krahô, do Cerrado Brasileiro, ou os Pankararu do Sertão Nordestino, ou ainda os Guarani dos Pampas Meridionais. Por outro lado, os povos indígenas que habitam na selva tropical úmida, situada na região Amazônica, não se auto-identificam como silvícolas, provavelmente, em decorrência das conotações negativas que impregnam a expressão.

Acrescente-se que o emprego da palavra “silvícolas” massifica uma rica diversidade social, constituída por 230 povos, que falam 180 línguas diferentes⁵, com costumes, crenças, tradições, organizações sociais e sistemas jurídicos próprios e diversos entre si, cujas

⁴ A autora explica *In O Conhecimento Tradicional e os Povos Indígenas*, 2004, p. 8 que “As Sociedades Indígenas brasileiras, originariamente, não possuíam escrita (atualmente algumas línguas foram grafadas, de modo geral, por lingüistas estrangeiros), embora não sejam ágrafas como se tem afirmado, inadvertidamente, pois apresentam uma ampla diversidade de grafismos com significados compreendidos pelos membros de cada Povo.”

⁵ Os órgãos oficiais e organizações da sociedade civil - organizações indígenas e organizações indigenistas - que trabalham com a questão indígena possuem divergências com relação ao número de povos indígenas no Brasil, que oscila entre 215 e 241, de acordo com as informações disponíveis nas páginas da FUNAI, Instituto Socioambiental (ISA) e Conselho Indigenista Missionário (CIMI), na *internet*.

FUNAI. “Hoje, no Brasil, vivem cerca de 345 mil índios, distribuídos entre 215 sociedades indígenas, que perfazem cerca de 0,2% da população brasileira”, Página na internet www.funai.gov.br Acesso em setembro de 2005.

ISA. Hoje, são cerca de 220 povos [...], que falam mais de 180 línguas diferentes e totalizam aproximadamente 370 mil indivíduos [...]. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de Terras Indígenas, de norte a sul do território nacional [...]Página na internet www.socioambiental.org.br Acesso em 26.04.2006.

CIMI. “Atualmente tem-se conhecimento da existência de povos indígenas, com suas respectivas terras tradicionais, demarcadas ou não, vivendo em 24 unidades da federação de um total de 27. N° de línguas: 180. N° de Povos Indígenas: 241. N° de Terras Indígenas 850”. A população indígena do Brasil totaliza, segundo censo do IBGE de 2000, 734.131 pessoas. Disponível em www.cimi.org.br Acesso em 25.04.2006

especificidades são violadas pelo emprego de expressões que ignoram essa sociodiversidade: tais como “silvícolas” em um passado recente e “índios” ou “indígenas” ao designar povos indígenas nos dias atuais. (KAINGÁNG, 2004).

Superada a definição sobre a natureza jurídica dos povos indígenas, mediante declaração formal, por parte da Igreja Católica, de que se tratava de criaturas humanas passou-se a enquadrar as culturas indígenas nativas do Brasil na condição de “bárbaras” e, por consequência excluí-las da categoria de “civilizadas” em que se julgava estar inserida a sociedade européia da época. Dessa forma, restavam ideologicamente justificadas as limpezas étnicas promovidas no Brasil, ao longo do período exterminacionista.

Na definição de Francis Wolff, no âmbito das discussões contemporâneas sobre o que é ser bárbaro e o que seria uma cultura civilizada: “Seria bárbara toda cultura que não disponha, em seu próprio interior, de possibilidades que lhe permitam admitir, assimilar ou reconhecer uma outra”. Tal conceito leva a uma reflexão sobre a barbárie européia que vitimou os povos indígenas do Brasil e que legou uma herança de intolerância que estigmatiza as minorias indígenas e maiorias afro-descendentes, até os dias atuais. (WOLFF *apud* NOVAES, 2004, p. 10)

De acordo com dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)⁶ e de organizações da sociedade civil que atuam junto aos povos indígenas⁷ inexistem números precisos acerca da população indígena existente à época da colonização, as estimativas variam entre um e dez milhões de nativos, que falavam cerca de mil e trezentas línguas diferentes e integravam centenas de povos ou sociedades Indígenas. Se comparados esses números com os dados demográficos relativos a povos indígenas na atualidade⁸, pode-se estabelecer a dimensão do holocausto indígena que condenou ao genocídio⁹ dezenas de milhares de pessoas e centenas de Etnias, caracterizando na História, o que se convencionou denominar, neste trabalho, o período exterminacionista.

⁶ Fundação Nacional do Índio. Página na internet www.funai.gov.br Acesso em setembro de 2005.

⁷ Instituto Socioambiental. Estima-se que, na época da chegada dos europeus, fossem mais de 1.000 povos, somando entre 2 e 4 milhões de pessoas. Página na internet www.socioambiental.org.br Acesso em 26.04.2006.

⁸ FUNAI. Página na internet: www.funai.gov.br Acesso em setembro de 2005.

⁹ Genocídio: “crime especial, consistente em destruir intencionalmente grupos humanos, raciais, religiosos ou nacionais, e, como o homicídio singular, pode ser cometido tanto em tempo de paz como em tempo de guerra... em território ocupado pelo inimigo e em tempo de guerra, será crime de guerra, e se na mesma ocasião se comete contra os próprios súditos, crimes contra a Humanidade...” Lemkin *apud* FRAGOSO, 1973, p.29

O paradigma exterminacionista marca, portanto, um longo período histórico no qual predominaram a violência física, concretizada em práticas genocidas, legalmente autorizadas pelo Governo, como se verá adiante. O genocídio pode ser conceituado como forma de eliminação de coletividades de pessoas e caracteriza-se pela destruição física ou mental de grupos étnicos, consoante o artigo 3º da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada em Paris em 1948¹⁰.

Em "Dicionário de Política", Mario STOPPINO (1996, p. 1291) define violência da seguinte forma: "por violência entende-se a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo (ou também contra si mesmo). [...] Além disso, a intervenção física, na qual a violência consiste, tem por finalidade destruir, ofender e coagir".

Este tipo de definição constitui-se na noção básica de violência e restringe sua compreensão aos casos em que está presente a força física, a intencionalidade do autor (propósito de causar lesão ou sofrimento) e a oposição da vítima. A consideração da violência nesse sentido foi incorporada tanto à ética judaico-cristã, como na jurisprudência romana; a maior parte das reflexões sobre a violência revelam uma inclinação por considerá-la nesse único sentido. (FIGUEIREDO, 1996, p. 11-12).

Embora tenham sido empregados outros meios de violência, ao longo do período de extermínio que vitimou os povos indígenas do Brasil, essa fase foi marcada pela brutalidade física contra as sociedades autóctones, pelo assassinato de coletividades inteiras, com o propósito de promover uma "limpeza étnica" que abrisse os caminhos para o progresso e para o desenvolvimento de uma nação dita "civilizada".

Wilson Matos da SILVA, ensina que "a história da política Indigenista no Brasil colonial se confunde com a história da Igreja nesse período, sobretudo no que se refere à Companhia de Jesus e às formações de aldeamentos indígenas". A chegada dos primeiros missionários jesuítas ao Brasil, entre os quais o provincial da Companhia de Jesus, Pe. Manoel da

¹⁰ "Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo."

Nóbrega, SJ (1517-1579), coincidiu com a chegada do primeiro Governador-Geral, Tomé de Souza, em 1549. (SILVA, 2003, p. 24).

Na concepção da igreja católica, expressa pelo Pe. Manoel da Nóbrega, SJ o indígena era um ser desprovido de cultura, crença e educação: “um papel em branco” no qual tudo se poderia escrever. A política indigenista da Igreja possuía como propósito a conversão dos indígenas à fé católica por meio da catequese e da instrução e sua atuação promoveu o extermínio das nações indígenas de forma diversa do massacre físico que caracteriza o genocídio.

A catequese e a educação ministradas aos povos indígenas significaram, na verdade, o emprego de outro tipo de violência contra esses povos, configurada pela imposição de valores sociais, morais e religiosos, acarretando a desintegração e conseqüente destruição de incontáveis sociedades indígenas, o que caracteriza o etnocídio¹¹, um processo diverso do genocídio, porém com resultados igualmente nefastos para os povos dominados.

Desde a chegada dos colonizadores europeus ao Brasil, em 1500, até os dias atuais, os conflitos fundiários estão entre os principais fatores de extermínio da população indígena no Brasil. A Carta Régia de 2 de dezembro de 1808 estabelecia a previsão legal de que seriam transformadas em terras devolutas as terras ocupadas por povos indígenas que fossem expropriadas por meio de guerras justas (CUNHA, 1987). Essas guerras consistiam em formas de legitimação do processo de expulsão de seus territórios e escravização dos povos indígenas remanescentes dos massacres genocidas denominados, por um eufemismo do legislador pátrio, como guerra justa. (Grifos da autora).

O direito originário dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais, que integra o conceito de indigenato¹², foi consagrado pelo Alvará Régio de 1º de abril de 1680 ao reconhecer que eram os indígenas os “primeiros ocupantes e donos naturais destas terras”. O Alvará Régio foi posteriormente ratificado por lei, em 06 de julho de 1755, “escrita no espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 de dezembro de 1741 – segundo a qual, nas *terras outorgadas a particulares*,

¹¹ “ETNOCÍDIO

... imposição forçada de um processo de aculturação a uma cultura por outra mais poderosa, quando esta conduz à destruição dos valores sociais e morais tradicionais da sociedade dominada, à sua desintegração e, depois, ao seu desaparecimento.” ALENCAR & BENATI, 1993 p. 214.

¹² O indigenato “não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, ao fato posterior, depende de requisitos que a legitimem”. (SILVA, 1983, P. 05)

seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas” (TOURINHO NETO, 1993, p. 09).

Entretanto, o Governo do Brasil Colônia e, posteriormente do Império incentivavam a política de extermínio dos povos indígenas, como atestam a lei de 10 de março de 1570, reiterada pelas Cartas Régias de 1808, autorizando a expropriação das terras indígenas pelos colonizadores, bem como a escravidão dos prisioneiros indígenas, mediante *guerras justas*. (Grifos da autora).

Joaquim Norberto de Souza SILVA, explica que consoante a lei de 10 de março de 1570, os índios poderiam ser escravizados “quando tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores, ou nas correrias matutinas em que assaltavam e roubavam as habitações, assassinando seus habitantes, ou quando matassem os inimigos para os comer”. (SILVA, *apud* TOURINHO NETO, 1993, p. 12)

A historiografia oficial tentava justificar o extermínio em larga escala de velhos, mulheres e crianças indígenas sob o argumento de que eram preguiçosos e indolentes e não gostavam de trabalhar, omitindo que a imposição desses trabalhos representava uma violação à organização social e à soberania dos povos indígenas¹³.

Assim, pode ser situada na era colonial a criação de justificativas ideológicas para a opressão do colonizador europeu, que consistiam em deturpar, de forma pejorativa, a imagem dos povos indígenas e em reproduzir esses pré-conceitos no seio da sociedade brasileira, caracterizando um processo de inferiorização, marginalização e exclusão social das minorias étnicas que estigmatiza, até os dias atuais, as sociedades indígenas do Brasil.

Em síntese, no período exterminacionista, centenas de povos indígenas e milhares de pessoas sucumbiram ao emprego da violência física e cultural: ao genocídio concretizado pela escravidão, pelas doenças estranhas, pela ganância homicida dos apresadores de índios, (bandeirantes e bugreiros) aliado ao etnocídio promovido pela Igreja, por meio da catequese, em sua política de proibição, demonização e inferiorização das culturas indígenas.

O somatório das ações da Igreja à política indigenista do Governo Colonial e, posteriormente, do Governo Imperial, varreu da face da Terra, a quase totalidade dos habitantes do chamado *Novo Mundo*, sob o entendimento de que a política de extermínio consistia no

¹³ As atividades de plantio e colheita, na agricultura, por exemplo, é um trabalho majoritariamente feminino, para a maior parte dos Povos Indígenas do Brasil.

combate à barbárie dos infiéis e constituía-se em premissa para o desenvolvimento da “civilização” que viria a ser a nação brasileira.

2. O Paradigma Integracionista.

Lei 27/10/1831

Art. 1º fica revogada a carta Régia de 5 de novembro de 1808, na parte que mandou declarar guerra aos índios bugres da província de São Paulo, e determinou que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 anos os milicianos ou moradores que os prendessem.

Art. 2º Ficam também revogadas as cartas Régias de 13 de Maio e de 2 de Dezembro de 1808, na parte que autorizam na província de Minas Gerais a mesma guerra e servidão dos índios prisioneiros.

Art. 3º os índios todos até aqui em servidão serão dela exonerados.

Art. 4º serão considerados como órfãos e entregue aos respectivos Juizes para lhes applicarem as providências da ordenação.¹⁴

A decretação da Lei de 27 de outubro de 1831 marca o início do processo de superação do paradigma exterminacionista, por meio da revogação das Cartas Régias de 1808 que autorizavam a guerra contra os povos indígenas dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais e a escravidão dos indígenas que fossem aprisionados em decorrência de tais guerras, e dá início a uma nova concepção que viria a substituir o exterminacionismo na política governamental brasileira voltada para os povos indígenas: o integracionismo.

Segundo o paradigma da integração “há estágios de evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão necessária e inexoravelmente, estágios a partir dos quais é possível diferenciá-los numa escala hierárquica de mais ou menos inferioridade” (BARRETO, 2003, p.64).

Mércio Pereira GOMES, (1991) ensina que, por ocasião da Independência do Brasil renovou-se a idéia de que apenas pela religião os Índios alcançariam a civilização, concepção personificada na proposta de José Bonifácio sobre a catequese e a civilização dos índios enviada à Constituinte de 1823. Com a regência iniciava-se a promulgação das primeiras leis indigenistas de caráter nacional:

¹⁴ Rio de Janeiro, Legislação Brasileira. Vol. VII p. 516 (atualizado ortograficamente)

Lei de 27 de Outubro de 1831:

Revoga as Cartas Régias de 1.808. Reinstituí o Estatuto de órfãos para os Índios e os Juizes de paz ficam sendo seus Tutores. Todos os Índios até então em servidão são desonerados.

Lei de 12 de Agosto de 1.834, (ato adicional).

Determina que as Assembléias Legislativas Provinciais e os seus Governos cuidarão da civilização e catequese dos Índios.

Decreto Nº 426 de 24 de Julho de 1.845, cria as diretorias gerais dos Índios em cada província, que por sua vez, ficam encarregadas de criar as diretorias parciais para cada aldeia ou conjunto de aldeias. A nomeação do diretor fica a cargo do Imperador.

Dispõe sobre o regulamento, favorece a catequese, proíbe a servidão dos Índios, os maus tratos. Obriga os índios ao serviço Público mediante salário e ao serviço militar, mas sem coação, e prisão correcional de até seis dias. (SILVA, 2003, p. 25).

O paradigma de assimilação caracterizava-se pela concepção de que os povos indígenas, suas culturas, suas formas de organização social, suas crenças, seus modos de educar e de viver eram inferiores aos dos colonizadores europeus estando fadados ao desaparecimento e sujeitava os indígenas libertos do cativo, na qualidade de indivíduos considerados incapazes, à tutela orfanológica, prevista na lei de 27 de outubro de 1831, como forma de protegê-los, prover seu sustento, ensinar-lhes um ofício e, assim, “integrar” os indígenas retirados do convívio de suas culturas tradicionais à sociedade nacional. (SOUZA FILHO, 1993).

Nesse sentido, a doutrina de Marés de Souza Filho, ensina que a tutela orfanológica, estabelecida pela referida lei, deveria limitar-se somente aos indígenas que estavam em cativo e servidão, em razão das guerras autorizadas pelas Cartas Régias de 1808, em respeito aos quais cabia ao Estado oferecer proteção e regalia, não se aplicando aos índios aldeados nem, tampouco, aos não contatados. (SOUZA FILHO, 1993).

Por outro lado, explica o professor Marés, a proteção dos bens dos índios, pelos juizes de órfãos, determinada pelas leis de 1833 e 1842, estende-se a todos os índios e trata-se de uma tutela de natureza pública, pois a tutela, como instituto de direito privado, entendida como proteção substitutiva do pátrio poder e meio jurídico de suprir uma incapacidade individual, apresenta-se inadequada e nefasta aos povos indígenas, e à sua qualidade de cidadãos etnicamente diferenciados.

“É conhecido o fato de que o projeto primitivo do Código Civil de autoria de Clóvis Bevilacqua, não incluía os índios entre os relativamente incapazes, foi o Senado, por emenda de

Muniz Freire que fez o acréscimo. Clóvis diz que era contrário, incluso porque entendia que esta disposição deveria estar contida em legislação especial” (SOUZA FILHO, 1993, p. 302).

Para o autor do Código Civil de 1916, a melhor solução seria destinar aos índios “preceitos especiais porque especial é a relação destes ‘indivíduos estranhos ao grêmio da civilização’”. (BEVILAQUA *apud* SOUZA FILHO, 1993, p.303).

Assim, o Código Civil de 1916 (Lei 3071 de 1916) estabelecia, em seu artigo 6º, III, a incapacidade relativa dos *silvícolas* a certos atos da vida civil Posteriormente a Lei 4.121 de 1962 acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País”. (Destaques acrescentados).

A doutrina tem entendido que o regime tutelar a que se referia o Código Civil de 1916 não seria a tutela orfanológica, mas um novo conceito de tutela, de natureza pública, a ser criado pelo legislador indigenista.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho corrobora a posição de Clóvis Bevilaqua ao afirmar:

[...] é extremamente frágil a solução jurídica, no direito moderno, de oferecer aos índios uma tutela orfanológica, porque a tutela, desde Roma, passando pelas Ordenações do Reino e chegando ao Código Civil brasileiro, é instrumento de proteção individual, incabível para uma coletividade e, muito menos, para várias coletividades cultural e etnicamente diferenciadas. Os índios necessitam uma proteção que os garanta não só enquanto indivíduos, mas enquanto povos, na relação não só com outros cidadãos, mas com o próprio Estado. (SOUZA FILHO, 1993, p. 302).

Nesse contexto, nasce o Serviço de Proteção ao Índio, (SPI), premido pela necessidade de outorgar proteção aos remanescentes dos povos indígenas brasileiros, e mergulhado na incerteza sobre a natureza e a forma sob a qual tal proteção deveria ser exercida pelo Estado Brasileiro.

2.1 O Serviço de Proteção ao Índio.

Diversos fatores determinaram a criação, no início do século passado, de um órgão federal, cuja incumbência institucional seria a implementação de uma política oficial para os povos indígenas. Entre as causas mais imediatas, destacam-se a ampla divulgação na mídia

denunciando genocídios contra essas minorias, chacinas promovidas pelos povos indígenas, em repúdio à invasão de seus territórios, gerando apelos para que o Governo adotasse providências, além da atuação do Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, ao revelar uma imagem mais realista e menos romântica dos povos indígenas e seu quadro social de perseguição e penúria e da reação da opinião pública contra as proposições sustentadas por Von Ihering, nas quais o cientista e Diretor do Museu Paulista propugnava e justificava o extermínio dos povos indígenas do Brasil. Todos esses fatores produziram uma mobilização por parte da sociedade nacional e internacional exigindo uma posição do Estado Brasileiro para a proteção das minorias indígenas do país. (LOMBARDI).

Em sua tese, tendo por premissa uma sumária análise da situação dos índios do Brasil meridional e suas relações com os imigrantes, Von Ihering concluiu que não se podia esperar deles qualquer contribuição para a civilização e, constituindo-se num empecilho para a colonização das regiões em que habitavam, nada mais poderia ser feito a não ser exterminá-los. Tal proposição causou a mais profunda revolta, provocando muitas contestações, que acabaram por contribuir na tomada de posição face ao problema indígena e na divulgação dos trabalhos de Rondon e sua equipe, especialmente quanto ao método persuasório desenvolvido para se entrar em contato com grupos hostis. (LOMBARDI, p. 7)

Cria-se mediante o Decreto 8.072 de 1910, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI), ligado ao então Ministério da Agricultura, que teve no Marechal Rondon, seu mentor e maior expoente, ao cunhar seu célebre lema: “Morrer se preciso for, matar nunca” (LOMBARDI, p. 8) declarou a incompatibilidade entre a nova concepção, que passou a nortear a relação do Estado para com os povos indígenas, e a antiga política de extermínio praticada contra essas populações.

O método persuasório de aproximação, propugnado por Rondon, determinou, por sua eficácia, a superação das antigas teses exterminacionistas que pregavam a incapacidade dos povos indígenas para a “civilização” e a inevitável utilização de meios de coerção e formas de dizimação de povos arredios e hostis em nome do progresso nacional. Rondon concluiu ser o mais adequado proceder à garantia das terras indígenas para que as sociedades indígenas pudessem viver em paz. (LOMBARDI).

Rondon “... militar de carreira que trabalhara na expansão das linhas telegráficas nos Estados de Mato Grosso e Amazonas”, (Wilson Matos da Silva, 2003, p. 17) condicionou a aceitação do convite para organizar e dirigir o SPI à aprovação dos princípios positivistas sobre a

matéria e das diretrizes fundadas nos princípios elaborados, em 1822, por José Bonifácio de Andrada e Silva:

- 1) Justiça no que se refere às terras indígenas e dos quais são vítimas de esbulho;
- 2) Brandura, constância e sofrimento por parte dos brancos; abrir comércio com os índios, mesmo que seja com perda;
- 4) procurar a paz com os índios inimigos, através de dádivas e admoestações;
- 5) favorecer os matrimônios entre índios e brancos e mulatos. (LOMBARDI, p. 8)

A despeito dos problemas que se verificaram no SPI, ao longo de sua existência, sua criação significou um marco na política indigenista brasileira, pois inaugurou uma política governamental sobre o tema, institucionalizada, abrangente e com força de lei. Entre as diretrizes que nortearam a atuação do SPI destacam-se o respeito aos povos indígenas, aos seus direitos de identidade e diversidade cultural que, acreditava-se, poderiam com o passar do tempo, ser mudadas para inseri-los na comunhão nacional.

Essa perspectiva assimilacionista baseava-se em uma concepção evolucionista que se traduzia em “criar uma expectativa de desenvolvimento natural e progressivo do índio, tendo por base sua própria tradição sócio-cultural e econômica”. (LOMBARDI, p. 10).

Na opinião dos dirigentes do SPI, a instituição possibilitou a reinserção política dos povos indígenas na comunhão nacional e significou o reavivamento de uma questão histórica relegada há séculos, bem como a restauração de parcela significativa dos direitos e da liberdade dos povos indígenas, por intermédio de processos políticos específicos, fundados em métodos sociológicos, desenvolvidos no Brasil pelos missionários católicos e utilizados pelo SPI, segundo os postulados republicanos. (SERPA, s.d.).

A atuação pioneira do SPI inspirou a adoção de princípios análogos, em diversos países, que influenciaram a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, em sua 39ª Conferência, estabelecendo as linhas mestras para as novas relações com os povos indígenas, em âmbito internacional. (LOMBARDI).

A criação do Decreto 5.484 de 1928 determina, em seu artigo 1º, o fim da tutela orfanológica, todavia, a validade da norma ficaria condicionada à elaboração de novo regime tutelar, situando as relações dos povos indígenas com o Estado e a sociedade brasileiras na esfera pública e não mais na esfera privada, de modo a criar as condições necessárias ao atendimento das demandas dos povos indígenas. Decorre do decreto 5.484 de 1928 o reconhecimento da

natureza jurídica pública das terras indígenas, e sua destinação à posse permanente e exclusiva dos povos indígenas. (SOUZA FILHO, 1993, p. 305).

A partir de 1928, com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da concepção de que as relações entre povos indígenas e a sociedade organizada sob a égide do Estado brasileiro passariam a ser de natureza pública e não privadas, a legislação indigenista poderia ter avançado criando uma nova figura jurídica, de caráter público, passando a tratar da capacidade e nulidade de atos realizados sem participação Estatal e superando a tutela. Contudo isso não ocorreu e a lei de 28 manteve a figura da tutela que permaneceu em exercício pelo Estado, por meio do SPI. (SOUZA FILHO, 1993).

O processo de decadência do SPI resultou da inexistência de três fatores que possibilitariam a implementação da Política Indigenista idealizada por Rondon: recursos financeiros; recursos humanos qualificados para atuar junto à imensa sociodiversidade indígena do país; poder político e administrativo que possibilitasse ao órgão se impor junto aos poderes políticos e econômicos em nível local.

Por ocasião do início de suas atividades, o SPI contou com todas as condições necessárias à sua atuação. Entretanto, após a solução dos principais conflitos e pacificação dos grupos mais hostis a instituição perdeu visibilidade e sofreu toda sorte de restrições, que se traduziram desde a redução drástica do orçamento, que aliado ao desprestígio político, determinou um enfraquecimento nos cenários políticos locais e regionais, até a substituição dos quadros sociais por pessoas sem comprometimento com a ideologia do SPI, destituídas do preparo necessário para trabalhar com sociedades culturalmente diversas e, portanto, incapazes de dar continuidade ao trabalho iniciado pelo Marechal e sua equipe. (LOMBARDI).

Não obstante os avanços da legislação indigenista, seus objetivos não foram assimilados pelo SPI em sua atuação, marcada pelo despreparo e corrupção de seus recursos humanos e pelo exercício da tutela de forma restritiva e coercitiva aos povos indígenas, agravados pela malversação dos bens existentes em terras e aldeamentos indígenas, que deram causa ao enriquecimento ilícito dos prepostos do SPI e, finalmente, à sua substituição pela Fundação Nacional do Índio, na década de sessenta.

O SPI determinou a mudança no tratamento dispensado aos povos indígenas pelo Estado brasileiro, mas exerceu outras formas de violência contra essas sociedades, gerando conseqüências lesivas às suas culturas, além de reações por parte dos povos indígenas contra os

novos meios de opressão estatais, seja pela não aceitação das regras e valores impostos pelos prepostos do SPI, seja pelo emprego de violência física dos povos indígenas contra os funcionários do órgão indigenista.

Nesse sentido, Frantz FANON (1979), na obra "Os condenados da terra", faz referência à violência colonial, à violência do processo de exploração e opressão do colonizador sobre o colonizado e, em contraposição a ela, faz uma espécie de apologia de outro tipo de violência: a do colonizado com vistas a sua libertação. (apud FIGUEIREDO, 1996, p. 10).

2.2 A Fundação Nacional do Índio.

Entre as causas que determinaram a extinção do SPI e sua substituição pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) podem-se identificar, além dos problemas internos enfrentados pelo SPI, anteriormente mencionados, três fatores externos: as campanhas empreendidas pela imprensa, a insatisfação do Governo, mormente de um grupo de militares, em relação à atuação do SPI e a repercussão dos debates e do posicionamento de intelectuais, ideologicamente sensibilizados com o processo de exploração e pauperização a que foram submetidos os povos indígenas do Brasil. (LOMBARDI).

À FUNAI, instituída pela lei 5.371 de dezembro de 1967, no âmbito do extinto Ministério do Interior, e posteriormente transferida para o Ministério da Justiça, compete agora o estabelecimento de diretrizes e a garantia do cumprimento da política indigenista, bem como a gestão do patrimônio indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização.

Inicialmente, a FUNAI teve à sua disposição todas as condições necessárias a uma boa atuação: recursos orçamentários suficientes, renovação dos recursos humanos, eliminação dos funcionários corrompidos e criação de condições legais mais eficientes na proteção aos povos indígenas.

Contudo, permaneceu sob direção militar, tornou ainda mais centralizada sua estrutura burocrática, deixou de dar continuidade à qualificação de recursos humanos e permitiu a ocupação de cargos por pessoas descomprometidas e despreparadas para o trabalho indigenista, além de omitir-se a assegurar a posse e usufruto exclusivo dos territórios indígenas, cujo

programa de demarcação resultou lesivo aos povos indígenas, tolerando a ocupação ilegal dessas terras. (LOMBARDI).

O surgimento da FUNAI dá-se no auge da política integracionista, isto é, na concepção do novo órgão indigenista oficial o papel a ser desempenhado pelo Estado Brasileiro, junto aos povos indígenas, seria de representá-los, substituindo a vontade dos tutelados no exercício do papel de tutor orfanológico dos povos indígenas classificados pela legislação civil de 1916 como silvícolas, cuja capacidade era considerada relativa. (Grifos da Autora).

As linhas mestras de atuação da FUNAI mantêm-se semelhantes às do SPI e a criação de uma legislação específica, em 1973¹⁵, para estabelecer as bases da nova política indigenista nacional, durante o regime militar, conserva as mesmas contradições¹⁶ e marca o retrocesso da legislação indigenista ao reestabelecer a tutela orfanológica, mediante a determinação da aplicação dos princípios da tutela de direito comum, em relação aos povos indígenas, incabível e inadequada, sob todos os aspectos, como já se analisou anteriormente.

Coube, assim, ao Estatuto do Índio, a lei 6.001 de 1973, o triste papel de revogar o Decreto de 1928 e os avanços por ele representados. Na contramão das reivindicações do movimento indígena¹⁷ o Estatuto do Índio perpetua, por intermédio da atuação da FUNAI, os desmandos, os constrangimentos e o exercício da tutela, sob a forma de um desserviço à questão indígena.

Em síntese: o Estatuto do Índio significou um retrocesso na legislação indigenista brasileira ao ignorar e tratar como iguais a sociodiversidade indígena do país e ao reinstaurar a aplicação aos índios, no que couber, dos princípios da tutela de direito comum revogando a lei de 1928. (Grifos da Autora).

¹⁵ A lei 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio.

¹⁶ O artigo 1º do Estatuto do Índio declara como objetivo da lei a regulamentação da situação jurídica dos índios, com o propósito de *preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente à sociedade nacional*. (GRIFOS DA AUTORA).

¹⁷ Tem se observado, principalmente a partir da década de 80 no Brasil, a criação de pessoas jurídicas compostas por lideranças tradicionais e profissionais indígenas, sob a forma de organizações e associações indígenas, com o objetivo de lutar pela melhoria nas condições de vida dos Povos Indígenas, participar ativamente na criação de novas políticas públicas voltadas ao atendimento das demandas desses Povos e pela autogestão de suas terras e das riquezas nelas existentes.

Luciano Mariz Maia, 1993, p. 291, à época Procurador da República no Estado da Paraíba, conceitua Organização Indígena: “Traduz associações ou entidades constituídas por índios, sendo pessoas jurídicas de direito privado, com finalidade de promoção e defesa de seus direitos ou interesses, legitimadas para atuação judicial ou extrajudicial.” (Grifos da autora).

Deveria ter determinado a aplicação dos princípios do direito público; os privados são do direito de família e nefastos para os índios... O caminho, inclusive para evitar a corrupção dos funcionários encarregados, seria aprofundar o regime público e não voltar ao império privado. Assim, o Estatuto do Índio, no intuito de romper com um passado recente de corrupção, rearma a teia de opressão criada pelo Direito oitocentista. (SOUZA FILHO, 2003, p.306).

A criação do *Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio*, pela Portaria 1.086 de 1972 ao dispor sobre as finalidades da instituição indigenista, em seu artigo 2º, determinava a proteção das culturas dos povos indígenas e, simultânea e contraditoriamente, sua integração progressiva gerando para a FUNAI uma crise existencial em sua essência, à medida que o cumprimento de uma dessas finalidades caracterizaria o descumprimento da outra.

De forma análoga, o artigo 3º da Portaria estatua os objetivos da FUNAI em sua atuação, de forma clara, porém contraditória: não é possível promover a defesa das instituições tribais e culturais, inclusive das formas próprias de aprendizagem, se há determinação expressa de que a educação de base promova a integração. Assegura-se a posse e inalienabilidade das terras, todavia não são estabelecidos mecanismos para sua execução. Cria-se o poder de polícia, mas não as formas e instrumentos pelos quais será exercido. (LOMBARDI).

Atualmente, o Regimento Interno da instituição indigenista oficial, regulamentado pela Portaria 542 de 1993 do Ministério da Justiça, denota um esforço para adequar a FUNAI às novas diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 eliminando a perspectiva assimilacionista, todavia mantém o exercício da tutela como finalidade do órgão¹⁸, conservando a relação de verticalidade entre os povos indígenas e o Estado Brasileiro que a Constituição Cidadã se propôs a superar.

Na qualidade de tutor, incumbiu-se a FUNAI de prover as necessidades de seus tutelados, mediante a adoção de uma política paternalista e assistencialista que não se sustentou, em face da progressiva escassez de recursos por parte do Governo para sua manutenção, resultado da diminuição de repasses financeiros e do tratamento dispensado à política indigenista, como tema de menor importância, gerando a precariedade dos serviços de atenção à saúde dos povos indígenas, o índice alarmante de mortalidade infantil existente nas terras indígenas e a

¹⁸ Artigo 1º, I do Regimento Interno da FUNAI de 1993.

situação de risco social em que se encontram os povos indígenas no Brasil, na atualidade, denunciados internacionalmente às Nações Unidas em 2005¹⁹.

A partir de 1990 a prestação dos serviços de saúde e de educação foram retirados da FUNAI e passaram a situar-se no âmbito do Ministério da Saúde²⁰ e do Ministério da Educação²¹, respectivamente, de modo que restou ao órgão indigenista oficial, como principal atividade-fim, a questão fundiária para os povos indígenas.

Na qualidade de órgão da Administração Pública, a FUNAI vê-se obrigada a respeitar e fazer cumprir uma legislação infra-constitucional superada, personificada na Lei 6.001 de 1973, que prega a tutela e persiste em defender simultaneamente a assimilação e a preservação dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas²².

De modo contraditório, a legislação indigenista infraconstitucional objetiva a integração ou assimilação à comunhão nacional dos povos indígenas, sob a perspectiva de que essa suposta transição pudesse resultar em cidadãos brasileiros, destituídos de suas especificidades culturais e dos direitos delas decorrentes e que esse processo de erosão cultural ocorreria, inexplicavelmente, de forma harmoniosa e progressiva e permitiria, simultaneamente, a preservação dessas mesmas culturas fadadas à extinção, segundo a concepção assimilacionista. (Grifos da Autora).

Além da violência física, da violência colonial e da violência cultural, tanto o SPI, como a FUNAI incorporou a violência institucionalizada à sua atuação junto aos povos indígenas, de modo que a morte de crianças indígenas por desnutrição e de pessoas indígenas por falta de vacinação, por degradação e contaminação ambiental, a título de exemplos, já não poderia ser atribuída a indivíduos, dificultando a responsabilização pelos danos causados.

¹⁹ Por ocasião do IV Fórum Permanente das Nações Unidas Sobre Questões Indígenas, em maio de 2005, em Nova York, organizações indígenas brasileiras denunciaram a violação por parte do Governo Brasileiro dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, citando entre outros fatores o elevado índice de mortalidade infantil entre a população indígena brasileira, sem que fossem adotadas medidas adequadas de resolução do problema.

²⁰ A Lei 8.080 determina a criação de um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, no âmbito do SUS, retirando a atenção à Saúde dos Povos Indígenas do âmbito da FUNAI. Em 1999 a Lei 9.836 institui o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, regulamentado pelo Decreto 3.156 de 1999. Somente em 2002 o Ministério da Saúde aprova a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, por meio da Portaria 254.

²¹ O Decreto nº 26 de 1991, em seu artigo 1º atribui ao Ministério da Educação a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena em todos os níveis e modalidades. Disciplinam a Educação destinada a Povos Indígenas a Portaria Interministerial MJ e MEC 559 de 1991, as Resoluções 002 e 003 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) de 1999.

²² A utilização de termos genéricos como *índios, indígenas, silvícolas e comunidades indígenas* promove a massificação de uma diversidade cultural que abrange 230 Povos que falam cerca de 180 línguas e possuem autodenominações, organização social, crenças, costumes e sistemas jurídicos próprios.

O conceito de violência institucionalizada foi criado por Stokely Carmichael e Charles Hamilton, em contraposição ao conceito de violência individual, a qual compreende as ações manifestas, de indivíduos ou grupos de indivíduos, que podem causar morte, lesão ou destruição violenta da propriedade de outros indivíduos ou grupos. A violência institucionalizada, em contraposição, é muito mais sutil e menos manifesta que a individual. A violência individual frequentemente pode ser observada enquanto acontece, enquanto que a violência institucionalizada é difícil de identificar com os indivíduos específicos que deflagraram as ações²³ (CARMICHAEL, HAMILTON, 1967, p. 4 apud FIGUEIREDO, 1996, p. 18).

Além da violência física, da violência colonial e da violência cultural, tanto o SPI, como a FUNAI incorporaram a violência institucionalizada, a que se referem Hamilton e Carmichael à sua atuação junto aos povos indígenas.

A FUNAI enfrenta, hoje, a redução de sua competência, restrições orçamentárias e toda espécie de cobranças, no sentido de oferecer respostas adequadas às novas demandas, de apoiar a articulação dos povos indígenas e suas organizações em busca de sua autodeterminação, de modo a alcançarem a autogestão de seus territórios e a participação efetiva na construção e implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento das demandas indígenas, em consonância com a legislação internacional de direitos indígenas, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, ratificada pelo Brasil em 1992²⁴ e as novas diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988.

3. A Constituição Federal do Brasil e os novos paradigmas da política indigenista nacional.

Após séculos de tratamento legal inadequado, marcados por ordenamentos jurídicos, cuja premissa maior consistia na abordagem eurocêntrica da temática dos povos indígenas, por sua vez, caracterizada pela concepção de que se tratava de culturas inferiores, que desapareceriam

²³ Os autores esclarecem a questão com exemplos relacionados a casos de racismo; para eles, quando um grupo de terroristas brancos explode uma igreja de negros, matando crianças negras trata-se de uma ação de racismo individual, porém, - dizem - se crianças negras morrem a cada ano em razão da falta de uma alimentação adequada, habitação e facilidades médicas, e milhares de outras são destruídas, ou lesionadas física, emocional ou intelectualmente por causa das condições de pobreza e discriminação na comunidade negra, trata-se de um caso de racismo institucional

²⁴ A Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil mediante o decreto legislativo nº 143 de 1992.

em contato com a suposta superioridade da sociedade civil de matriz européia, a Constituição Federal de 1988 pôs termo ao paradigma integracionista e deu início a uma nova era de interação entre os povos indígenas e o Estado Brasileiro, agora em situação de igualdade, de horizontalidade, norteada pelo respeito à diversidade, por meio do reconhecimento da pluralidade de culturas e da garantia de proteção especial às minorias indígenas. Nesse contexto, explica Helder Girão Barreto:

[...] as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade, isto é, a nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença. (BARRETO, 2003, p.66)

A atual Constituição Federal trata dos direitos dos povos indígenas de forma transversal, ampla e inovadora ao reconhecer que reside na diversidade cultural, e não na incapacidade civil, a necessidade de proteção jurídica especial destinada aos povos indígenas, o que possibilitou a elaboração, nos anos que se seguiram, de farta legislação infraconstitucional indigenista, contemplando os direitos dessas minorias à diversidade étnica, lingüística e cultural, sem prejuízo de suas prerrogativas como cidadãos brasileiros.

A Constituição Brasileira, como resultado da ampla participação política dos povos indígenas e organizações dedicadas à sua defesa, consagra um capítulo específico aos direitos dos povos indígenas e disciplina o tema em nove dispositivos esparsos no texto Constitucional que inspirou Constituições posteriores como da Colômbia e do Paraguai.

Na lição de Marés “A formulação destes direitos retomou a melhor tradição constitucional brasileira a respeito, e ainda inovou, ao atribuir-lhe um caráter permanente, superando, definitivamente, a perspectiva assimilacionista que, até então, considerava os índios como titulares de direitos especiais provisórios”. (SOUZA FILHO, 1993, p. 7).

A Lei Maior Brasileira, em seu artigo 5º, X, assegura o direito à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem a todas as pessoas (incluindo povos indígenas, à medida que a legislação comum é aplicável naquilo em que não contrarie a legislação especial voltada para essas minorias, segundo dispõe o Estatuto do Índio em seus artigos 1º, parágrafo único, 2º, I e X e

6º)²⁵. Nesse sentido, estende-se aos povos indígenas a proteção ao direito de autor assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, XXII, bem como aos direitos intelectuais elencados no artigo 5º, XXIII, cujos desdobramentos na legislação infraconstitucional serão tratados adiante.

Para além dos preceitos estatuídos no “Capítulo dos Índios”, que a seguir serão analisados, consagrando o pluralismo jurídico, o multiculturalismo e o respeito à diversidade, ao inaugurar um novo marco legal na relação do Estado e da sociedade com os povos indígenas, quis o Legislador Constituinte garantir a estas Sociedades o julgamento de suas demandas pela justiça especializada estabelecendo no artigo 109, XI a competência dos magistrados federais para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, com a finalidade de retirar do contexto local, via de regra desfavorável à questão indígena, a resolução de lides afetas a estas minorias.

A Carta Magna estatui no artigo 215 e seu parágrafo 1º a obrigatoriedade Estatal de proteção às manifestações culturais dos povos indígenas. No mesmo sentido, reforça a necessidade de outorgar especial proteção ao patrimônio cultural dos Povos Indígenas ao incumbir o Ministério Público da defesa judicial de direitos e interesses das populações indígenas, por força do disposto no artigo 129, V.

A Constituição Brasileira objetivou ressaltar a importância do multiculturalismo e do pluralismo jurídico ao reconhecer, no *caput* do artigo 231, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições como direitos subjetivos dos povos indígenas. Não trata o texto Constitucional da hipótese de perda de direitos, em caso de aculturação, artigo que existia no texto da Comissão de Sistematização e restou eliminado. (CALDAS, 1989).

O artigo 231 assegura, ainda, os direitos originários dos povos indígenas às suas terras tradicionais baseado no instituto do indigenato, isto é trata-se de direito primário e congênito à posse territorial que independe de legitimação. (SILVA *in* SANTILLI, 1993). A demarcação das terras indígenas, que o artigo 231 incumbe à União, não é constitutiva de direitos, mas tão

²⁵ Lei 6.001-1973: “Art. 1º, § ú. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.”

“Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I – estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

X – garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhe couberem.”.

somente declaratória de um direito pré-existente, de modo que compete ao processo demarcatório a delimitação das terras tradicionais dos povos indígenas.

Em seu § 1º, o artigo 231 estabelece serem terras tradicionalmente ocupadas àquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar, bem como à reprodução cultural dos povos indígenas, segundo seus usos costumes e tradições, o que amplia o conceito de terras tradicionalmente ocupadas, se considerados como parâmetros somente as terras necessárias às suas atividades produtivas e à sua reprodução física. (ARAÚJO, 1993). A tradicionalidade não se refere a circunstâncias temporais, “mas ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra...” (SILVA *in* SANTILLI, 1993, p. 48).

O parágrafo 2º estabelece a posse permanente dos povos indígenas das terras tradicionalmente ocupadas e assegura-lhes a exclusividade do usufruto das riquezas naturais nelas existentes. A posse de que trata a norma em tela é uma posse imemorial, sob uma perspectiva antropológica e sociológica e não se confunde com o conceito de posse civil. Suas características pouco diferem do direito de propriedade (CALDAS, 1989) e sua transferência é restrita à hereditariedade:

“A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente e segundo a regra jurídica do direito das coisas entre os membros da tribo, se de tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade”. (Pontes de MIRANDA, *apud* SILVA, 1993).

O parágrafo 4º do mesmo artigo impede a incidência de quaisquer espécies de ônus sobre as terras indígenas ao declarar sua inalienabilidade e indisponibilidade e ao reconhecer a imprescritibilidade do direito dos povos indígenas sobre elas. Assim, não estão sujeitas as terras indígenas a usucapião nem a qualquer tipo de aquisição derivada.

O artigo 231 prevê, no parágrafo 5º, a proibição da remoção de povos indígenas de suas terras, ressalvados casos excepcionalíssimos, como catástrofes, epidemias ou no interesse da soberania nacional, devidamente precedidos de deliberação do Poder Legislativo Federal.

Em continuidade, o parágrafo 6º determina a nulidade de atos tendentes à ocupação, domínio e posse das terras indígenas ou das riquezas naturais nelas existentes. “A decorrência desta nulidade é a impossibilidade de pleitear indenização da União, àquele que ocupar terras

indígenas, exceto sobre as benfeitorias úteis e necessárias, em caso de boa fé, hipótese, diga-se de passagem, muito remota e rara”. (CALDAS, 1989, p. 241).

A Constituição promove, também, o fortalecimento do protagonismo dos povos indígenas ao reconhecer, em seu artigo 232, legitimidade processual aos índios, suas comunidades e organizações na defesa de seus direitos e interesses, assegurada a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. (Destques acrescentados).

Conclusão.

A violência contra os povos indígenas, em suas diferentes formas, marca todas as fases da evolução da legislação indigenista no Brasil, demonstrando como as formas de violência contra povos indígenas se modificam para dissimular seu caráter de dominação.

A despeito dos avanços legislativos inaugurados pela Constituição Federal, coexistem nas relações entre os povos indígenas com a sociedade e o Estado brasileiros as várias modalidades de violência, ainda que em graus diversos e, muitas vezes, de forma dissimulada.

Segundo Bourdieu, a dissimulação é um atributo necessário das relações de poder e o caráter específico de toda relação de força é dissimular-se como tal, e adquirir toda sua força porque é tão dissimulada. (BOURDIEU, 1989a).

Merece destaque, todavia, a mudança de paradigma concretizada pela Carta Magna brasileira, de 1988, ao situar na esfera pública, de forma definitiva, todas as questões relacionadas às sociedades indígenas: a demarcação e proteção das terras tradicionais, a educação a elas destinada e a possibilidade de ingressar em juízo na defesa de seus direitos, visando à solução de conflitos, assegurada a intervenção do Ministério Público Federal em sua defesa em todos os atos do processo²⁶.

O advento da Carta Magna de 88 veio reforçar a herança Aristotélica de “pluralidade” social e política como característica necessária de qualquer Estado. Na lição de CASTRO, para Aristóteles “o Estado consiste não apenas em uma pluralidade de pessoas, mas em diferentes espécies de pessoas”. (*ARISTOTLE, In CASTRO, 1997, p. 205*). Superado, o paradigma da integração passa a ser substituído pelo paradigma da interação que baseia na proteção à

²⁶ Artigo 232 *in fine* da Constituição Federal de 1988.

diversidade cultural (e não mais na incapacidade) a necessidade de regimes legislativos específicos para os Povos Indígenas do Brasil.

No capítulo consagrado à questão indígena a Constituição reconhece que a nação está conformada por diferentes etnias e grupos, um pluralismo sócio-cultural, cujas manifestações populares o Estado tem o por dever proteger. A diversidade étnica e o pluralismo sócio cultural são conceitos que emergem como resposta à luta dos povos indígenas e às reivindicações do movimento negro pelo reconhecimento de sua dignidade e o respeito às suas culturas. (PASCUAL, 2005).

Assim, em sintonia com os avanços que se verificavam em âmbito global, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou um novo paradigma no tratamento legislativo dispensado, historicamente, aos povos indígenas superando o entendimento de que a necessidade de proteção especial por parte do legislador às sociedades indígenas derivava da incapacidade dessas minorias em praticar atos na vida civil, entendimento que sustentou juridicamente a utilização do instituto da *tutela* por parte do Governo Brasileiro em detrimento dos povos indígenas do Brasil.

Porém, não se deve criar a ilusão de que a mudança de paradigma, por parte dos marcos legais indigenistas, alcança o cotidiano dos povos indígenas e a realidade por eles vivenciada, como afirma Alejandra Pascual:

Os processos políticos contemporâneos das sociedades capitalistas apresentam um discurso oficial que incorpora os ideais de igualdade, de respeito à pluralidade, de convivência social, mas suas propostas são contraditórias e distantes da realidade social dentro da qual operam, onde prevalece um quadro de exclusão, de violência, onde os espaços permanecem fechados para o diálogo entre a diversidade. (PASCUAL, 2004, p. 2).

A Autora cita o caso brasileiro como um exemplo notório de aplicação parcial do sistema jurídico contemporâneo, pela contradição existente entre os princípios estabelecidos na Constituição e sua aplicação à realidade, perceptível na imposição forçada da cultura, das práticas e dos valores próprios do tipo social dominante, impossibilitando a convivência pacífica e harmônica com a sociodiversidade. (PASCUAL, 2004).

Em face do contexto nacional de evolução do tratamento dispensado aos povos indígenas pela lei e de sua aplicação prática, convém analisar as formas pelas quais essa evolução opera-se nos macrocenários da lei e qual o papel destinado aos povos indígenas, em face do

reconhecimento à diversidade social, em âmbito internacional, tema aos quais será dedicado o próximo capítulo.

CAPÍTULO II.
O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS EM
ÂMBITO INTERNACIONAL.

Introdução.

A evolução do reconhecimento aos direitos dos povos indígenas no âmbito do direito internacional é um fator que não pode ser ignorado em suas variadas esferas de discussão, versem elas sobre direitos humanos em caráter geral, versem sobre direitos humanos em caráter específico, como a proteção de conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em razão de sua relevância para o desenvolvimento sustentável e a conservação de biodiversidade.

Uma ampla variedade de instrumentos normativos internacionais aborda e reconhece direitos aos povos indígenas. Essa ampliação do arcabouço legal internacional de proteção a direitos dos povos indígenas tem como consequência o fortalecimento do direito à diversidade e o aumento da atuação indígena em instâncias ocupadas, historicamente, pelos Estados, em caráter exclusivo e em detrimento da sociedade civil, de modo geral.

Assim, esse capítulo pretende realizar uma abordagem sintética da evolução do tratamento dispensado aos povos indígenas no direito internacional de proteção aos direitos humanos, a partir da premissa, sustentada por BOURDIEU, de que o trabalho jurídico constitui um dos principais fundamentos da manutenção da ordem dominante, por meio do processo de universalização das decisões jurídicas e das regras invocadas para fundamentá-las ou justificá-las. (BOURDIEU, 1989b, p. 245).

Em continuidade, principia-se a examinar o nível de inserção e participação desses povos, em face dos atores, das relações de força e interesses que convergem e divergem em uma reunião das Nações Unidas, com o objetivo de fazer uma análise do posicionamento assumido

pelos povos indígenas no contexto das articulações e negociações, em sua atuação na Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) e que reflexos essa atuação determina em outros segmentos presentes no cenário internacional.

1. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 10 dezembro de 1948, simbolizou o marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra e introduziu a concepção contemporânea dos direitos humanos, cujas características primordiais são a sua universalidade e indivisibilidade. (PIOVESAN, 2000).

Ensina Flávia Piovesan, que a universalidade deriva da necessidade de conferir-se extensão universal aos direitos humanos, com base na convicção de que a condição de ser humano consiste no único requisito para a dignidade e titularidade de direitos e que a indivisibilidade reside no fato de que a garantia dos direitos civis e políticos está na observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. “Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada”. (PIOVESAN, 2000, p. 18).

Após vinte anos do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi realizada em Teerã a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1968. Nessa conferência foram avaliadas experiências relativas à proteção de direitos humanos e foi reconhecida a inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos, sejam civis, sociais, econômicos ou culturais. (SANTOS FILHO, 2006, p. 63).

Assim, a Proclamação de Teerã estabeleceu, no parágrafo 13: “uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”. (SANTOS FILHO, 2006, p. 63).

A partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da concepção contemporânea de direitos humanos, por ela inaugurada, inicia-se o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio da adoção de inúmeros tratados internacionais, cujo escopo consiste na proteção de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2000).

Surge, no seio da Organização das Nações Unidas (ONU), o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, integrado por sistemas de alcance geral (a exemplo dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) e por sistemas específicos, a exemplo das convenções internacionais que buscam prevenir a violação de determinados direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres e a exploração de povos indígenas, entre outros.

Firma-se, assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade [...] (PIOVESAN, 2000, p. 21).

Em 1966, com o artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁷ despontavam no cenário internacional as primeiras reivindicações dos povos indígenas acerca dos seus direitos, na qualidade de minorias, estabelecendo um contraponto ao pensamento clássico que então prevalecia de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 “seria capaz de garantir os direitos de todos os seres humanos, em pé de igualdade, independentemente de sexo, nacionalidade, religião e etnicidade”. (NORUEGA, 2005, p.5). Todavia, somente a partir da década de 1980 a Organização das Nações Unidas – ONU – passou a dedicar atenção à necessidade de proteção de direitos humanos dos povos indígenas, contemplando suas especificidades socioculturais.

Segundo BOURDIEU esse processo de universalização – ou normalização – aumenta o efeito da autoridade social que a cultura legitima e os seus detentores exercem para dotar de eficácia prática a coerção jurídica. Para Bourdieu, a tendência de universalizar o próprio estilo de vida, por parte dos dominantes, fundamenta a crença na universalidade do direito e é a origem da ideologia que se propõe a fazer do direito um instrumento de transformação das relações sociais. (BORDIEU, 1989b, p. 246-247).

Para Francis Wolff a idéia de universalidade também é questionável, embora considere que é possível a existência de valores humanos passíveis de serem universais:

²⁷ Artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

[...] Pode-se alegar que esse *universal* (um apelo à idéia, supostamente universal, dos “direitos humanos”, por exemplo) não é realmente universal, já que ele mesmo representa um “ponto” específico, surgido em sociedades específicas, num momento específico (as sociedades ocidentais do final do século XVII), e que essas sociedades não têm o monopólio da moral, nem, sobretudo, o direito de dar lições aos outros, tendo em vista sua própria história e as barbáries das quais elas próprias se fizeram culpadas. No entanto, temos de supor que, qualquer que seja seu local de nascimento e sua expressão específica, existem valores humanos universalizáveis: do contrário, cada cultura permanece encerrada em sua idéia específica de humanidade, e ninguém pode criticar nenhuma prática, nenhum uso, nenhum costume de outra cultura, qualquer que seja ela –*inclusive*, portanto, a sua própria (WOLFF, 2004, p. 37).

Nesse sentido, Alejandra Pascual aponta algumas contradições entre a afirmação de universalidade dos direitos humanos e a realidade vivenciada pela diversidade social, jurídica e cultural:

O sistema jurídico ocidental adotado nos atuais estados capitalistas e imaginado como um conjunto de valores universais, contém, também, várias contradições internas: se por um lado os principais documentos jurídicos vigentes proclamam a defesa dos direitos humanos em nome da “universalidade” desses direitos, tendo como base os princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, originados nos ideários da Revolução Francesa, observa-se, por outro lado, a imposição forçada de um conjunto específico de valores que negam o diálogo entre a diversidade social, jurídica e cultural existente no universo regulado. (PASCUAL, 2005, p. 525).

Assim, a análise de alguns dos mais relevantes marcos legais internacionais de proteção aos direitos humanos evidencia essa parcialidade: a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, é um exemplo da contradição entre o proclamado instrumento legal e a realidade social ao estabelecer princípios válidos para todos os seres humanos empregando, contraditoriamente, uma carga semântica que reduz esses princípios ao horizonte cultural do homem europeu. (CARDOSO, 2003, p. 129).

As críticas ao sistema contemporâneo de proteção aos direitos humanos consideram insuficiente o papel dos Estados de coibir a desigualdade social e passa a exigir que estes assumam a promoção efetiva da igualdade real, conforme afirma Joaquim BARBOSA GOMES (2003):

A insuficiente atitude estática e passiva do Estado em não discriminar cede, portanto, lugar a uma necessária noção dinâmica e intervencionista em busca de uma *igualdade material*, ou *substancial*, a partir da qual são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim

o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

É imbuído desse espírito que passa a ser desenvolvido o sistema específico de proteção aos direitos humanos, voltado para o atendimento das demandas de segmentos sociais, com características sociais, religiosas, étnicas e culturais que os torna diferentes e cuja diversidade merece especial proteção por parte do legislador internacional.

1.1 O Sistema de Proteção aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas.

Em face do modelo paradigmático dominante nas modernas sociedades capitalistas, surge a necessidade de pensar formas de convivência mais democráticas em sociedades onde o universalismo iluminista homogêneo ceda lugar a uma visão pluralista da humanidade, conforme leciona Clodoaldo Meneguello CARDOSO, (2003, p. 104 e 61).

Algumas correntes da política contemporânea giram em torno da necessidade, por vezes da exigência, de reconhecimento em favor de grupos minoritários e naquilo que se chama política do multiculturalismo. Para Charles Taylor o conceito de identidade, supostamente vinculado ao conceito de reconhecimento, refere-se à compreensão de quem somos, das características que nos definem de forma fundamental como seres humanos e é no desenvolvimento da noção de identidade que está a gênese da política da diferença. (TAYLOR, 2000, p. 241).

A partir dessas concepções pode-se inferir que a teoria da democracia moderna tem por base a defesa do direito à diferença como um dos seus postulados gerais para afirmar a tolerância como valor fundamental da vida em sociedade. (NOVAES *apud* PASCUAL, 2005).

O conceito de diferença, por sua vez, é indissociável do conceito de pluralismo social, jurídico e cultural, cujas premissas são a consciência da existência do diferente, o reconhecimento desse outro e a aceitação de uma convivência harmônica na relação com a diversidade social representada pelo outro.

Panikkar sustenta que o pluralismo exige, pois, a consciência do 'outro', 'igual em direitos' e exige que a cultura dominante ceda lugar à coexistência com outras culturas e passe a ser mais uma dentre as diversas formas culturais, um dos pólos do pluralismo existente. (PANIKKAR, *apud* PASCUAL, 2005)

Com o objetivo de estabelecer um panorama do pluralismo jurídico consagrado, em razão da diversidade social, jurídica e cultural, pelo sistema de proteção aos direitos humanos, serão elencados alguns marcos legais, que estabelecem algum tipo de proteção aos direitos dos povos indígenas e, de forma sucinta, as diferentes perspectivas de abordagem desses direitos:

A criação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI), no âmbito do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em 1982, representou o primeiro trabalho formal das Nações Unidas, direcionado para povos indígenas. O GTPI tem centralizado suas atividades na elaboração de padrões internacionais para os direitos indígenas, assim como na análise da situação dos povos indígenas em diferentes países.

Em 1993 o GTPI apresentou o projeto da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, que inclui 45 artigos que dispõem sobre os direitos dos povos indígenas relativos à língua, espiritualidade, cultura, educação e terras, entre outros. Em 1994, o projeto de declaração foi adotado pela Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, que integra a Comissão dos Direitos Humanos da ONU. Desde então, o texto do projeto tem sido negociado pelos países que compõem o novo Grupo de Trabalho sobre o Projeto de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, no qual há participação de representantes indígenas, na qualidade de observadores. Destacam-se entre as questões mais polêmicas do projeto, o direito dos povos indígenas à autodeterminação e a definição deste conceito. (EMBAIXADA REAL DA NORUEGA, 2005).

A adoção da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 1989, marca o surgimento do principal instrumento de direito internacional, de caráter vinculante, que trata diretamente dos direitos indígenas na atualidade. (EMBAIXADA REAL DA NORUEGA, 2005).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) resulta de uma ampla revisão da Convenção 107 de 1957, visando, principalmente, a eliminar a perspectiva assimiladora que permeava a Convenção 107 e a contemplar na nova Convenção as aspirações dos povos indígenas ao reconhecimento de suas identidades étnicas, de suas culturas diferenciadas e duradouras por parte dos Estados (a Convenção 107 previa sua integração) e ao controle de suas próprias instituições, seus estilos de vida e seu desenvolvimento econômico. (MAGALHÃES, 2002).

A Assembléia Geral da ONU declarou em 1993 o *Ano Internacional dos Povos Indígenas do Mundo*, mediante a resolução 45/165, decidindo-se posteriormente que seria criada a *Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo*, no período de 1995 a 2004, com o propósito de fortalecer a cooperação internacional, objetivando solucionar os problemas vivenciados pelos povos indígenas na área de direitos humanos, meio ambiente, desenvolvimento, saúde e educação. Ao longo desse período destacam-se a adoção da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e a criação do Fórum Permanente da ONU sobre Questões Indígenas. (NORUEGA, 2005).

Sem sombra de dúvida, a criação do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, como órgão consultivo do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), constitui a conquista mais relevante da Década Internacional dos Povos Indígenas. O Fórum Permanente possibilita, pela primeira vez no âmbito das Nações Unidas, a participação, em caráter de igualdade, de representantes governamentais e não-governamentais²⁸.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), está sendo elaborado o Projeto de Declaração Americana sobre Direitos Indígenas, aprovado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizada em 1997. Um capítulo será dedicado ao tratamento dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, assegurando-lhes o direito à preservação e desenvolvimento de sua personalidade cultural, sob todos os aspectos, livres de qualquer tentativa de integração ou assimilação. (SANTOS FILHO, 2006).

Na Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), o tratamento dispensado aos povos indígenas restringe-se à proteção dos conhecimentos tradicionais relevantes para a alimentação e a agricultura, disciplinado no *Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura*.

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) apresentou em 2000, como resultado de um Encontro de Especialistas sobre Sistemas e Experiências Nacionais para a Proteção do Conhecimento Tradicional, as seguintes recomendações: “(a) aumentar a consciência sobre a importância da proteção do conhecimento

²⁸ “Dos 16 membros do Fórum, 8 são nomeados por governos e 8 pelo Presidente do ECOSOC, após amplo processo de consultas com organizações indígenas. Os representantes indígenas elegem-se das Regiões Árticas / Europa, Ásia, América do Norte, América Central / do Sul e Caribe, Região do Pacífico, ex- União Soviética e Europa Oriental”. (NORUEGA, 2005, P. 7).

tradicional; b) apoiar o potencial de inovação das comunidades indígenas e locais; e d) promover a comercialização de produtos baseados no conhecimento tradicional”. (LIMA, 2003, p. 20).

No âmbito do Alto Comissariado sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHCHR) deve-se ressaltar o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas, cujo mandato inclui o desenvolvimento de diretrizes internacionais para os direitos dos povos indígenas, inclusive em relação aos conhecimentos tradicionais e integridade cultural, tratados, nessa instância, como parte de direitos mais amplos como o de exercer e de revitalizar as culturas indígenas. O Alto Comissariado tem enfatizado as tensões entre a propriedade intelectual e a proteção de conhecimentos tradicionais, em virtude da violação dos princípios do consentimento livre, prévio e informado e da justa e equitativa repartição dos benefícios. (LIMA, 2003).

1.1.1. A Proteção do Patrimônio Cultural dos Povos Indígenas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplina a proteção à cultura e aos direitos intelectuais em seu artigo XXVII:

Artigo XXVII. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja o autor.

A UNESCO trata do tema, de forma mais específica na *Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural* aprovada, por unanimidade, logo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001. A Declaração objetiva a preservação da diversidade cultural, entendida como processo que garante a sobrevivência da humanidade e não como patrimônio estático, e eleva a diversidade cultural à categoria de “patrimônio comum da humanidade” prescrevendo diretrizes que possam orientar em linhas gerais os Estados-membros na elaboração de políticas inovadoras, dentro de seus contextos específicos, com vista à conservação da diversidade cultural.

Em seu texto a Declaração ressalta “... que cada indivíduo deve reconhecer não apenas a alteridade em todas as suas formas, mas também o caráter plural de sua própria identidade dentro

de sociedades igualmente plurais. Somente dessa forma é possível conservar a diversidade cultural em sua dupla dimensão de processo evolutivo e fonte de expressão, criação e inovação”.(UNESCO, 2006).

A UNESCO estabelece como conceito de patrimônio cultural imaterial “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas e também os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhe são associados e as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos que se reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”. (IPHAN, 2006).

Em 17 de outubro de 2003, a Convenção Geral da UNESCO, realizada em Paris, aprovou a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial* que passou a vigorar a partir de 20 de abril de 2006, três meses após a ratificação do trigésimo país como Estado-Membro²⁹. A Convenção estabelece diretrizes para a preservação do patrimônio imaterial, bem como expressões sociais, culturais e artísticas e teve seu texto recentemente ratificado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto-Lei 22 de 2006³⁰.

Segundo a UNESCO o patrimônio cultural de um povo integra sua identidade e a diversidade cultural. De forma análoga pode-se definir o conceito de patrimônio cultural indígena, cujo alcance inclui os conceitos de patrimônio material – ou tangível - e imaterial – ou intangível - e, portanto, abrange quaisquer manifestações que integrem o universo cultural de um povo indígena:

São nossos cantos, nossas danças, as formas próprias de educação, as pinturas corporais de cada Povo, as técnicas artesanais herdadas dos nossos ancestrais, inclusive a arte plumária que traz significado e beleza aos nossos rituais, as rezas e os conhecimentos tradicionais dos pajés, a relação de espiritualidade que nos une aos nossos territórios tradicionais e tudo o que neles preservamos, porque são parte integrante do nosso universo cultural, a sabedoria dos anciãos, as histórias contadas ao redor da fogueira, as brincadeiras de nossas crianças, nossas festas e rituais e todos os aspectos que fazem parte das nossas formas culturais de viver e ver o mundo. (KAINGÁNG, 2006, p.10).

Os Povos Indígenas têm reiterado, em diferentes instâncias da ONU, a importância do respeito à diversidade cultural, na medida em que esse reconhecimento é essencial à própria sobrevivência desses povos, em seus aspectos espiritual, social, jurídico e físico, os quais são

²⁹ A Romênia foi o trigésimo país a ratificar, em 19-01-2006, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, completando os 30 Estados-Membros necessários para que a Convenção passasse a vigorar.

³⁰ A aprovação do texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial pelo Legislativo Brasileiro ocorreu em 1º de fevereiro de 2006. (UNESCO, 2006).

inter-relacionados e dependentes da preservação de todos os elementos que compõem seu universo cultural³¹.

O conceito de conhecimentos tradicionais adotado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO) enfatiza que os conhecimentos tradicionais caracterizam-se por serem baseados na tradição:

Isto não significa, contudo, que o conhecimento tradicional seja antigo ou que, necessariamente, careça de caráter técnico. O conhecimento tradicional é “tradicional”, porque é criado de maneira a refletir as tradições das comunidades. Por isso, “tradicional” não necessariamente se relaciona à natureza do conhecimento, mas ao modo pelo qual o conhecimento é criado, preservado e difundido. Duas outras características derivam do mesmo conceito de trabalho: conhecimento tradicional é o meio de identificação cultural de seus detentores, de forma que sua preservação e integridade sejam relacionadas às preocupações na preservação das diversas culturas *per se*; e mesmo se contém informações de caráter prático ou tecnológico, o conhecimento tradicional apresenta uma dimensão cultural e um contexto social que o diferencia de outras formas de informação científica ou tecnológica. (PINTO, 2004, p.43-44).

1.1.2. A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1992, inaugura uma nova visão acerca das discussões sobre biodiversidade ao reconhecer a importância dos conhecimentos, práticas e inovações de povos indígenas e comunidades locais na preservação e conservação do meio ambiente. (Grifos da Autora).

A CDB significa, portanto, o reconhecimento de que é possível haver interação humana com o ambiente natural, sem que essa relação seja necessariamente predatória. Por outro lado, a Convenção reconhece a existência de segmentos sociais (Povos Indígenas e Sociedades Tradicionais) que detêm conhecimentos importantes acerca de como efetuar essa interação de forma sustentável (preservação), bem como possuem saberes concernentes à necessidade de manter intocáveis determinadas áreas da biodiversidade, entendida pela CDB como conservação.

A Convenção é, sem dúvida, o marco legal mais relevante para a proteção de conhecimentos tradicionais, inovações e práticas, bem como se constitui no fórum mais

³¹ Vide documentos dos povos indígenas em anexo.

importante para o avanço dos povos indígenas, na criação de um regime específico de proteção desse patrimônio que conte com a plena e efetiva participação dos seus detentores. Ratificada pelo Brasil em 1994, a CDB “foi o primeiro acordo mundial sobre a conservação e uso sustentável de todos os componentes da biodiversidade” (GROSS, 2005, p.10).

Além da CDB, deve-se ressaltar que a proteção aos conhecimentos tradicionais está presente na Agenda 21, a qual constitui-se em uma declaração política não-vinculante, firmada pelos Estados e integra os documentos resultantes da II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, em 1992, também chamada Rio-92. Ao se tornarem signatários da Agenda 21, os Estados assumem o compromisso de:

(15.2.g) “reconhecer e fomentar os métodos tradicionais e os conhecimentos das populações indígenas e suas comunidades, enfatizando o papel específico das mulheres, relevantes para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável dos recursos biológicos, e assegurar a esses grupos oportunidade de participação nos benefícios econômico e comerciais decorrentes do uso desses métodos e conhecimentos tradicionais”. (ANTUNES, 2005, p. 414).

A agenda 21 consiste em um plano de ação voltado para o desenvolvimento em moldes sustentáveis e integra cerca de 2.500 ações a serem implementadas, contemplando os seguintes temas: dimensões econômicas e sociais, conservação e administração de recursos, fortalecimento dos grupos sociais e mecanismos de implementação. A agenda 21 trata, em seu capítulo 26, do reconhecimento e fortalecimento do papel dos Povos Indígenas como forma de contribuição para o desenvolvimento sustentável. (SANTILLI, 2005).

Em seu item 15.5 a Agenda 21 reitera o aspecto social da preservação da biodiversidade, acrescentando a necessidade de regulamentação da proteção dos conhecimentos tradicionais e a adequada retribuição pelo seu uso em marcos legais nacionais:

Em conformidade com a legislação nacional, adotar medidas para respeitar, registrar, proteger e promover uma maior aplicação dos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais que reflitam estilos de vida tradicionais e que permitam conservar a diversidade biológica e o uso sustentável dos recursos biológicos, com vistas à partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes, e promover mecanismos que promovam a participação dessas comunidades, inclusive das mulheres, na conservação e manejo dos ecossistemas. (AGENDA 21, *apud* ANTUNES, 2005, p. 415).

Em 2002, dez anos após a realização da Rio-92, a ONU realizou em Johannesburgo, na África do Sul, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (a Rio+10), cujos

resultados foram a Declaração de Johannesburgo para o desenvolvimento sustentável e o Plano de Implementação, “com metas genéricas relacionadas ao acesso a água tratada, saneamento, recuperação de estoques pesqueiros, gerenciamento de resíduos tóxicos e uso de fontes alternativas de energia”. (SANTILII, 2005, p. 49).

Em síntese, as transformações resultantes da internacionalização dos direitos humanos aportaram substancial contribuição para o processo de democratização do cenário internacional, à medida que novos sujeitos de direito, como os povos indígenas, passam a atuar em nível internacional, antes de atuação exclusiva dos Estados, convertendo-se em sujeitos de direito internacional como ensina Flávia Piovesan:

Com efeito, na medida em que guardam relação direta com os instrumentos internacionais de direitos humanos – que lhes atribuem direitos fundamentais imediatamente aplicáveis – os indivíduos passam a ser concebidos como sujeitos de direito internacional. (PIOVESAN, 2000, p. 27).

O direito internacional assiste a um processo crescente de fortalecimento da autodeterminação dos povos, que aponta para a proteção de direitos que não são universais, porque se referem a grupos e situações históricas específicas, cujos titulares possuem um papel central para a implementação dos mais importantes marcos legais do cenário global.

Deve-se atentar, entretanto, para a efetividade desses sistemas legais e quais as formas de violência dissimuladas sob os mecanismos de participação social que se refletem na atuação ou na exclusão dos povos indígenas na Convenção sobre Diversidade Biológica, a seguir analisada.

2. A Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Convenção³² sobre Diversidade Biológica (CDB) é considerada o principal tratado multilateral sobre biodiversidade na atualidade e resulta da 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, em 1992 (conhecida como Eco-92 ou Rio-92). A CDB passou a vigorar no cenário internacional em 29 de dezembro de 2003 e, no Brasil, o texto da Convenção foi aprovado pelo Congresso Nacional

³² Convenção é o termo utilizado para “designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e versem sobre assunto de interesse geral... É um tipo de instrumento internacional destinado em geral a estabelecer normas para o comportamento dos Estados em uma gama cada vez mais ampla de setores”. (ANTUNES, 2005, p. 395).

mediante o Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994 e promulgado pelo Decreto 2.159 de 1988³³. (ANTUNES, 2005).

A Eco-92 insere, definitivamente, a proteção do meio ambiente entre os temas prioritários da agenda nacional e global. Por ocasião da Eco-92 foram criados diversos documentos internacionais que, juntamente com a CDB, referenciam as políticas públicas sociais, no âmbito do direito ambiental, em nível mundial, tais como a Agenda 21, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios para um Consenso Global sobre Manejo, Conservação e Desenvolvimento Sustentável de Todos os Tipos de Florestas e a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas, entre outros. (SANTILLI, 2005).

A Convenção da Diversidade Biológica foi elaborada para dar uma resposta à crescente preocupação da sociedade global sobre a necessidade de efetiva conservação e preservação da biodiversidade em sua totalidade. Essa preocupação reflete-se nos três grandes objetivos que norteiam a CDB: a conservação da biodiversidade; a utilização sustentável de seus componentes e; a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes dessa utilização. (BRASIL, 2004).

Entretanto, critica-se na CDB o seu caráter voluntário, isto é, não vinculante, que tem como consequência a inexistência de mecanismos que obriguem as partes ao cumprimento dos compromissos assumidos em face da ratificação da Convenção e assim, sua baixa efetividade. Por outro lado a escassez de resultados práticos, em termos de implementação das recomendações que integram a CDB, tem gerado um sentimento de frustração diretamente proporcional ao número de patentes registradas sobre produtos e processos obtidos a partir de recursos genéticos associados a conhecimentos tradicionais, em total desacordo com os princípios do consentimento prévio fundamentado e da justa e equitativa repartição dos benefícios, consagrados pela Convenção.

A Convenção estabelece, em seu artigo 2º uma série de conceitos, com o objetivo de tornar claro o emprego de determinados termos para os propósitos da Convenção: dentre os conceitos a serem trabalhados ressaltam-se os seguintes: biodiversidade ou diversidade biológica, denota a variedade de vida na Terra, constituída por variedades entre as espécies e pela

³³ O Governo Brasileiro assinou a Convenção em 5 junho de 1992 e efetuou o depósito do instrumento de ratificação em 28 de fevereiro de 1994. (Decreto 2.159 de 1998).

diversidade de ecossistemas. A biodiversidade abrange as relações complexas entre seres vivos e entre estes e o ambiente em que vivem.

Biodiversidade é portanto o conjunto de toda a vida no planeta Terra, incluindo todas as diferentes espécies de plantas, animais e microorganismos (estimadas em mais de 10 milhões de espécies), toda a variabilidade genética dentro das espécies (estimada em 10 a 100 mil genes por espécie) e toda a diversidade de ecossistemas formados por diferentes combinações de espécies. (GROSS, 2005, p. 7).

O termo **diversidade biológica** foi criado por Thomas Lovejoy em 1980, ao passo que a palavra **Biodiversidade** foi usada pela primeira vez pelo entomologista E. O. Wilson em 1986, num relatório apresentado ao primeiro Fórum Americano sobre a diversidade biológica, organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisas dos EUA (*National Research Council*, NRC). A palavra "Biodiversidade" foi sugerida a Wilson pelo pessoal do NRC a fim de substituir diversidade biológica, expressão considerada menos eficaz em termos de comunicação. Não há uma definição consensual de Biodiversidade. Uma definição é: "medida da diversidade relativa entre organismos presentes em diferentes ecossistemas". Esta definição inclui diversidade dentro da espécie, entre espécies e diversidade comparativa entre ecossistemas. (WIKIPEDIA, 2006).

O conceito de *utilização sustentável* empregado pela Convenção, em seu artigo 2º, significa, por sua vez, "a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras".

A aceleração do processo de degradação da biodiversidade de forma diretamente proporcional ao desenvolvimento industrial, agrícola e tecnológico tem desencadeado fenômenos naturais, cujas conseqüências têm colocado em estado de alerta a comunidade internacional:

Durante as últimas décadas, uma erosão da Biodiversidade foi observada. A maioria dos Biólogos acredita que uma **extinção em massa** está a caminho. Apesar de divididos a respeito dos números, muitos cientistas acreditam que a taxa de perda de espécies é maior agora do que em qualquer outra época da história da Terra.

Alguns estudos mostram que cerca de 12,5% das espécies de plantas conhecidas estão sob ameaça de extinção. **Todo ano, entre 17.000 e 100.000 espécies são varridas de nosso planeta**. Alguns dizem que cerca de 20% de todas as espécies viventes poderiam desaparecer em 30 anos. Quase todos dizem que as perdas são devido às **atividades humanas**, em particular a destruição dos habitats de plantas e animais.

Alguns justificam a situação não tanto pelo sobreuso das espécies ou pela degradação do ecossistema quanto pela conversão deles em ecossistemas muito padronizados. (ex.: monocultura seguida de desmatamento). Antes de 1992, outros mostraram que nenhum direito de propriedade ou nenhuma regulamentação de acesso aos recursos necessariamente leva à sua diminuição (os custos de degradação têm que ser apoiados pela comunidade).

Entre os dissidentes, alguns argumentam que não há dados suficientes para apoiar a visão de extinção em massa, e dizem que **extrapolações abusivas** são responsáveis pela destruição global de florestas tropicais, recifes de corais, mangues e outros habitats ricos.

A domesticação de animais e plantas em larga escala é um fator histórico de degradação da biodiversidade, gerando a seleção artificial de espécies, onde alguns seres vivos são selecionados e protegidos pelo homem em detrimento de outros. (WIKIPÉDIA, 2006).

É nesse contexto que está inserida a contribuição que os povos indígenas e comunidades locais podem aportar à sociedade global, em razão dos saberes e boas práticas que detêm em relação aos recursos da biodiversidade, que segundo imagens de satélite, se encontram em melhor situação de preservação e conservação no âmbito das terras ocupadas ou utilizadas por povos indígenas, do que no restante dos territórios de domínio governamental e de propriedade privada. Daí a presença de instâncias de representação dos povos indígenas, como o Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade (FIIB) nas reuniões das partes da CDB.

A Convenção prevê reuniões bienais de seus integrantes, denominadas Conferências das Partes da Convenção da Diversidade Biológica (COPS). As recomendações elaboradas em cada uma das oito Conferências das Partes da CDB, realizadas até o momento, passam a integrar a Convenção e a repercussão gerada pela adoção dessas recomendações, em nível global, tem despertado o interesse de governos e segmentos relevantes da indústria para as negociações e resoluções delas resultantes.

2.1. A Participação Social na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Eco-92 presenciou o surgimento de novos protagonistas sociais no cenário mundial que discute a proteção da biodiversidade, na medida em que a atuação e articulação dos cerca de 700 representantes de povos indígenas ali presentes, provenientes dos cinco continentes,

trouxeram importantes contribuições, expressas em documentos como a Carta da Terra e a Declaração da Kari-Oca³⁴, que constituem marcos históricos para os povos indígenas na conquista de avanços sociais na área de biodiversidade.

A atuação da sociedade civil (nela incluídos os povos indígenas) representou um fator decisivo para o reconhecimento, por parte da Convenção da Diversidade Biológica, da relevância dos povos indígenas e comunidades locais, seus conhecimentos, inovações e práticas para a conservação e utilização sustentável da biodiversidade.

Esse reconhecimento determina o respeito, preservação e manutenção dos mesmos, em conformidade com a legislação nacional, nos termos do artigo 8º, alínea “j” e recomenda aos países partes da CDB que protejam e encorajem saberes e práticas culturais compatíveis com a conservação e uso sustentável da biodiversidade, em consonância com o artigo 10, “c” da referida convenção.

A CDB representa o compromisso dos Estados signatários acerca da conservação e uso sustentável dos componentes da biodiversidade, inclusive recursos genéticos, espécies e ecossistemas. (GROSS, 2005). Por outro lado, a convenção inaugura uma visão de conservação e preservação ambiental integrada ao contexto sociocultural e à interação existente entre homem e natureza que pode ocorrer em moldes sustentáveis, como demonstram os estilos de vida de povos indígenas e comunidades locais em todo o mundo.

A convenção emerge como palco de disputas no contexto internacional, no qual os países megabiodiversos, em geral países em desenvolvimento, travam debates e embates com os países desenvolvidos, detentores de biotecnologias e de parte considerável das patentes derivadas de produtos e processos tecnológicos. Neste sentido, SANTILLI (2003) lembra que o principal objetivo da CDB é tentar equilibrar estas relações, tendo em vista as visíveis diferenças econômicas e políticas entre aqueles países.

Não menos conflituosa, porém, tem sido a correlação de forças entre Estados nacionais e povos indígenas e comunidades locais, tendo em vista que parte considerável dos países partes da convenção não possuem marcos legais nacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas e comunidades locais. Todavia, a existência de megabiodiversidade, como se denomina na CDB a abundância de recursos da biodiversidade, sua preservação e conservação encontra-se,

³⁴ A Carta da Terra e a Declaração da Kari-Oca foram documentos elaborados por ocasião da Rio-92 e encontram-se em anexo.

indissociavelmente, relacionada à diversidade social ou megasociodiversidade, presente nesses países.

Desde a criação da CDB, por ocasião da Rio-92, os governos, liderados pelos países desenvolvidos, têm apresentado resistência tenaz ao reconhecimento de direitos aos povos indígenas e comunidades locais, como o consentimento livre, prévio e informado, traduzido no direito desses povos de decidir sobre o uso dos recursos genéticos, presentes em territórios, terras e águas tradicionais e que são associados aos conhecimentos tradicionais, que a convenção determina aos Estados respeitar, preservar e manter, incentivando sua mais ampla aplicação, com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas, segundo o preceituado no artigo 8º, aliena “j”. (Grifos da autora).

Diverso tem sido o entendimento dos governos, que alegam tratar-se de uma questão de soberania nacional, isto é, os países são soberanos sobre os recursos genéticos existentes em seus territórios, logo aos Estados provedores dos recursos genéticos, e não aos povos indígenas e comunidades locais, compete o exercício do direito ao consentimento prévio fundamentado e a prerrogativa de outorgar ou negar o acesso.

Em réplica, os povos indígenas e comunidades locais alegam a titularidade sobre seus conhecimentos tradicionais, inovações e práticas associadas aos serviços ambientais de preservação e conservação da biodiversidade presente nesses territórios, terras e águas tradicionais, sem os quais não haveria biodiversidade e, portanto, não haveria acesso a recursos genéticos.

Restam pendentes de resposta, todavia, os questionamentos dos povos indígenas sobre o respeito à sua livre determinação e à relação de harmonia, espiritualidade e pertencimento que nutrem em relação aos seus territórios terras e águas tradicionais, consagrados em marcos legais internacionais supracitados, a serem mais bem estudados posteriormente e cujo respeito é determinado, de modo expresso, pelo artigo 22 da CDB, adiante analisado, mais detidamente, em capítulo específico.

O Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade (FIIB) foi bastante enfático em seu pronunciamento³⁵, na Primeira Reunião do Grupo de Trabalho sobre Acesso e Repartição de Benefícios, realizado em outubro de 2001, na cidade de Bonn, Alemanha:

³⁵ Declaração do FIIB, ponto 6 (vide doc em anexo)

Durante generaciones, nuestros pueblos han sido y siguen siendo los guardianes de la Naturaleza de la que todos dependemos. Por tanto, estamos totalmente comprometidos con los dos primeros objetivos del Convenio que son la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Pero cualquier discusión del tercer objetivo sobre acceso y distribución de beneficios debe reconocer los derechos fundamentales del control indígena de nuestro propio conocimiento, el derecho de libre consentimiento fundamentado previo como Pueblos y nuestro derecho territorial colectivo. (DE LA CRUZ, 2005, p. 4)

Deve ser reconhecido, como mérito da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a criação, com a CDB, de um espaço de discussão entre países, organizações multilaterais e representantes dos diferentes segmentos da sociedade civil, como as organizações não-governamentais, os povos indígenas, as comunidades locais e representantes dos centros de pesquisa e tecnologia, bem como das indústrias. Contudo, parece pertinente proceder a um exercício de reflexão a respeito das formas e níveis de participação desses atores, de como ocorre o processo de negociação e em que medida a atuação de povos indígenas e comunidades locais é plena e efetiva em uma reunião das Nações Unidas.

3. Sociodiversidade na Convenção sobre Diversidade Biológica.

Para obter a promoção de avanços legislativos, que contemplem as novas demandas ambientais e os novos atores sociais que emergem neste cenário, as discussões ligadas à proteção de biodiversidade, no Brasil e no mundo, têm destacado a importância dos conhecimentos, práticas e inovações dos povos indígenas, como componentes relevantes para sua preservação, conservação e utilização sustentável, nos termos do artigo 8º, alínea “j” e 10, “c” da Convenção da Diversidade Biológica, da qual o Brasil foi o primeiro signatário.

A discussão empreendida em torno das formas de preservação da biodiversidade, para o equilíbrio planetário, na qualidade de direitos humanos fundamentais, constitui complexo problema legal a ser refletido conjuntamente com áreas do saber que, só recentemente, passaram a dialogar com o campo jurídico, como a biologia, a antropologia, a sociologia entre outras.

De forma análoga, passam a ser questionados determinados aspectos do sistema econômico e dos sistemas de produção, como os conceitos de ciência e tecnologia, como

monopólio das sociedades não-indígenas, ditas desenvolvidas, e situados nos centros de produção do saber, como universidades e centros de pesquisa.

A necessidade de inserção das sociedades indígenas, na polêmica acerca da preservação da biodiversidade mundial, dá-se em razão de dois fatores principais: os territórios indígenas concentram grande parte das áreas de biodiversidade consideradas de elevada importância, em nível global e a necessidade existente entre as sociedades tradicionais de manutenção de áreas ambientalmente preservadas, como condição *sine qua non* de reprodução da diversidade sócio-cultural.

Estes aspectos estão associados ao potencial dos povos autóctones do mundo de contribuir para a promoção da redução nas taxas de perda de biodiversidade, por meio da divulgação e aplicação de suas tecnologias tradicionais de manejo dos recursos naturais, presentes em terras e águas tradicionais ocupadas por esses povos.

Os debates empreendidos na CDB têm envidado esforços, por meio da criação de um fundo voluntário da ONU, para garantir, minimamente, a participação dos detentores dos conhecimentos tradicionais (povos indígenas e comunidades locais), criando as condições necessárias para que a proteção da biodiversidade mundial possa dar-se de forma participativa, contemplando não apenas a opinião dos governos, dos grupos empresariais, de especialistas das diferentes áreas de conhecimento como o direito, a biologia, as instituições de pesquisa e os agentes da propriedade intelectual, mas também a perspectiva da sociedade civil e das coletividades de pessoas que tornam tais conhecimentos especiais.

Por ocasião da Eco-92, a ausência de participação dos povos indígenas do mundo nos fóruns e debates ligados à temática ambiental resultou em protestos e na mobilização das populações autóctones, reivindicando a inclusão desses segmentos nas discussões, bem como o respeito e o reconhecimento aos conhecimentos tradicionais na área de proteção à biodiversidade, a exemplo de documentos como a Carta da Terra e a Declaração da Karioca³⁶, cujas preocupações permeiam os artigos 8º, alínea “j” e 10 alínea “c” da Convenção da Diversidade Biológica, refletindo o momento histórico em que os diferentes grupos, em especial os indígenas, utilizam o papel da lei em seu benefício, o registro como forma de enfrentamento.

³⁶ Documentos em anexo.

Dentre as diretrizes consagradas na Carta da Terra destaca-se o I princípio: “Respeitar e Cuidar da Comunidade de Vida”, que estabelece, no item 3, a necessidade de “Construir sociedades democráticas que sejam justas, participativas, sustentáveis e pacíficas” complementando, na alínea “a” com a responsabilidade de “assegurar que as comunidades, em todos os níveis, garantam os direitos humanos e as liberdades fundamentais e dar a cada uma a oportunidade de realizar seu pleno potencial”.

Assim, a omissão dos Estados em propiciar as condições necessárias para o desenvolvimento do potencial das pessoas que integram povos indígenas, em sua plenitude e respeitadas suas especificidades culturais, caracteriza violação dos princípios que embalsam o nascimento da CDB e configura um tipo específico de violência, definida por Johan Galtung, em seus estudos sobre violência e paz internacional, como violência indireta ou estrutural: “presente quando seres humanos são influenciados de tal modo que a sua realização atual, somática e mental é inferior à sua realização potencial.” A violência seria, pois, “a causa da diferença entre o potencial e o atual, entre o que poderia ter sido e o que é³⁷.” (GALTUNG, 1990, p.333-334).

Dentro dessa perspectiva, a participação formal de povos indígenas na CDB encobre, sob a forma de requisitos como o domínio das línguas faladas pelas Nações Unidas³⁸ e o conhecimento de suas estruturas burocráticas de funcionamento, a violência indireta ou estrutural que se concretiza na marginalização, na exclusão dos povos indígenas, compreendidas como a impossibilidade de atuar e de influir nos processos decisórios da CDB pela ausência de acesso a níveis de educação mais elevados e aos meios de informação como a internet.

Ao tratar de justiça social e econômica, a Carta da Terra enfatiza, no item 12, que à sociedade global incumbe “Defender, sem discriminação, os direitos de todas as pessoas a um ambiente natural e social, capaz de assegurar a dignidade humana, a saúde corporal e o bem-estar espiritual, dando especial atenção aos direitos dos povos indígenas e minorias” e reitera, na alínea “b” do mesmo item, o dever de “afirmar o direito dos povos indígenas à sua espiritualidade, conhecimentos, terras e recursos, assim como às suas práticas relacionadas a formas sustentáveis de vida”.

³⁷ No original, em inglês, seria: "Violence is here defined as the cause of the difference between the potential and the actual, between what could have been and what is"(Galtung, 1969, p. 111)

³⁸ São seis os idiomas oficiais das Nações Unidas: espanhol, francês, inglês, russo, árabe e chinês.

Outros documentos, considerados mundialmente como marcos do pensar indígena, como a Carta de São Luís³⁹, de dezembro de 2001, declaração subscrita por pajés, xamãs, rezadores e curandeiros, provenientes de dezenas de povos indígenas de todas as regiões do Brasil, reunidos na cidade de São Luis do Maranhão, expressam, com clareza, a posição indígena brasileira acerca da utilização e apropriação indevida de seus conhecimentos tradicionais:

Este conhecimento é coletivo e não uma mercadoria que se pode comercializar como qualquer objeto no mercado. Nossos conhecimentos da biodiversidade não se separam de nossas identidades, leis, instituições, sistemas de valores e da nossa visão cosmológica como povos indígenas. (SÃO LUÍS, 2001.)

A Carta de São Luís evidencia, também, a opinião dos povos indígenas, com relação à elaboração de um sistema legal específico de proteção de seus saberes e a necessidade de participar de fato das discussões travadas na área de biodiversidade e em outras instâncias que abordam essa temática, a fim de expressar suas preocupações e pontos de vista, na qualidade de detentores e guardiões dos saberes a serem protegidos.

Os povos indígenas têm manifestado clara reprovação à imposição de negociação sobre valores que não estão sujeitos à lógica do mercado. Porém, a mudança da retórica da justiça para a retórica da harmonia insiste em inseri-los na lógica do consenso e da construção de acordos, que têm favorecido interesses dos países e grupos econômicos hegemônicos, em detrimento de povos indígenas e sociedades tradicionais.

3.1. Violência Simbólica na Convenção sobre Diversidade Biológica.

Para além dos obstáculos inerentes aos interesses econômicos e políticos, que determinam alianças e controvérsias entre os diversos segmentos em uma conferência das partes da CDB, e das dificuldades de comunicação e compreensão entre os especialistas dos diferentes campos do saber envolvidos nas discussões, uma questão tem gerado polêmica na CDB: o papel e a opinião dos detentores dos conhecimentos tradicionais na elaboração de um sistema legal que os vê como beneficiários, mas gera sua exclusão, e não seu protagonismo, no processo de discussão.

A exclusão existente na CDB não ocorre de forma direta, pois emprega meios mais sutis para manter mantém à margem do processo de discussão acerca da proteção legal dos conhecimentos tradicionais os atores sociais que deveriam protagonizá-lo: aparentemente, as

³⁹ Documento em anexo.

reivindicações dos povos indígenas têm sido contempladas, mediante a criação de mecanismos de participação das organizações indígenas, no âmbito do CDB. Entretanto, a utilização de discursos retóricos e técnico-científicos, compreensíveis somente para aqueles que detêm o significado dos códigos de comunicação, utilizados em cada campo do saber acadêmico promove a exclusão silenciosa dos detentores dos conhecimentos tradicionais.

O processo de exclusão na CDB decorre, também, do emprego de uma forma de violência denominada por Pierre BOURDIEU (1989a p. 11-12) como violência simbólica, segundo a qual as diferentes classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para ocupar o lugar dominante na sociedade, possibilitando a imposição da visão de mundo social mais adequada a seus interesses, ao mesmo tempo em que possibilita a decisão sobre o campo das tomadas de posições ideológicas.

O termo simbólico, na obra de Bourdieu, significa algo que está oculto, invisível, ignorado pelos outros, todavia o caráter de “invisível” no exercício do poder ou da violência necessita da cumplicidade daqueles que se submetem a ele, isto é, do reconhecimento implícito, ainda que dissimulado.

Por meio da violência simbólica a CDB submete povos de tradição oral ao sistema tecnocrático das Nações Unidas, caracterizado pela grande quantidade de informação escrita, codificada em linguagem técnica, associada à velocidade das informações e à simultaneidade das discussões, de forma a impedir uma visão do processo como um todo, o que resulta na sensação de desnorteamento, marginalização e impotência nos povos indígenas e comunidades locais, impedindo sua atuação efetiva e qualificada.

O poder simbólico é conceituado por BOURDIEU como o poder de constituir o dado pela enunciação, cujos efeitos são os de:

fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, e, portanto, o próprio mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização. (BOURDIEU, 1989a, p.14)

Assim, a exclusão dos detentores do conhecimento a ser protegido dá-se sob uma aparência participativa, quando, na verdade, este espaço reflete, *“a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental*

— *e, em particular, de toda a postura lingüística - que supõe a entrada neste espaço social...*" (BOURDIEU, 1989, p. 226).

A presença de povos indígenas nos debates sobre biodiversidade não significa, portanto, que esse segmento esteja em posição de igualdade, em relação às partes da CDB, no que concerne ao exercício do poder simbólico para articular e aprovar suas propostas. Como o poder, neste caso, está oculto, como expressa Bourdieu, em "lugar onde o poder está mais completamente ignorado" ele não é percebido como arbitrário, facilitando seu reconhecimento como legítimo pela sociedade. (BOURDIEU, 1989 a p. 7-8).

No âmbito das discussões da CDB, parte considerável dos povos indígenas e comunidades locais, não consegue compreender e interagir em campos específicos do saber e isso tem privilegiado os grupos que, por meio do emprego de ideologias, fazem prevalecer seus interesses particulares como se fossem comuns a todos os segmentos presentes na discussão. (BOURDIEU, 1989).

Percebe-se que o sentimento de desajustamento ao ambiente criado pela CDB é maior em povos e comunidades que se encontram distantes do mundo virtual representado pela agenda de reuniões internacionais da convenção, por possuírem uma relação maior de interdependência com seus territórios, suas terras e águas tradicionais e com o meio ambiente que neles têm preservado para sua sobrevivência, física e cultural. Isso significa dizer que as pessoas e coletividades que mais poderiam contribuir com os debates sobre como proteger e utilizar os recursos da biodiversidade, em moldes sustentáveis são impossibilitadas de influir nos processos decisórios, ainda que por formas indiretas de marginalização.

Desse modo, a análise mais atenta dos formalismos e procedimentos a serem obedecidos dentro de um evento realizado nos moldes de uma Conferência das Nações Unidas pode explicitar as formas de violência não-visíveis às quais estão sujeitos os povos indígenas, delegações de países menores, e os países megabiodiversos, tais como a universalização e a naturalização de princípios, regras, idiomas e práticas simbolicamente dominantes, consagradas como legítimas pela norma jurídica, em prejuízo de grupos sociais diferentes. (BOURDIEU, 1989).

3.2 Direito, Justiça e Equidade na Convenção sobre Diversidade Biológica.

A propósito do conceito de Direito, a lição de Franco Montoro, ensina que sua etimologia implica tanto o que é correto (*rectum*) como o que é justo (*jus*). (MONTORO, 1993, 33-41). O conceito clássico de Justiça, por sua vez, reporta-se à definição, criada por Ulpiano, como a constante e permanente vontade de dar a cada um o que é seu. No âmbito da CDB, a polêmica gira em torno da definição do que seja o “seu de cada um”.

A CDB, em seu artigo 15, declara a soberania dos países sobre seus recursos naturais e estabelece como prerrogativa dos Estados a outorga do consentimento para o acesso aos recursos genéticos, porém reconhece, no artigo 8º, “j” o direito aos povos indígenas e comunidades locais à preservação, respeito e manutenção dos seus conhecimentos, inovações e práticas e sua aplicação com a aprovação e participação de seus detentores e a justa e equitativa repartição dos benefícios derivados do uso desses saberes, inovações e práticas.

Assim, a convenção outorga direitos aos países, em razão de sua soberania, mas essa soberania não exclui os direitos reconhecidos aos povos indígenas e comunidades locais. Esse não tem sido, porém o entendimento predominante dentro da CDB, por ocasião dos debates para definir o direito de cada um em relação à biodiversidade.

Não são reconhecidos, por exemplo, direitos humanos aos povos indígenas e comunidades locais, como a titularidade sobre suas culturas e, portanto, sobre os conhecimentos tradicionais que a integram. Este direito sobre os conhecimentos tradicionais, por sua vez, está relacionado ao exercício do consentimento livre, prévio e informado, isto é o direito de saber o que será acessado, como e com quais finalidades, incluindo o direito de negar o acesso aos recursos da biodiversidade, preservados historicamente em seus territórios, terras e águas tradicionais.

De forma análoga, a repartição dos benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos deve obedecer a critérios de justiça e equidade entre o Estado que acessará os recursos genéticos e o Estado provedor de tais recursos, os quais têm sido preservados por povos indígenas e comunidades locais, sem qualquer retribuição pelos serviços ambientais prestados à sociedade global, cujo valor agregado anual é estimado em trilhões de dólares. (GROSS, 2005).

Em face desse contexto, indaga-se: a que justiça e equidade faz referência a convenção, à medida que legitima a apropriação por parte dos Estados de bens culturais, como

conhecimentos tradicionais e encoraja a violação da relação de espiritualidade que esses povos e sociedades tradicionais mantêm em relação à biodiversidade presente em seus territórios, ao negar-lhes o reconhecimento de marcos legais internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como se verá adiante.

Deve-se ressaltar que a crença de que os saberes dos povos indígenas e sociedades tradicionais, associados à biodiversidade, são patrimônio da humanidade está arraigada no íntimo de parte considerável dos atores presentes na CDB, cuja função é defender e reproduzir os interesses das instituições e governos que representam ao afirmar que “o que é seu é nosso”, enquanto excluem, sob a alegação de soberania, os povos indígenas da possibilidade de participação efetiva das negociações que determinarão o futuro da biodiversidade em terras indígenas ao complementar: “mas o que é meu, é só meu”.

O aumento da biopirataria ou biogrilagem⁴⁰, associada a conhecimentos tradicionais, evidencia a importância dos saberes tradicionais para as pesquisas promovidas pelas indústrias de alimentos, cosméticos, fármacos e fitoterápicos e a necessidade do seu reconhecimento pela ciência e da sua proteção pelo direito, segundo critérios de justiça e equidade aferidos a partir de um conceito plural de valores e sistemas jurídicos – inclusive os sistemas tradicionais – para fazer face aos elevados interesses econômicos envolvidos na utilização desses saberes, inovações e práticas.

Na CDB o insulto é caracterizado pela constatação, por parte de povos indígenas e comunidades locais, de que os valores culturais e espirituais envolvidos na temática dos conhecimentos tradicionais são desconsiderados pela lógica da negociação. O sentimento de desrespeito é agravado pela percepção de que os interesses comerciais e políticos de países hegemônicos se encontram acima de qualquer questionamento.

A insatisfação dos povos indígenas com a condução de tais discussões é expressa na declaração dos povos indígenas sobre conhecimentos tradicionais no Fórum Permanente das

⁴⁰ Biopirataria ou biogrilagem: acesso desprovido de consentimento livre, prévio e fundamentado a recursos genéticos. por meio de informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial.

Nações Unidas para a Questão Indígena⁴¹, ao afirmar que a única forma de garantir o respeito aos detentores dos saberes tradicionais será pelo reconhecimento da CDB dos sistemas jurídicos próprios de cada povo indígena e, por consequência, das formas tradicionais de cada sociedade indígena de estabelecer os procedimentos para a outorga do consentimento prévio informado para o acesso ao conhecimento tradicional e a forma de repartição de benefícios oriundos desse acesso.

No entanto, este reconhecimento à diferença, em especial a direitos coletivos, esbarra na falta de um discurso que reforce as garantias destes direitos não universalizáveis, pois são compreendidos, via de regra, como uma ameaça ao ideal de igualdade nas democracias modernas e sendo direitos específicos, sua aplicação não é uniforme, portanto, naquela lógica, ilegítimos. (CARDOSO, 2002).

Por outro lado, as múltiplas formas de organização existentes em cada povo indígena que integra o Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade (FIIB) e a impossibilidade de abordar, de forma adequada, as diferentes realidades das sociedades autóctones que compõem o Fórum, dificulta a realização do principal anseio dos indígenas ali presentes: serem escutados, sentirem que a opinião e a forma de pensar de seu povo foi, não apenas ouvida, mas, sobretudo, respeitada.

Conclusão.

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos evoluiu, significativamente, nas últimas décadas consolidando uma tendência das modernas sociedades democráticas de reconhecimento da diversidade social enquanto valor inalienável como um dos seus alicerces. A implementação desse reconhecimento pressupõe o estabelecimento de acordos de convivência que manifestam os interesses comuns da sociedade a partir dos interesses particulares dos diversos segmentos societários. (PASCUAL, 2005, p. 523).

Supera-se a alegada “universalidade” dos direitos humanos pela compreensão de que sua finalidade é a legitimação dos valores e da visão de mundo daqueles que têm condições reais de

⁴¹ Declaração apresentada na IV sessão do Fórum Permanente da ONU sobre Questão Indígena, em Nova York, em maio de 2005.

usar o direito e de impor a representação social da sua concepção de ‘normalidade’, em relação à qual todas as práticas e valores que lhe sejam diversos são compreendidos como inferiores, inaceitáveis, impróprios ou desajustados, afirma Alejandra Pascual. (PASCUAL, 2005, p. 523).

A contestação do modelo jurídico institucional atualmente dominante, descrito por Cardoso como legitimador das diversas formas de intolerância, presentes na consolidação do padrão masculino, europeu, cristão e burguês, como modelo de identidade da cultura ocidental moderna, leva à necessidade de incorporar a rica diversidade social e cultural existente e abre a possibilidade de um diálogo com o outro, representado pela diversidade de raças, etnias, povos, gêneros, religiões e grupos humanos. (CARDOSO, *apud* PASCUAL 2005).

A CDB, embora não seja um diploma de alcance específico, inovou ao inserir em um instrumento legal internacional uma abordagem inclusiva da proteção da biodiversidade associada às boas práticas, saberes e inovações da sociodiversidade, abrindo espaço para que a voz dos detentores desses conhecimentos passe a ser ouvida em uma temática específica, embora de interesse global: a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

Uma análise mais minuciosa dos diferentes atores e interesses envolvidos na convenção demonstra, por outro lado, o desequilíbrio entre os níveis de participação, bem como a exclusão de segmentos sociais, em privilégio de grupos e interesses hegemônicos.

O processo de exclusão, na convenção, evidencia as múltiplas formas de violência não visíveis, utilizadas contra povos indígenas, em substituição às antigas relações de verticalidade, as quais legitimaram a violência direta e a exclusão declarada desses povos, por parte dos Estados nacionais, nos processos decisórios a eles relacionados, por meio da afirmação de sua incapacidade de livre determinação, em um passado recente.

Países, setores da indústria e da academia conservam, embora de forma dissimulada, resquícios do autoritarismo que vigorou a despeito de todos os avanços normativos verificados na arena internacional, nas últimas décadas, e reproduzem, na atualidade, a dominação social por meio de mecanismos indiretos de marginalização dos povos indígenas na CDB, bem como pela imposição dos valores e interesses que nela predominam.

Bourdieu recorda que a norma jurídica consagra — em forma de um conjunto formalmente coerente de regras oficiais — os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante. A norma jurídica tende a informar realmente a prática do conjunto

dos agentes para além das diferenças de condição e de estilo de vida (BOURDIEU, 1989b, p. 246).

O grande desafio na aceitação e incorporação da diversidade social, como um dos pressupostos da sociedade democrática, está na dificuldade em harmonizar as diferenças e os antagonismos. Contudo, explica Alejandra Pascual,

potencializando os pontos de interação e de equilíbrio entre os interesses conflitantes será possível estabelecer a necessária inter-relação entre a necessidade da manutenção da paz, a aceitação da diferença e do conflito social, alicerces necessários para a construção de um regime verdadeiramente democrático. (PASCUAL, 2005, p.529).

A partir dessas premissas, cumpre dar continuidade ao estudo da CDB, seus mecanismos de implementação e sua evolução para determinar em que medida as deliberações que compõem a Convenção são influenciadas pelo diálogo com a megasociodiversidade, como ocorrem essas relações de poder dentro de uma conferência das partes da CDB e qual o horizonte apontado pelas mais recentes discussões empreendidas no âmbito das conferências que reúnem as partes da convenção.

CAPÍTULO III.

A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA.

Introdução.

A ratificação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) pelos Estados tem como decorrência o compromisso de adotar e implementar medidas nacionais e internacionais para a consecução dos três objetivos centrais da convenção: a conservação da biodiversidade; a utilização sustentável de seus componentes e; a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do uso dos recursos genéticos⁴². Os três objetivos devem ser respeitados e implementados, sob a forma de obrigações expressas nos dispositivos estabelecidos nos artigos 6º a 20 da CDB. (GROSS, 2005, p. 10).

Atualmente, a Convenção sobre Diversidade Biológica tem como signatários 188 Partes⁴³, o que significa a quase totalidade dos países que integram a Organização das Nações Unidas e tem o compromisso de assegurar a participação da sociedade civil em suas discussões, bem como de respeitar os direitos assegurados em outros tratados internacionais.

Neste capítulo, pretende-se analisar a conferência das partes da convenção (COP), seus mecanismos de participação, suas formas de organização, suas estruturas administrativas e seus procedimentos, com o objetivo de examinar o processo de inserção dos diferentes atores nas negociações políticas que envolvem a elaboração das recomendações da CDB e em que medida interesses divergentes influenciam na deliberação das recomendações que passam a integrar a convenção, além de buscar identificar de que modo ocorre o processo de construção do consenso nos micro e macrocenários abrangidos por uma COP da CDB.

⁴² O artigo 2º da CDB estabelece que para os propósitos da Convenção *Material Genético* significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade. *Recursos Genéticos* significa, por sua vez, material genético com valor real ou potencial.

⁴³ “São signatários da CDB 187 governos nacionais e uma organização de integração econômica regional”. (GROSS, 2005, p. 10).

Por fim, será realizado um estudo sobre duas questões relacionadas, de forma transversal, a todos os temas enfocados pela CDB, cuja importância é fundamental para o futuro dos povos indígenas e comunidades locais, no âmbito da temática sobre biodiversidade, quais sejam o artigo 8º, “j” que trata dos conhecimentos tradicionais, inovações e práticas dos povos indígenas e o artigo 15 da convenção, que disciplina o acesso e a repartição dos benefícios.

No contexto dessas questões transversais será estudado o posicionamento dos povos indígenas em defesa de suas reivindicações, a partir da perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, cujo pressuposto estabelece como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não-estatais acerca do tratamento dispensado aos habitantes de outros Estados, como afirma Kathryn Sikkink: “A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados”. (SIKKINK, *apud* PIOVESAN, 2000).

1. A Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.

A CDB é constituída pelos elementos institucionais padrão de um tratado ambiental moderno:

Um órgão gerenciador (a Conferência das Partes); um Secretariado; um órgão de assessoria científica; um mecanismo para facilitar a transferência de tecnologias e um mecanismo de financiamento. Coletivamente esses elementos transformam as obrigações gerais da Convenção em normas ou diretrizes vinculantes, e auxiliam as Partes na implementação. (GROSS, 2005, p. 21).

Antony GROSS (2005, p. 21) ensina que a Conferência das Partes (COP) é instância soberana de deliberação da CDB e configura-se como o espaço no qual são negociadas as recomendações que possibilitarão o cumprimento dos objetivos da convenção, mediante a criação de medidas, programas de trabalho para áreas temáticas e para questões transversais, estabelecimento de órgãos temporários voltados para a implementação de cláusulas específicas da CDB⁴⁴, mecanismos participativos e de financiamento, entre outros, que integrarão a convenção.

A conferência das partes (COP) é o órgão diretor do processo da convenção e constitui-se por todos os signatários da CDB, pelos observadores de governos interessados e pelas

⁴⁴ A exemplo das cláusulas relacionadas com o acesso e repartição de benefícios dos recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e tecnologias genéticas de uso restrito, entre outras.

organizações que não são partes abrangendo, inclusive, organizações da sociedade civil. O secretariado⁴⁵ da convenção é o órgão administrativo da CDB, responsável pela preparação e apoio das reuniões da COP e de outros órgãos subsidiários. (GROSS, 2005, p. 21 e 27).

A CDB prevê o estabelecimento de um mecanismo de intermediação (*clearing-house mechanism* – CHM) com a finalidade de promover e facilitar a cooperação técnica e científica, em conformidade com o artigo 18⁴⁶. A convenção determina, em seu artigo 21⁴⁷, um mecanismo financeiro para captar recursos e financiar a implementação dos dispositivos da CDB em países em desenvolvimento. O mecanismo financeiro é operado pelo Fundo Mundial para o Meio Ambiente (GEF) e seu funcionamento é subordinado à autoridade da COP. As atividades do GEF são implementadas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)⁴⁸ e Banco Mundial. (GROSS, 2005, p.27-28)

As atividades em uma conferência das partes da CDB são organizadas em vários grupos diferentes, entre os quais destacam-se: a plenária, os grupos de trabalho, os grupos de contato e “amigos do presidente”.

A plenária constitui-se no maior e mais importante desses grupos, pois a ela compete a prerrogativa de deliberar sobre assuntos organizacionais, avaliar os relatórios dos órgãos subsidiários⁴⁹ e adotar o relatório da reunião, juntamente com as decisões tomadas, além de ser a instância responsável pela negociação do orçamento e quaisquer “questões pendentes” relativas à reunião anterior. (GROSS, 2005, p 32).

⁴⁵ Também compete ao secretariado da CDB auxiliar os governos membros na implementação do programa de trabalho multi-anual da conferência das partes, além de coletar e disseminar informações e coordenar-se com outras organizações internacionais. O secretariado é fornecido pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e é liderado por um secretário executivo, localizado em Montreal, no Canadá. Boa parte do tempo do secretariado é dedicada à preparação do volume crescente de documentação para as reuniões da COP e de seus órgãos subsidiários. (GROSS, 2005, p. 27).

⁴⁶ Vide texto da CDB, em anexo.

⁴⁷ Vide texto da CDB, em anexo.

⁴⁸ A sigla PNUMA corresponde a *United Nations Environment Programme* (UNEP), em inglês.

⁴⁹ “A Conferência das Partes é assistida pelo Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico (SBSTTA), que é formado pelos representantes de governos com especialistas em áreas relevantes do conhecimento, assim como por observadores de governos que não são Parte, da comunidade científica e de outras organizações relevantes. O SBSTTA... é responsável por fornecer recomendações para a COP sobre os aspectos técnicos da implementação da Convenção”. (GROSS, 2005, p. 24);

A partir da COP-IV foram estabelecidos dois grupos de trabalho que concentram a parte principal do trabalho da COP, dividindo entre si um conjunto específico de questões da agenda⁵⁰. Neles é discutida a maior parte dos itens da agenda e são tomadas as decisões preliminares para serem levadas à plenária.

Nos casos em que muitas partes intervêm sobre uma questão e há diferenças significativas, o presidente do grupo de trabalho estabelece os grupos de contato, que consistem em mecanismos informais de negociação. Nos casos em que poucas partes intervêm ou em que não há diferenças significativas sobre a questão tratada, o presidente do grupo de trabalho estabelece o grupo informal de “Amigos do Presidente”. (GROSS, 2005, p. 33).

Estas recomendações são fruto de dois anos de reivindicações e mediações realizadas em encontros preparatórios⁵¹ que ocorrem no período entre as conferências. Os textos preparatórios (consensuais ou não) são submetidos a discussões e embates que se seguem durante a conferência, nos grupos de trabalho, cuja negociação resulta em recomendações finais aprovadas pela plenária da COP, constituindo-se em mandatos às partes para a implementação da convenção.

A construção das recomendações é perpassada por um conjunto de estratégias onde os diferentes atores e interesses em jogo articulam alianças e estabelecem posições contrapostas a outros grupos. Percebem-se divergências entre países megabiodiversos⁵² e países detentores de biotecnologia, entre os países que compõem os blocos de uma região geográfica (como o grupo de países que integram a América Latina – GRULAC. Ex: Brasil x Argentina), entre os diferentes grupos regionais e blocos econômicos (ex: GRULAC x JUSCANZ⁵³), entre organizações representativas dos segmentos da indústria e entidades ambientalistas, entre povos indígenas e comunidades locais em contraposição às representações dos governos de seus respectivos países,

⁵⁰ “Nas COP’s 1-3, esse trabalho foi realizado por um Comitê da Totalidade (CoW) que significou um único Grupo de Trabalho no qual todas as questões da agenda foram trabalhadas, exceto aquelas reservadas para a Plenária. Como a agenda da COP tornou-se mais complexa, as Partes decidiram trabalhar em dois Grupos de Trabalho paralelos e essa tem sido a prática desde a COP-4.” (GROSS, 2005, p. 33).

⁵¹ A Conferência das Partes ocorre a cada dois anos. Durante este período são realizadas, em todo o mundo, as discussões entre sessões, que abordam temas específicos, como Acesso e Repartição de Benefícios, Áreas Protegidas, Artigo 8º, alínea “j”, entre outras.

⁵² Em geral países do Sul, em desenvolvimento e detentores de riquezas naturais, biodiversidades. Já os países do Norte, mais desenvolvidos, possuem domínio das novas biotecnologias e a maioria das indústrias farmacológicas.

⁵³ Japão, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

bem como entre os povos indígenas, entre si, dentro do Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade (FIIB).

Estas alianças e contraposições refletem o desequilíbrio entre as partes que integram a conferência, onde a formação de grupos ou blocos é fundamental para adquirir força e conquistar um espaço capaz de articular recomendações finais que sejam consensuais. A aceitação pressupõe pressão dos grupos, mas não anula as estratégias acionadas por aqueles que ficam à margem das decisões, demonstrando suas divergências através de protestos, denúncias e divulgação na mídia, em geral.

Os Estados Unidos da América assinaram a CDB, em 04 de junho de 1993, porém não a ratificaram. Essa recusa reflete-se negativamente sobre as negociações no âmbito da CDB, na medida em que não pode a Convenção obrigar àqueles países que não são partes ao cumprimento dos termos e recomendações dela resultantes. Assim, resta prejudicada a implementação do acordo internacional, em virtude da hegemonia política e econômica dos EUA e da sua elevada parcela de responsabilidade em relação à aceleração do processo de degradação ambiental global.

Em uma conferência das partes as atividades dos grupos de trabalho⁵⁴, são precedidas por breves reuniões, organizadas por segmentos e por regiões (ex: Comunidade Européia, Grupo de Países da América Latina, Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade, Fórum de Organizações Não-Governamentais, entre outros) para obter consenso para definir as posições regionais e dos segmentos (povos indígenas e organizações ambientalistas, por exemplo) com relação ao tema a ser abordado na discussão do Grupo de Trabalho.

Neste momento, as partes (países, povos ou organizações) são exortadas pelos presidentes e co-presidentes regionais a fortalecerem a “*união regional*”, a abrir mão de “*divergências menores*” em prol da defesa de “*interesses comuns*”, sob o argumento de que a insistência em controvérsias menores entre países de uma mesma região fragilizará o bloco perante os demais e dificultará alianças com outros blocos na busca da aprovação de demandas semelhantes.

⁵⁴ Assim classificados de acordo com os itens que abordam, dentro dos temas previstos na pauta de cada grupo. por exemplo o grupo do qual participei discutia especificamente sobre o artigo 8, alínea j, da CDB, que estabelece aos países signatários da Convenção, o dever de “respeitar, preservar e manter o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica”.

As atividades dos grupos de trabalho (GTs) se processam por meio da discussão de uma pauta que abrange diversos temas. A aprovação de textos, com o menor número de colchetes⁵⁵, representa o objetivo de cada grupo de trabalho, com vista ao seu envio para a plenária final.

Compete ao presidente do GT exercer seu papel de mediador exortando as partes a utilizar seu espírito de cooperação e solidariedade em prol do adequado andamento das atividades, estimulando a busca do consenso em substituição ao confronto, pois alongar as discussões pode significar o não-cumprimento de toda a pauta, o que acarretaria prejuízos a todos os presentes.

1.1. A construção do consenso nos micro e macrocenários de poder da Conferência das Partes da CDB.

A solução de conflitos na CDB passa pela imposição de um consenso na elaboração das propostas de cada GT, que serão apresentadas à apreciação de todos os participantes dos diferentes grupos de trabalho em plenária. Deste modo, abrir mão das “pequenas divergências” em benefício do grupo demonstra o caráter controlador das mediações que, sob o manto da harmonia, reproduzem as desigualdades e limitam as discussões. (NADER, 1994).

A rapidez das negociações, a multiplicidade de documentos, a linguagem técnica, aliada à predominância do inglês, inclusive nas reuniões dos blocos regionais de língua majoritariamente latina⁵⁶, gera uma sensação de desnorteamento naqueles que não estão afeitos aos procedimentos de um evento com as dimensões da COP da CDB, ao mesmo tempo em que reproduz a hierarquia Norte-Sul por meio da hegemonização de um sistema de saber onde aqueles que não dominam a *doxa* ficam excluídos (BOURDIEU, 1989).

A inserção reivindicada por grupos minoritários, como os povos indígenas e comunidades locais, é permitida na CDB com o objetivo de controlá-los por meio do exercício do

⁵⁵ Os textos levados às discussões em assembléia podem suscitar discordâncias, cabendo à parte que manifestou a divergência pôr o texto, parágrafo ou expressão controversa em destaque, por meio de sua inserção entre colchetes. A supressão dos colchetes se dá pela negociação do texto em assembléia. Persistindo as discordâncias entre o(s) proponente(s) do texto e o(s) discordante(s) o Presidente da Mesa convidará as partes envolvidas na disputa a solucionar paralelamente o conflito e retornar com uma proposta consensual. A utilização do termo colchetes no presente trabalho se reportará, assim, aos destaques relativos à ausência de consenso nos textos em discussão.

⁵⁶ Fato que gerou protestos por constituir atitude excludente e discriminatória pela ausência de tradução nas reuniões regionais.

poder em prol dos interesses econômicos hegemônicos que se fazem presente nas conferências das partes e nos microcenários nacionais, regionais e locais.

Michel Foucault afirma que o saber é uma forma de poder, na medida em que propicia formas de controles, mas não está concentrado nas mãos de um grupo. Para o Autor, o poder só pode ser concebido como algo que existe em relação, envolvendo forças que se chocam e contrapõem, pois “uma sociedade sem relações de poder somente pode ser uma abstração” (FOUCAULT, 1992, p. 222).

Dessa forma, a dinâmica das relações de poder na CDB permeia todos os níveis da convenção e perpassa as interações entre sujeitos que articulam estratégias e constroem alternativas, no caso indígena, a elaboração da Carta de São Luís e das declarações do FIIB e suas repercussões são exemplos do exercício do poder pelos povos indígenas, fundado na influência da mídia sobre a opinião pública, como forma de pressionar as partes da CDB ao atendimento das reivindicações indígenas nesse fórum.

Com a elaboração das propostas e a articulação de negociações, já é possível verificar as alianças regionais em torno de determinados temas e a polarização entre as manifestações/reivindicações de megabiodiversos, geralmente polemizadas e postas entre colchetes pelos detentores de tecnologia. Deve-se destacar que os numerosos e diferentes temas de interesse abordados nos dois grupos de trabalho não permitem que delegações menores participem de todas as discussões que ocorrem simultaneamente, prejudicando países e segmentos que não dispõem de condições para enviar delegações mais numerosas.

Aos grupos de trabalho compete analisar temas específicos, aprovar e encaminhar à plenária, com o menor número possível de dissensos, os textos discutidos previamente em grupos de trabalho sobre questões temáticas e questões transversais, realizadas no período entre as sessões da COP da CDB.

Nesse momento, as discussões são postas em um cenário global e os interesses políticos e econômicos permeiam os debates, muitas reivindicações constantes nos textos entre colchetes são excluídas, sumariamente, sob alegação de caracterizar barreiras comerciais ou de ferir a soberania dos países signatários, por contradizer legislações nacionais. É o momento em que aqueles que não participaram das discussões dos grupos de trabalho entre sessões têm a oportunidade de apresentar sua oposição (expressa na forma de colchetes) às manifestações que considerem prejudiciais aos seus interesses.

Neste âmbito, as partes que possuem menos influência política ou econômica, a exemplo dos povos indígenas, utilizam os meios de comunicação, presentes ao evento, para denunciar ao mundo as posturas anti-indígenas ou antiecológicas assumidas por determinados países, como Austrália, Japão, Nova Zelândia⁵⁷ e Canadá, (além dos Estados Unidos, que não são parte da CDB). Os povos indígenas recorrem, assim, à opinião pública para pressionar os governos mais resistentes ao reconhecimento de direitos aos Povos Indígenas, como forma de flexibilizar a posição destes países nas negociações.

Por fim, os textos são encaminhados às sessões plenárias para a apreciação geral e a aprovação das recomendações resultantes da conferência. Nessa fase os conflitos são reduzidos, inclusive em razão do esgotamento físico e mental das delegações, principalmente as menores, o que explica, após cerca de duas semanas de negociações intensivas que atravessam madrugadas, a aprovação de textos, nem sempre favoráveis às partes que, estando presentes numa Conferência, têm o poder de veto, mas não o fazem.

Assim, o consenso é construído de forma ascendente, por meio da eliminação das controvérsias, tendo como mediadores os presidentes e co-presidentes dos grupos de trabalho e da plenária, cujo objetivo é conduzir as discussões, com vista à eliminação dos colchetes presentes nos textos em debate (que indicam as divergências entre as propostas apresentadas) a fim de elaborar as propostas finais que, sendo aprovadas pela plenária, integrarão as recomendações daquela COP.

Não se trata, entretanto, de um diálogo construído pelo esforço de construção coletiva, fundado em princípios de igualdade e de respeito aos direitos humanos de todos os participantes de uma conferência das partes da CDB, onde a noção de igualdade deveria ser constituída mediante o confronto pelo diálogo entre indivíduos ou grupos com visões e interesses diferentes, mas de um consenso construído, majoritariamente, a partir da desigualdade. (PASCUAL, 2005, p. 11-12).

⁵⁷ A proposta da Nova Zelândia de inserir entre colchetes a expressão terras e águas tradicionalmente ocupadas ou utilizadas por elas (em referência às comunidades indígenas e locais) em um parágrafo que reconhecia o vínculo entre conhecimentos tradicionais e gestão sustentável dos recursos presentes nos territórios indígenas causou polêmica ao final das discussões do grupo que tratava sobre os desdobramentos do artigo 8 “j” por se tratar de encerramento de discussões, momento em que não se considerava oportuno abrir novos colchetes, em respeito aos consensos construídos até ali e cumpria às partes finalizar a negociação dos textos entre colchetes. A Nova Zelândia retirou sua manifestação sob pressão, mas consignou sua insatisfação com o rigor procedimental da COP-7 e declarou que prevaleceria sua legislação nacional. Vide documento do FIIB para a imprensa sobre o artigo 8 “j”, em anexo.

O enquadramento das recomendações dos grupos de trabalho em categorias jurídicas, com a elaboração de um texto final sem colchetes, aprovado em plenária pela COP, demonstra como a prevalência dos interesses de grupos hegemônicos se consolida e as divergências são minimizadas.

O espaço para expressá-las passa a ser, então, a mídia global onde os grupos menores canalizam seus sentimentos e reivindicam reconhecimento. Neste momento, o aspecto moral do conflito se acentua pela falta de reconhecimento de direitos, especificamente, de direitos coletivos, que são percebidos, em geral, como uma ameaça ao indivíduo, ao ideal de igualdade presente nas democracias modernas (OLIVEIRA, 2002).

A ideologia da harmonia presente em todo processo de construção e aprovação das recomendações finais da COP reproduz a distribuição de poder internacional que, visando a estabilidade e garantias de interesses econômicos e políticos, como o domínio das biotecnologias, das indústrias farmacêuticas, por exemplo, e do acesso ao patrimônio genético, reproduz as desigualdades.

Deste modo, sob a égide do ideal do consenso e de uma “harmonia benigna”, o que se observou foi um verdadeiro duelo entre partes em desequilíbrio e a imposição do consenso – harmonia coerciva (NADER, 1994). No entanto, isto não retirou aos grupos minoritários a possibilidade de articularem outras estratégias de reação, seja pela divulgação nos meios de comunicação, seja pela redação de documentos de protestos.

O Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade sistematicamente tem rejeitado a imposição da harmonia coerciva que preside as negociações internacionais da CDB e tem consignado seu repúdio às tentativas dos governos de excluir os povos indígenas das discussões ao qualificá-los como “interessados” ou “observadores”, a exemplo da manifestação realizada durante a COP-6:

Tenemos derecho a la libre determinación. Como expresión de ese derecho hemos sido reconocidos como Grupos Principales en la Agenda 21 y otros instrumentos surgidos de la Cumbre de Rio de 1992. Allí se nos reconoce el derecho a la participación plena y efectiva en los procesos internacionales que nos afectan. Por eso estamos aquí. Creemos que las disposiciones y programas adoptados por las Partes en esta Conferencia afectan al futuro de los Pueblos del Planeta. Para nosotros, son discusiones de vida o muerte. (DE LA CRUZ, 2005, p. 12).

Assim, a construção das recomendações da CDB invoca ideologias e impõe o consenso a partir dos interesses, valores e visões de mundo dominantes reproduzindo, por meio dos processos de codificação da convenção, os esquemas que governam as condutas, em todos os níveis da Convenção sobre Biodiversidade, produzindo o efeito de *homologação*.(BOURDIEU, 1989b, p. 250).

2. Questões Transversais: o grupo de trabalho sobre o artigo 8 “j” e o regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais.

A CDB supera a antiga concepção de proteção da biodiversidade a partir da idéia de preservação, no sentido de que os recursos naturais devem permanecer intocados, e adota a perspectiva da conservação, isto é, da utilização racional, em moldes sustentáveis dos recursos da diversidade biológica, conforme expressam os objetivos da Convenção, em seu artigo 1^o⁵⁸. (ANTUNES, 2005, p. 396).

A conservação em condições *in situ*, é conceituada no artigo 2^o e significa “as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características”. (BRASIL, 2006, p. 9).A CDB aborda a conservação *in situ* como um processo intimamente ligado às conhecimentos inovações e práticas dos povos indígenas, conforme depreende-se da própria redação do artigo 8^o, alínea “j”, cujo enfoque é considerado pela CDB como uma questão transversal aos temas nela abordados:

Artigo 8. Conservação *In Situ* 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. (BRASIL, 2006, P. 13).

58 Vide texto da CDB, em anexo.

A CDB desenvolveu sete programas de trabalho temáticos⁵⁹, que estabelecem princípios e diretrizes para orientar futuros trabalhos, porém existem questões transversais, as quais necessitam serem integradas nos programas de trabalho temáticos. Esses programas exercem o papel de trazer coesão aos trabalhos da convenção fornecendo uma perspectiva que permeia todas as áreas temáticas da convenção, ao estabelecer pontes ou conexões entre os programas temáticos⁶⁰, a exemplo dos trabalhos sobre o artigo 8º “j” e suas disposições corretas, como esclarece GROSS (2005, p. 43):

Algumas iniciativas transversais apóiam diretamente o trabalho de alguns programas temáticos como, por exemplo, o trabalho sobre indicadores. Outros desenvolvem produtos distintos, que em alguns casos estão bastante à parte de programas temáticos – por exemplo, o trabalho sobre acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios, que levou à adoção das Diretrizes de Bonn.

Os temas e questões transversais que integrarão a agenda de uma COP são discutidos com maior profundidade em reuniões, realizadas no período compreendido entre uma COP e outra, para tratar de assuntos específicos: são as reuniões intersessionais dos grupos de trabalho sobre pontos temáticos ou questões transversais. Esses grupos podem ser de composição aberta (Ad Hoc) ou com participação limitada. As reuniões intersessionais dos grupos de trabalho são responsáveis pela elaboração de textos preparatórios sobre cada tema ou questão transversal para análise e discussão na COP.

A quarta conferência das partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, realizada em Bratislava, Eslováquia, em maio de 1998 determinou a criação de um grupo de trabalho (GT) específico com mandato para abordar, em conformidade com suas legislações nacionais, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, bem como discutir um

⁵⁹ Existem hoje na Convenção sete Programas de Trabalho Temáticos: Diversidade Biológica Agrícola; Diversidade Biológica de Águas Continentais; Diversidade Biológica marinha e costeira, Diversidade Biológica Florestal; Diversidade Biológica de Terras Áridas e Sub-úmidas; Diversidade Biológica de Montanhas e; Diversidade Biológica de Ilhas (este encontra-se em desenvolvimento). (GROSS, 2005).

⁶⁰ Existem, até o momento, dezesseis Questões Transversais a serem integradas aos programas de trabalho temáticos: Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios; Espécies Exóticas; Artigo 8(j): Conhecimento Tradicional, Inovações e Práticas; Diversidade Biológica e Turismo; Mudanças Climáticas e Diversidade Biológica; Economia, Comércio e Incentivos; Abordagem Ecológica; Estratégia Mundial para a Conservação de Plantas; Iniciativa Mundial de Taxonomia; Avaliação de Impacto; Indicadores; Responsabilidade e Compensação; Áreas Protegidas; Educação e Conscientização Pública; Uso Sustentável da Biodiversidade e; Transferência de Tecnologia e Cooperação Tecnológica. (GROSS, 2005).

sistema *sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais, em consonância com o disposto no artigo 8º, alínea “j” da CDB. (BRASIL, 2004). (Grifos da Autora).

Sem dúvida, trata-se da questão de maior relevância para os povos indígenas e de importância transversal para a aplicação da convenção em sua totalidade. Nesse sentido, a decisão VI/10 da convenção reconhece ser a CDB o principal instrumento internacional com mandato de abordar questões relacionadas ao respeito, à preservação e manutenção dos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais com estilos de vida tradicionais, relevantes para conservação e uso sustentável da biodiversidade. (Destaques da autora).

A proteção dos saberes tradicionais dentro do marco da CDB constitui condição necessária ao cumprimento do disposto no artigo 8º, “j” e disposições conexas, principalmente por serem os conhecimentos tradicionais os únicos conhecimentos que não se encontram protegidos por algum tipo de sistema. (DE LA CRUZ, 2005).

Todavia, poucos são os avanços realizados pela convenção no sentido de elaborar mecanismos efetivos de reconhecimento de direitos sobre os conhecimentos tradicionais a seus detentores. (BRASIL, 2004). A lentidão das atividades no âmbito do GT 8”j” é corroborada pela inexistência, até o momento, de um mandato para negociar a criação de regime internacional *Sui Generis* de proteção a esses saberes.

Vários são os fatores que impedem o avanço das discussões no GT 8 “j”: a falta de implementação da convenção nas legislações nacionais, por parte da maioria dos países partes, dificultando a resolução de conflitos, cujas especificidades não são passíveis de solução na arena internacional, a resistência de alguns países em reconhecer direitos aos povos indígenas na esfera internacional, assumindo o compromisso de implementá-los em marcos legais nacionais, principalmente por parte do grupo de países conhecido como *JUSCANZ* (Japão, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia).

Além dos fatores acima mencionados, não se devem esquecer as conseqüências políticas e econômicas que resultariam da negociação de um regime internacional *Sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais, cujas premissas deverão ser o respeito e o fortalecimento dos direitos dos povos indígenas consagrados por tratados internacionais vinculantes, como a Convenção 169 da OIT.

Deve-se considerar, também, a influência que o regime *Sui generis* exercerá sobre elaboração e implementação do “Regime Internacional sobre Acesso e Repartição de Benefícios”, o que significa a adoção de medidas preventivas à apropriação e utilização indevidas de conhecimentos tradicionais, sem prejuízo das medidas necessárias à justa e equitativa repartição dos benefícios provenientes do acesso aos recursos genéticos associados aos conhecimentos tradicionais, o que determinará prejuízos incalculáveis àqueles países que, até o momento, têm auferido lucros às custas da biopirataria e da etnopirataria dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, mormente de países em desenvolvimento e de povos indígenas e comunidades locais que neles vivem.

2.1. A Participação dos Povos Indígenas no Grupo de Trabalho sobre o Artigo 8 “j”.

O Fórum Indígena Internacional sobre Diversidade Biológica (FIIB), durante a segunda reunião do Grupo de Trabalho sobre o Artigo 8 “j”, expressou, de forma sucinta, as expectativas dos povos indígenas em relação ao papel a ser desempenhado pelas partes, em cumprimento ao artigo 8º, “j”, manifestando-se no sentido de:

[...] reafirmar y asegurar que se respetan nuestros derechos fundamentales para la protección de nuestro conocimiento tradicional, para asegurar nuestro acceso y control continuo de nuestras tierras, aguas y territorios, y para ejercer y mantener nuestros derechos colectivos para practicar y preservar nuestro conocimiento y mantener nuestras obligaciones espirituales para la continuidad de la vida y la supervivencia de nuestras generaciones futuras. (DE LA CRUZ, 2005, p. 12).

O estágio atual das discussões, no âmbito do GT 8J, afere-se pelo tratamento dispensado ao tema na Oitava Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, realizada em março de 2006, na cidade de Pinhais, região metropolitana de Curitiba, no Estado do Paraná, onde foram abordados os seguintes itens:

- O programa de trabalho sobre o artigo 8º, ”j” e disposições conexas, especialmente os artigos 10 “c”, 17, § 2º e 18, § 4º⁶¹ e a integração das tarefas pertinentes nos programas de trabalho temáticos, por se tratar o artigo 8º “j” de uma questão que permeia vários dos pontos temáticos definidos pela convenção, daí denominar-se como uma questão transversal;

⁶¹ Vide Anexo I, texto da Convenção sobre Diversidade Biológica.

- O informe integrado sobre a situação e tendências relativas aos conhecimentos, inovações e práticas relevantes para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, no qual merece destaque a recomendação aos governos e partes de que tenham presente que os registros e documentação de conhecimentos, inovações e práticas dos povos indígenas e comunidades locais consistem em uma forma de proteção, logo não poderá ser obrigatório, mas tão somente voluntário, pois não deve o registro constituir-se em requisito para a proteção. Recomendou-se ainda, que os registros só deveriam ser estabelecidos mediante o consentimento prévio fundamentado das *comunidades* indígenas e locais; (Grifos da Autora).

- Foi apresentada uma solicitação ao secretariado da convenção para que analise a possibilidade de elaboração de diretrizes técnicas para registrar e documentar os conhecimentos, inovações e práticas tradicionais, com a participação plena e efetiva das *comunidades* indígenas e locais e que sejam analisados os possíveis riscos representados por esta documentação para os titulares desses saberes inovações e práticas, com sua participação plena e efetiva;

- Abordaram-se os elementos de um plano de ação para a manutenção dos conhecimentos, inovações e práticas tradicionais, relevantes para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, cujas discussões terão continuidade na quinta reunião do grupo de composição aberta sobre o artigo 8 “j” e disposições conexas;

- Finalmente, em relação ao mandato do GT 8 “j” de trabalhar em colaboração com o grupo de trabalho sobre acesso e repartição de benefícios acerca dos elementos do regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios pertinentes à proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, quase não houve progressos, pois não foram atendidas as reivindicações do Fórum Indígena Internacional sobre Biodiversidade, no sentido de que sejam reconhecidos os direitos dos povos indígenas sobre seus conhecimentos tradicionais, a exemplo do consentimento prévio fundamentado e a garantia de participação indígena, plena e efetiva, dentro e fora das delegações oficiais dos governos.

De acordo com a interpretação dos governos, a convenção confere às partes o direito ao consentimento prévio fundamentado para a realização do acesso aos recursos genéticos, e não aos detentores de conhecimentos tradicionais. Todavia ao disciplinar a aplicação de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, o artigo 8º, “j” menciona, de forma clara, a necessidade de aprovação e participação dos povos indígenas e comunidades locais.

A CDB tem promovido, assim, o cerceamento da participação plena e efetiva dos povos indígenas nas negociações sobre o regime, sob a alegação da soberania estatal, destituindo os detentores dos conhecimentos tradicionais do direito de decidir sobre uso dos próprios saberes e da prerrogativa de negar acesso aos recursos da biodiversidade, preservados em seus territórios.

Na lição de Rodrigo DE LA CRUZ (2005) a preocupação central pleiteada pelos povos indígenas é a necessidade de estabelecer marcos jurídicos claros e vinculantes, que possam apoiar, reforçar e priorizar a proteção dos conhecimentos tradicionais e a conservação da biodiversidade. Adicionalmente, afirma o autor, é difícil abordar e equacionar assuntos de tamanha complexidade, como a proteção e uso sustentável da biodiversidade, em face da ausência de reconhecimento dos direitos e responsabilidades inerentes às terras, territórios e recursos, intrinsecamente ligados à conservação do conhecimento tradicional.

A persistência dos países em considerar a negociação de determinados temas, como prerrogativa exclusiva dos estados e sua resistência em reconhecer e implementar normas internacionais que reconhecem povos indígenas como sujeitos de direito, em âmbito internacional, denota o entendimento de que o tratamento jurídico dispensado (ou não) aos povos indígenas, em cada país, é assunto de estrita soberania nacional.

Essa concepção contraria as tendências mais recentes do direito internacional que têm fortalecido a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve estar restrita à soberania absoluta do Estado, na medida em que pressupõe tema de legítimo interesse internacional. Flávia Piovesan ensina que esta concepção inovadora determina duas importantes conseqüências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;

2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito. (PIOVESAN, 2000).

A inadequação da CDB às mais modernas concepções do direito internacional, parece agravar outro fator de preocupação para os povos indígenas e comunidades locais em relação à CDB: passada mais de uma década da vigência da Convenção sobre Diversidade Biológica, tão poucos são os avanços em direção à sua implementação e tantas são as propostas de sistematização ou revisão das recomendações obtidas ao longo das oito conferências das partes

que a integram. O futuro das discussões da CDB aponta para a continuidade de um círculo vicioso de reuniões tecnocráticas, que permanecerão desperdiçando recursos valiosos para implementar um pouco do muito que já foi recomendado.

3. Questões Transversais: o grupo de trabalho sobre o acesso e a repartição de benefícios: o regime internacional sobre acesso e repartição dos benefícios.

À semelhança do artigo 8º “j” e artigos correlatos, a questão do acesso e da repartição dos benefícios dele decorrentes possui um caráter de transversalidade e tem sido discutida em um grupo de trabalho específico para o tratamento do tema, cujas atividades se iniciaram em 2001, quando ocorreu em Bonn, na Alemanha, a primeira reunião do grupo de trabalho de composição aberta sobre acesso e repartição dos benefícios: o GT ABS⁶².

Além do artigo 8º, “j”, o artigo 15 da Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece a necessidade de repartição dos benefícios oriundos do acesso a recursos genéticos e a sujeição do acesso ao princípio do consentimento prévio fundamentado⁶³, cujo conceito tem sido entendido como o consentimento, por parte do país provedor dos recursos genéticos, outorgado de modo livre, previamente ao acesso e munido de todos os esclarecimentos relativos ao acesso.

Um dos avanços conquistados pela CDB foi a superação da discussão sobre a soberania de cada Estado sobre os seus recursos genéticos, em razão da disputa internacional, que havia até então, na qual alguns países defendiam que as reservas de elevada importância biológica planetária deveriam ser consideradas, estrategicamente, patrimônio da humanidade.

A convenção reconhece os direitos soberanos de cada Estado sobre seus recursos genéticos, cabendo aos governos signatários regulamentar a CDB em suas respectivas legislações nacionais, por mandamento do artigo 15. Em decorrência disso, os artigos 8º, “j” e 15 dependem da sua implementação no âmbito interno para se tornarem efetivos.

A CDB reconhece, em seus artigos 3º e 15, a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, porém estabelece que o exercício desse direito deve ser norteado por políticas

⁶² ABS corresponde à sigla, em inglês, para Access and Benefit Sharing. A sigla APB corresponde à utilização da mesma expressão, em espanhol, denotando Acceso e Participación en los Benefícios.

⁶³ O conceito de consentimento prévio fundamentado, previsto no artigo 15, 5 da CDB foi traduzido na atual Medida Provisória 2.186 de 2001 como “anuência prévia”, conceito mais frágil e com pouca discussão acumulada.

ambientais de desenvolvimento sustentável, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, além da responsabilidade de assegurar que as atividades sob a jurisdição de um Estado nacional não causem danos a outros Estados, fora dos limites de sua jurisdição. Nesse sentido a lição de Paulo de Bessa Antunes:

Há uma soberania solidária e responsável em relação aos demais países da comunidade internacional, na medida em que os Estados têm a obrigação de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da sua jurisdição nacional. Dado o fato de que a diversidade biológica é um interesse de toda humanidade, está claro que o *direito soberano dos estados* não inclui o de destruí-la. (ANTUNES, 2005, p. 401).

Os países que implementaram suas legislações nacionais, a exemplo do Brasil, constataram, todavia, a inexistência de mecanismos que assegurassem o respeito aos marcos legais nacionais, porque a aplicabilidade dessas leis é restrita ao território daquele país. Assim, a transferência do recurso genético para além das fronteiras nacionais determina a impossibilidade de exigir o cumprimento da lei nacional com relação aos procedimentos de acesso e repartição dos benefícios que dele sejam derivados.

A partir da constatação dessa lacuna surgiu a necessidade de um regime internacional de acesso e repartição dos benefícios, como forma de suprir essas deficiências e implementar o disposto nos artigos 8º, “j” e 15 da CDB. Em 1998, foi estabelecido um grupo de especialistas para discutir o artigo 15 da CDB que, até então, se centralizava em grande parte no objetivo de conservação da biodiversidade. Surgiu, assim o grupo de trabalho de composição aberta sobre Acesso e Repartição de Benefícios (GT ABS), que tem se reunido para discutir o tema, desde 2001. (BRASIL, 2004).

O primeiro avanço implementado pelo GT ABS consiste na criação das Diretrizes de Bonn sobre Acesso e Repartição de Benefícios⁶⁴, adotadas por ocasião da sexta conferência das partes da convenção, em 2002, na cidade da Haia, na Holanda. As diretrizes estabelecem recomendações de caráter voluntário, isto é, de natureza não obrigatória, e são voltadas para a criação de políticas e marcos legais nacionais de acesso e repartição de benefícios, nos países signatários da convenção. (BRASIL, 2004).

⁶⁴ As Diretrizes de Bonn constam da decisão VI/24 da CDB.

Posteriormente, os debates evoluíram, indicando a necessidade de elaboração de um regime internacional que possa referenciar e regulamentar as relações de acesso e repartição dos benefícios entre os países partes da CDB, com o objetivo de harmonizar e tornar mais eqüitativos os direitos e obrigações que decorrem da convenção, suas metas e princípios.

A adoção do plano de implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (a Rio +10), em Johannesburgo, em 2002, incluiu um mandato de negociação de um regime internacional de promoção e proteção da repartição de benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos, no âmbito da CDB. O mandato de negociação do regime internacional foi adotado, em dezembro de 2002, pela Assembléia Geral da ONU, em seu 57º período de sessões, mediante a resolução 57/260, pela qual a CDB é convidada a tomar medidas relativas ao compromisso assumido durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável.

O mandato de negociação de um regime internacional de acesso e repartição de benefícios só foi inserido pela CDB na pauta do GT ABS mediante articulações e pressões, por parte do Grupo de Países Megadiversos Afins e do Grupo Africano. A sétima conferência das partes da convenção (COP VII), realizada em Kuala Lumpur, na Malásia, em 2004, estabeleceu um mandato específico, no âmbito do GT ABS, para negociar a construção de um regime internacional de acesso e repartição de benefícios, mediante a decisão VII/19D da Convenção.

Decisão VII/19D: Recordando el párrafo 44 (o) del Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en el cual se exigen medidas para “negociar en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen internacional para fomentar y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de la utilización de los recursos genéticos”, (MONTREAL, 2004, p. 270).

Atualmente a CDB discute a natureza do regime, seu escopo e quais elementos o integrarão, com base nas diretrizes dos termos de referência para nortear as negociações entre os países, na elaboração do regime internacional de acesso e repartição dos benefícios. Os debates mais recentes apontam para a criação de um regime com aspectos vinculantes e aspectos voluntários. Em relação ao escopo do regime, decidiu-se pela inclusão dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, em razão de que esse acesso pressupõe, em muitos casos, o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Existem divergências com relação ao escopo do regime, no sentido de que países, como o Brasil, têm defendido a sujeição do acesso às legislações nacionais, incumbindo o regime de

regular tão somente a repartição dos benefícios entre os países signatários, consoante os critérios de justiça e igualdade consagrados pela convenção.

3.1. A Participação dos Povos Indígenas no Grupo de Trabalho sobre Acesso e Repartição de benefícios.

A discussão sobre os elementos que irão fazer parte do regime internacional de acesso e repartição dos benefícios traz à tona a questão da sinergia entre as atividades do GT 8J e do GT ABS, em razão da inclusão dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, como escopo do regime, e do mandato, estabelecido pela COP VII, de que ambos devem desenvolver suas atividades em colaboração, no intuito de evitar inconsistências.

A repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos é um dos grandes objetivos estabelecidos pela CDB. Entre as questões suscitadas nesses debates merece destaque a questão do consentimento prévio fundamentado, nos casos em que há conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos, objetos do acesso.

A CDB estabelece, em seu artigo 15, § 5º, que a autorização de acesso deve ser precedida do consentimento prévio fundamentado: “o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte”. (BRASIL, 2006, p. 16). (Grifos da autora).

O artigo 8º, alínea “j”, por sua vez, determina aos Estados signatários o dever de:

“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**”. (BRASIL, 2006, p. 13). (Destques da autora).

Por fim, o artigo 10, alínea “c” ao abordar o tema da utilização sustentável de componentes da diversidade biológica estabelece como obrigação às partes: “proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável”. BRASIL, 2006, p. 15). (Destques da autora).

Se a exigência, por parte da convenção, de que haja consentimento prévio fundamentado simboliza um compromisso, no sentido de contemplar condutas para dar a mais ampla transparência ao processo de transferência de conhecimentos tradicionais, entende-se que o consentimento outorgado livremente, previamente e de modo esclarecido é um elemento ético indispensável para as legislações nacionais que buscam implementar as novas diretrizes inauguradas pela CDB. (Laurel FIRESTONE *apud* BORGES, p.38).

A análise conjugada dos artigos 15, § 5, 8º, “j” e 10, “c”, da CDB, a partir da interpretação sistemática do diploma legal, permite afirmar que, não obstante a referência do artigo 15, o qual outorga ao Estado a prerrogativa de consentir com o acesso, isso não exclui o os povos indígenas e as comunidades locais de exercer, previamente aos Estados, o seu direito de escolher as próprias prioridades em relação aos saberes, inovações e práticas que integram suas culturas, nos termos da Convenção 169 da OIT.

Significa dizer que o exercício do consentimento prévio fundamentado, por parte dos países signatários sobre os recursos naturais, não pode excluir o direito dos povos indígenas de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais, o que inclui a possibilidade de negar o acesso. Portanto, não podem os Estados consentir e impor o acesso, em nome dos detentores dos conhecimentos tradicionais que serão acessados (porque intrínsecos aos recursos da biodiversidade), sob pena de violar, não apenas os objetivos da própria CDB, mas também direitos consagrados em outros instrumentos internacionais.

A diferença em relação ao nível de participação dos povos indígenas e de comunidades locais, em ambos os GTs é perceptível e tem sido alvo de manifestações, por parte do Fórum Internacional Indígena sobre Biodiversidade, a exemplo do protesto realizado por ocasião do encerramento da IV reunião entre sessões do grupo de trabalho sobre composição aberta sobre acesso e repartição de benefícios, em Granada, Espanha, em fevereiro de 2006:

[...] los pueblos indígenas han estado presentes en toda esta reunión con la disposición y la voluntad de participar y de proporcionar aportaciones constructivas em este proceso, a pesar de las escasas oportunidades que se nos han ofrecido. Lamentamos que nuestros esfuerzos no hayan sido debidamente reconocidos. Mientras sigamos excluidos de los Amigos de la Presidencia, grupos de contacto y otros comités, continuaremos sin ser reconocidos. (FIIB, 2006).

Alegam os estados que a reduzida participação dos povos indígenas, em sede do GT ABS, se deve à compreensão dos Estados de que a negociação do regime internacional consiste

em uma prerrogativa das partes, em razão de que os temas de acesso e da repartição dos benefícios são consideradas questões de soberania nacional.

Deriva desse entendimento a afirmação dos Estados de que não compete aos observadores participar de negociações entre países. Na categoria de observadores, os povos indígenas e as comunidades locais podem, tão somente, apresentar suas contribuições, as quais, esclareça-se, têm sido ignoradas, em sede do GT ABS.

O FIIB tem afirmado que essa postura excludente, por parte dos países signatários da convenção, viola o respeito aos direitos humanos dos povos à sua livre determinação, bem como o direito de assumir o controle de seu desenvolvimento econômico, social e cultural, nos termos da Convenção 169 da OIT, em nome de uma pretensa soberania estatal, a qual não se sustenta em face da evolução do direito internacional.

A respeito, destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992:

Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...) Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional. (Boutros-Ghali, *apud* PIOVESAN, 2000, p.19).

Vai além o entendimento de Márcio SANTILLI, citado por Paulo Roberto Vieira Borges, no sentido de que dentro da questão socioambiental, a soberania “é da sociedade e dos seus projetos de futuro, que conformam a ideologia e a estrutura do Estado democrático que queremos, compatível com os valores civilizatórios de nosso tempo”. (SANTILLI *apud* BORGES, 2002, p. 37).

Os povos indígenas recordam, ainda, que a CDB não pode trabalhar de forma contrária a outras instâncias da ONU que discutem direitos humanos específicos para os povos indígenas, como o Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, o qual assegura, em seus artigos 3º, 26 e 29 a livre determinação aos povos indígenas, o seu direito de possuir, desenvolver, controlar e utilizar suas terras e territórios, incluindo os recursos da biodiversidade neles presentes, bem como o reconhecimento de suas leis tradicionais, costumes e sistemas próprios de

posse e ocupação de suas terras e águas tradicionais, além do direito ao reconhecimento pleno da propriedade e controle do patrimônio cultural e intelectual das sociedades indígenas.

Para os povos indígenas, o avanço das negociações do GT ABS, acerca do regime internacional, desprovido de participação plena e efetiva dos detentores de conhecimentos tradicionais e, sobretudo, sem o reconhecimento dos direitos a eles consagrados em outros instrumentos internacionais, gerais e específicos de direitos humanos e de seus sistemas jurídicos próprios, caracteriza desrespeito à condição dos povos indígenas, de sujeitos de direito internacional e uma ameaça aos sistemas tradicionais de conhecimento.

As declarações do FIIB tem reafirmado esse entendimento, de forma sistemática, na CDB:

[...] ni siquiera es pertinente hablar sobre el acceso a los conocimientos tradicionales, porque el conocimiento per se es parte del patrimonio intelectual colectivo de un pueblo, y entonces, lo que se debe es mas bien consolidar los sistemas ancestrales de vigilancia y control de tales conocimientos, es decir, el respeto por el derecho consuetudinario. (Declaração do FIIB *apud* DE LA CRUZ, 2005, p. 12).

Adicionalmente, os povos indígenas têm apresentado suas preocupações com a evolução das atividades do GT ABS acerca dos objetivos, âmbito, elementos e questões como o reconhecimento e proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, além da repartição dos benefícios resultantes do acesso.

Com relação aos objetivos, o FIIB tem questionado a promoção e a facilitação do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, o que caracteriza uma distorção dos verdadeiros objetivos do regime, entre os quais está a proteção dos direitos dos povos indígenas sobre seus conhecimentos tradicionais, em virtude do artigo 8º, “j”, objetivo ao qual os Estados têm oferecido resistência em reconhecer e implementar. (Destaques da autora).

Conclusão.

Este capítulo foi dedicado ao exame da CDB, suas estruturas e mecanismos de funcionamento, além de analisar o processo de elaboração das recomendações que passam a integrar a convenção, após cada conferência da partes. Também foi estudada a índole transversal empregada pela convenção na abordagem dos conhecimentos tradicionais, bem como o nível de participação dos povos indígenas nos diferentes contextos de uma conferência das partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.

A Convenção sobre Diversidade Biológica prima por inaugurar um espaço no qual co-existe uma diversidade de direitos e interesses, porém ao observador menos atento é perceptível que “uns são mais iguais que outros” e que essa desigualdade evidencia a fragilidade da eficácia dos instrumentos gerais e específicos de promoção e proteção de direitos humanos, no âmbito das discussões da convenção, situando-a na contramão da evolução do sistema internacional de direitos humanos, estudado no capítulo anterior.

A análise das atividades e da correlação de forças nos grupos de trabalho de maior interesse para os povos indígenas demonstra a relatividade do conceito de igualdade e a imposição de valores e regras por meio de um consenso não construído por meio do diálogo entre os diferentes, mas pela reprodução, imposição e legitimação dos interesses econômicos hegemônicos presentes em todas as instâncias da CDB.

Desse modo, as teorias sobre a harmonia e a controvérsia em um evento das Nações Unidas podem fornecer importantes subsídios para a reflexão da reprodução de sistemas de poder e de dominação sob o manto da mediação dos conflitos, caracterizada pela construção do consenso, baseado em uma harmonia coerciva, em detrimento dos povos indígenas e comunidades locais (NADER, 1994).

A atuação dos povos indígenas na CDB encontra-se inserida em questões transversais, que permeiam os principais eixos temáticos da convenção, todavia, a participação plena e efetiva dos representantes indígenas, nesse cenário, pressupõe a compreensão de saberes, a aceitação de procedimentos e a articulação com outros atores, impedindo os povos indígenas de contribuir e influir, efetivamente, nos processos decisórios da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Nesse sentido, pode-se questionar se a própria discussão em torno da proclamada repartição dos benefícios, que agora exige a elaboração de um regime internacional, não esconde,

sob o discurso de redução das desigualdades, a tentativa de cooptação da diversidade social por meio da mercantilização da essência cultural dos povos indígenas.

O poder, como prega Michel Foucault, não precisa ser necessariamente repressivo, pois pode ser exercido para criar seres acríticos, dóceis politicamente, por meio do aumento de sua capacidade econômica e redução de sua força política, gerando a neutralização do contra-poder pela diminuição de sua capacidade de revolta, de resistência de luta, de insurreição contra as ordens do poder. (FOUCAULT, *apud* MACHADO, 1992 p. 16).

Em face desse contexto, parece pertinente examinar a relação que a CDB mantém com outros tratados internacionais, inclusive em relação àqueles que versam sobre direitos dos povos indígenas e qual o seu grau de eficácia, como característica da lei. O próximo capítulo será dirigido à verificação da existência de conflitos entre instrumentos internacionais e, a partir das conclusões obtidas, determinar que reflexos essa polêmica tem lançado na implementação da convenção e em sua regulamentação no ordenamento jurídico pátrio.

CAPÍTULO IV.
A IMPLEMENTAÇÃO DA CDB, EM FACE DE OUTROS TRATADOS
INTERNACIONAIS.

Introdução.

A Convenção da Diversidade Biológica estabelece, expressamente em seu artigo 22⁶⁵, o respeito a outros instrumentos internacionais, consagrando uma diretriz de transversalidade da abordagem acerca da proteção da biodiversidade.

Esse caráter de transversalidade traz à pauta de discussões, por um lado, o sistema internacional de propriedade intelectual (e o tratamento dado aos conhecimentos tradicionais no âmbito desse sistema) e, por outro, os direitos dos povos indígenas reconhecidos por instrumentos internacionais de direitos humanos, de caráter específico que tratam dos direitos indígenas sobre seu patrimônio cultural, bem como sobre seus territórios tradicionais, o que implica os recursos naturais existentes em terras e águas ocupadas por povos indígenas.

Assim, serão abordados, nesse capítulo, a relação da CDB com diplomas internacionais, como a Convenção 169 da OIT, e com o sistema de propriedade intelectual vigente, a fim de avaliar em que medida a diversidade de direitos internacionais existentes reflete e influencia nos processos de discussão em andamento na CDB.

Realizar-se-á uma análise comparativa das discussões sobre a proteção de conhecimentos tradicionais associados aos recursos biológicos, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),

⁶⁵ CDB, artigo 22, inciso 1: “As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações causem grave dano ou ameaça à diversidade biológica”.

principalmente no que concerne aos impactos resultantes dos debates do Conselho do Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio, conhecido como TRIPS⁶⁶.

1. A CDB e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Em decorrência do seu artigo 22, a CDB cria a necessidade de estabelecer um diálogo com diferentes instâncias, confrontando instrumentos internacionais que geram direitos e obrigações muitas vezes conflitantes. Em razão desse dispositivo os povos indígenas têm destacado a importância de que a CDB leve em consideração o conteúdo da Convenção 169 de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

A Convenção 169 vigora no cenário internacional desde setembro de 1991 e somente foi ratificada pelo Brasil em 2002, por meio do Decreto Legislativo 143 e promulgada pela assinatura presidencial do Decreto 5.051 de 19.04.2004, publicado no Diário Oficial de 20.04.2004 (seção I, p.1), o qual determina a execução e o cumprimento da Convenção 169 da OIT em seu inteiro teor.

Assim, enfatiza Roberto Lemos dos Santos Filho, em caráter definitivo, “todas as ações governamentais, diplomas legais e decisões judiciais nacionais devem guardar consonância com as disposições insertas na Convenção 169 da OIT”. (SANTOS FILHO, 2006, p. 74).

A Convenção 169 da OIT é resultado da revisão da Convenção 107 de 1957, considerada como um dos principais diplomas internacionais de proteção a direitos indígenas, cujo conteúdo previa a adoção de programas, por parte dos governos nacionais, voltados à promoção do desenvolvimento social, econômico e cultural e à melhoria dos padrões de vida de populações tribais ou semitribais. A Convenção 107 consagrava a melhoria das condições sociais das populações indígenas como prioridade dos programas de desenvolvimento econômico. (SANTOS FILHO, 2006, p. 71). (Grifos da autora).

A revisão da Convenção 107 pela Convenção 169 deriva da organização dos povos indígenas, em âmbito internacional, principalmente a partir da década de setenta, com a evolução

⁶⁶ TRIPS é a sigla em inglês referente a “Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights” que se popularizou e passou a ser utilizada globalmente.

da concepção da sociedade internacional em relação aos povos indígenas e da resistência apresentada às perspectivas apresentadas na Convenção 107 de integração das populações indígenas à sociedade nacional e de seu caráter paternalista.

Critica-se na Convenção 107 o pressuposto de que, à medida que as populações indígenas e tribais fossem integradas à comunhão nacional, desapareciam suas especificidades culturais. A Convenção 169 modifica esse entendimento ao promover o respeito às culturas, às formas tradicionais de viver e aos sistemas de direito consuetudinário dos povos indígenas e supõe que estes povos permanecerão existindo, como parte da sociedade nacional, sem prejuízo da manutenção e preservação de suas identidades, culturas e tradições. A Convenção 169 consagra como princípio a valorização dessas culturas e formas de vida e o dever de salvaguardá-las. (TOMEI e SWEPSTON, 1996, p. 19-21).

Manuela TOMEI e Lee SWEPSTON (1996, p. 21) advertem, ainda, que a Convenção 107 possui caráter de proteção dos direitos dos povos indígenas, embora não possa mais ser objeto de ratificações, tampouco é permitido aos países signatários denunciá-la automaticamente, sem que tenham ratificado a Convenção 169. “Apesar de suas imperfeições, a Convenção 107 propicia uma importante proteção que não se encontra em nenhuma outra instância normativa internacional, a menos que se tenha ratificado a Convenção 169”.

Por outro lado, a utilização da expressão “povos indígenas”, em substituição à expressão “populações”, de conotação mais biológica do que étnica, evidencia a mudança no tratamento dispensado pela Convenção 169 a segmentos sociais com características culturais, lingüísticas, espirituais, políticas, jurídicas e econômicas peculiares, cujas especificidades são adequadamente contempladas por meio da utilização da expressão “povos indígenas” como explicam Manuela Tomei e Lee Swepston:

Durante três anos a OIT trabalhou para a adoção da Convenção, discutindo se na nova Convenção mudaria por “povos” o termo “população” utilizado na Convenção 107. A decisão de usar o termo “povos” resultou de longas discussões e consultas dentro e fora das reuniões. Acordou-se finalmente que o termo correto seria o de “povos”, já que este reconhece a existência de sociedades organizadas com identidade própria, em vez de simples agrupamentos de indivíduos que compartilham algumas características raciais ou culturais. (TOMEI e SWEPSTON, 1996, p. 28).

Em razão da concordância com os avanços da Convenção 169 no reconhecimento do multiculturalismo utiliza-se nesse trabalho a expressão “povos indígenas” e ao transcrever textos

legais que empreguem expressões superadas, como “populações indígenas”, “índios” ou “comunidades indígenas” essa terminologia tem sido sublinhada, como forma de recordar sua inadequação ao referir-se à diversidade social e cultural⁶⁷.

Deve-se esclarecer que a Convenção 169, em seu artigo 1º, inciso 3, estabelece que o emprego do termo “povos” na convenção, “não deverá ser interpretado como tendo qualquer implicação no que se refere aos direitos que possam conferir-se ao termo no Direito Internacional”. (MAGALHÃES, 2002, p. 90).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 é o principal instrumento normativo internacional vinculante acerca dos direitos dos povos indígenas. A Convenção 169 concretiza a evolução do direito internacional ao eliminar o paradigma assimilacionista que prevalecia até então, por meio do reconhecimento das aspirações desses povos à sua livre determinação, a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, bem como a manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro da jurisdição dos países em que habitam.

Sílvio Coelho dos SANTOS, citado por Roberto Lemos dos SANTOS FILHO (2006, p. 74-75), ensina que a Convenção 169 da OIT estabelece o dever dos Estados de respeitar a diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, em todas as suas dimensões, enfatizando os direitos indígenas às terras e aos seus recursos biológicos, além de tratar de temas relacionados ao trabalho, formação profissional e contratação, previdência social, saúde, educação e meios de informação. A Convenção 169 da OIT recomenda, expressamente, a participação dos povos indígenas em políticas públicas, medidas governamentais e legislativas que tenham incidência direta sobre esses povos.

⁶⁷A respeito da terminologia utilizada para denominar povos indígenas, afirmei, em palestra proferida por durante o Seminário Encruzilhadas das Modernidades que: Somos um país megasociodiverso e, embora a Convenção fale de “populações indígenas e comunidade locais”, essas expressões massificam uma enorme diversidade social: ao tratar de “comunidades locais” falamos de seringueiros, extrativistas, ribeirinhos, caçaras, andirobeiras, pescadores, babaqueiras e uma infinita sociodiversidade que não admite sua massificação sob um mesmo conceito, e ao falar de “populações indígenas”, no Brasil, estamos nos referindo a um universo de 230 povos com culturas, línguas, organizações sociais e sistemas jurídicos próprios, cujo reconhecimento é consagrado pela Carta Magna Brasileira. (KAINGÁNG, 2006, p.45).

1.1 Os direitos dos Povos Indígenas na Convenção 169 da OIT e seus reflexos na CDB.

A estrutura da convenção está organizada em três seções principais: a primeira estabelece a política geral a ser seguida pelos governos em relação ao tratamento a ser dispensado aos povos indígenas e tribais, a segunda disciplina vários temas substantivos, de forma específica e a terceira aborda assuntos gerais e administrativos. Em seu preâmbulo, a Convenção 169 enfatiza “a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”. (MAGALHÃES, 2002, p. 89).

O artigo 2º, inciso I, estabelece o dever dos Estados-Membros de “desenvolver **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática, **com vista a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade**”. No inciso II a convenção determina que tal ação deverá incluir medidas: alínea b) “que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, **respeitando a sua identidade social e cultural , os seus costumes e tradições, e as suas instituições**”. O artigo 3º assegura o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminações de gênero. (Destaques acrescentados).

O artigo 4º, inciso 1º, impõe a adoção de medidas especiais necessárias para a salvaguarda de pessoas, instituições, bens, **culturas e do meio ambiente** dos povos interessados e no inciso 2º assevera que “**tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados**”. (MAGALHÃES, 2002, p.91). (Destaques acrescentados).

O artigo 6º determina a criação e implementação de mecanismos participativos e de consulta, previamente à criação de medidas legais ou administrativas que possam afetá-los diretamente. A Convenção 169 fortalece, assim, a participação dos povos indígenas, como sujeitos de direito e não mais como incapazes que necessitam ser representados por terceiros, situando-os na condição de protagonistas, de atores principais dos processos que incidam sobre suas formas de vida. (MAGALHÃES, 2002, p.92).

Em harmonia com o princípio da livre determinação dos povos, o artigo 7º da convenção outorga aos povos indígenas **o direito de escolher suas próprias prioridades** no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças,

instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, **e de controlar**, na medida do possível, **o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural**". (MAGALHÃES, 2002, p.92). (destaques da autora).

Em decorrência desses artigos, a Convenção 169 consagra o direito dos povos indígenas de falar por si mesmos e de tomar parte nos processos de decisões que lhes dizem respeito e tais contribuições são consideradas benéficas aos países por eles habitados. (TOMEI e SWEPSTON, 1996, p. 22).

O artigo 13 trata do respeito à importância especial que, para as **culturas e valores espirituais dos povos indígenas, possui a sua relação com as terras ou territórios**. De forma complementar, o artigo 14 disciplina os direitos de propriedade e posse dos povos indígenas, sobre as terras que tradicionalmente ocupam e utilizam, estabelecendo o dever dos Estados, no sentido de adotar as providências necessárias à garantia e proteção efetiva desses direitos dominiais e possessórios aos povos indígenas. (MAGALHÃES, 2002, p.94).

Os direitos assegurados aos povos indígenas pela convenção, em relação às terras e territórios têm por objetivo abranger as diferentes realidades desses povos nos países signatários, nas quais há casos em que eles têm títulos de propriedade plena sobre suas terras tradicionais, mas existem situações em que o exercício do direito de propriedade, por parte deles, possui limitações, a exemplo da inalienabilidade das terras indígenas.

Não significa, portanto, que a convenção assegura a todos os povos indígenas, direitos de propriedade sobre suas terras tradicionais, mas que o diploma leva em consideração a diversidade de situações, nas quais nem todos os povos indígenas e tribais exercem, de forma plena, seus direitos de propriedade. (TOMEI e SWEPSTON, 1996).

Por fim, o artigo 15 preceitua proteção especial aos direitos dos Povos Indígenas, aos recursos naturais existentes em suas terras, em consonância com o que estabelece o artigo 231 da Lei Maior do Brasil, em seu parágrafo 2^o⁶⁸. (MAGALHÃES, 2002, p.94).

Além desses temas a Convenção 169 da OIT trata, em suas dez seções, da contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social, saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação transfronteiriços, administração e disposições gerais e transitórias. (SANTOS FILHO, 2006, p.75).

⁶⁸ Constituição Federal. Artigo 231. §2º: "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes".

A partir deste enfoque sucinto da Convenção 169 da OIT depreende-se que a postura assumida pelos países partes da CDB, em relação aos povos indígenas está em desacordo com os direitos humanos específicos de proteção existentes e perpetra, portanto, flagrante violação do mandamento do seu artigo 22.

O desrespeito às diretrizes da Convenção 169, por parte da Convenção, principia pela utilização da expressão “populações indígenas” e “comunidades indígenas” para designar povos indígenas, o que traduz um retrocesso, na medida em que retoma discussões superadas pelos avanços implementados pela Convenção 169, que assegura o respeito à diversidade social, étnica e cultural, implementado pelo emprego do termo “povos”, no âmbito dos direitos específicos dos povos indígenas.

Ademais, o caráter de participação plena e efetiva dos povos indígenas na Convenção sobre Diversidade Biológica, como estudado no capítulo anterior, não constitui uma realidade em todos os níveis e questões em discussão na convenção, a exemplo das formas de exclusão, diretas e indiretas, sofridas pelos povos indígenas nas negociações sobre o regime internacional de acesso e repartição de benefícios, cujos impactos sobre os povos indígenas, seus territórios tradicionais e seus conhecimentos tradicionais são inegáveis.

Talvez a violação mais grave perpetrada pela CDB contra os preceitos da Convenção 169 da OIT, seja a resistência em reconhecer os direitos dos povos indígenas à propriedade e posse de seus territórios, terras e águas tradicionais e aos recursos da biodiversidade que neles se encontram preservados, bem como o direito de decidir sobre o uso desses recursos e dos conhecimentos tradicionais que lhe são intrínsecos.

A polêmica em torno da titularidade do consentimento prévio fundamentado para o acesso aos recursos genéticos, declarada como prerrogativa dos Estados, ilustra com clareza a atitude autoritária, por parte dos Governos na CDB, por extrapolar os limites de interferência que as instâncias estatais podem ter sobre os povos indígenas que vivem sob sua jurisdição.

Como é possível que um Estado se declare titular de um patrimônio cultural, intangível, que abrange conhecimentos tradicionais, que o Estado desconhece e sobre tais conhecimentos, que não detém, outorgue um acesso que não foi consentido por seus legítimos detentores?

Finalmente, o somatório de todos esses fatores tem como resultado a violação da livre determinação dos povos, do direito de participar como sujeito de direito e de optar pelas próprias

prioridades, mormente no que concerne aos conhecimentos tradicionais intrínsecos aos recursos biológicos existentes em territórios indígenas.

A Convenção 169 silencia sobre o direito à livre determinação dos povos indígenas, entretanto, não impõe nenhum óbice ou incompatibilidade em relação a instrumentos internacionais que venham a definir esse direito [a exemplo do Projeto de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, em discussão no Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas na ONU]. (TOMEI e SWEPSTON, 1996).

A CDB determina a repartição, justa e equitativa dos benefícios resultantes do acesso aos recursos genéticos, com o objetivo de reduzir as desigualdades existentes entre países detentores de biotecnologia e países detentores de biodiversidade. A convenção reconhece, também, a estreita dependência das populações indígenas⁶⁹, com estilos de vida tradicionais em relação aos recursos biológicos existentes em suas terras. Esses recursos têm sido preservados e conservados em terras e águas tradicionais, mediante o uso de conhecimentos tradicionais, inovações e práticas sobre o manejo sustentável do meio ambiente. Por fim, a convenção declara a importância desses conhecimentos, inovações e práticas e determina a repartição dos benefícios de sua utilização.

A CDB consagra o respeito a direitos existentes, porém não tem reconhecido, em suas discussões, recomendações e implementação, o principal tratado internacional sobre direitos dos povos indígenas, qual seja a Convenção 169 da OIT, na qual definem-se as diretrizes, princípios e normas que devem orientar as relações dos Estados com esses povos.

Manuela Tomei e Lee Swepston reiteram a importância da Convenção 169, não apenas como instrumento internacional de defesa de direitos humanos, em caráter geral, mas, sobretudo, por seu caráter específico de reconhecimento de direitos dos povos indígenas:

Além dos direitos humanos universais que se reconhecem a cada cidadão, a Convenção prevê **direitos** que só se aplicam aos povos indígenas e tribais. Estes direitos incluem: direitos coletivos de propriedade e posse de suas terras; o direito de conservar seu idioma e instituições; o direito, em certas circunstâncias, de resolver conflitos internos de acordo com seu direito consuetudinário. (TOMEI e SWEPSTON, 1996, p. 34).

Se a análise da atuação dos povos indígenas da CDB aponta para reivindicações de respeito às normas internacionais de direitos humanos dos povos indígenas, em razão de seu

⁶⁹ A respeito do emprego inadequado das expressões “populações” e “comunidades” vide o capítulo IV, subtítulo 1 da presente dissertação.

descumprimento por parte dos Estados, indaga-se: de que forma a CDB pretende retribuir os benefícios agregados pelos conhecimentos, inovações e práticas relevantes para a preservação e conservação da biodiversidade, sem que essa retribuição seja fundada nos parâmetros consagrados pela Convenção 169, elaborados com participação dos povos indígenas?

Essa indagação, por sua vez, leva à formulação de outras perguntas: qual tem sido a postura adotada na CDB, em relação a outros tratados relativos a direitos que não se referem aos povos indígenas? Esse será o tema do próximo subtítulo a ser estudado.

2. A Convenção sobre Biodiversidade e o Sistema de Propriedade Intelectual.

A Propriedade Intelectual pode ser definida como um conjunto de princípios que disciplinam a aquisição, o uso e a perda de direitos e interesses em propriedades intangíveis, suscetíveis de serem usados comercialmente. O regramento infraconstitucional sobre o direito de imagem, o direito autoral e os direitos conexos⁷⁰ integra o sistema de propriedade intelectual, juntamente com as marcas, patentes, desenhos industriais e indicações geográficas (INPI, 2006).

A propriedade intelectual tem sua origem na necessidade de proteção das invenções e criações do intelecto humano e a evolução tecnológica tem demandado sistemas de proteção dos direitos intelectuais cada vez mais complexos:

Desenvolvido a partir do Século XIX para proteger inicialmente as criações artísticas, as invenções e as marcas, o sistema de propriedade intelectual tem evoluído para formas mais ampla de proteção, como, por exemplo, desenhos industriais, indicações geográficas e os sistemas *sui generis* para programas de computador, circuitos integrados e novas variedades vegetais. (BRASIL, 2004, p.15).

O domínio do conhecimento tecnológico, sua formação e utilização é fator de poder econômico e político, nesse sentido, o direito de propriedade intelectual objetiva propiciar condições para o desenvolvimento técnico de uma sociedade implementado, por meio de seus institutos, de modo a ensejar a propagação do conhecimento, à medida que assegura a seu detentor, por determinado lapso temporal, as condições para obter a justa retribuição pelos esforços intelectuais empregados. (SICHEL, 2001, s.n.).

⁷⁰ Lei 9610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais, que engloba a proteção ao software.

Na mesma direção leciona Paulo de Bessa Antunes ao afirmar a importância da manutenção dos mecanismos da propriedade intelectual, por intermédio das patentes, para a geração de novos investimentos e a produção de novos medicamentos. Afirma o autor que “qualquer pressão para que os mecanismos de proteção da propriedade intelectual referente aos medicamentos sejam enfraquecidos criará seguramente uma redução de investimentos privados em novos produtos. (ANTUNES, 2005, p. 412-413).

Ricardo Luiz SICHEL (2001, s.n.) ensina que primeira lei sobre patentes foi promulgada em 1623, no Reinado de Jacob I, na Grã-Bretanha, e sua nomenclatura deriva de sua forma de concessão originária, uma certidão denominada *literae patentes*. O conceito de patente é enunciado pelo autor da seguinte forma:

Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente. (SICHEL, 2001, p.1).

A patente constitui-se, assim, em um direito de propriedade intelectual específico que confere a seu titular direitos exclusivos, por um prazo determinado de vigência, sobre um produto ou processo sobre os quais o titular obtenha a carta-patente, a qual lhe outorga o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, como fabricação, comercialização, importação, utilização e licenciamento.

A lei brasileira 9.279 de 1996 (Lei de Propriedade Intelectual) explicita, no artigo 18, inciso III e parágrafo único, serem patentes em biotecnologia aquelas que contemplam processos de produção baseados em materiais biológicos, tais como microorganismos, produtos resultantes, materiais biológicos e os próprios microorganismos, desde que sejam transgênicos.

A legislação de propriedade intelectual prevê co-autoria e a possibilidade de obras coletivas, todavia entendidas como “o somatório de obras individuais que passam a integrar uma obra autônoma”. Na lição de Ana Valéria Araújo “Esse modo de proteção, entretanto, não incorpora as especificidades da produção cultural indígena que, em sua grande parte, decorre de uma atuação coletiva e indivisa”. (ARAÚJO, 1996 p. 99).

Juliana SANTILLI (2005) ensina que a Convenção da Diversidade Biológica inaugura um novo olhar no âmbito das discussões sobre biodiversidade, e seu avanço social mais significativo consiste no reconhecimento da relevância dos conhecimentos, práticas e inovações

dos povos indígenas para a preservação da biodiversidade. Sua implementação, entretanto, tem esbarrado em obstáculos trazidos aos debates pelo sistema legal de propriedade intelectual, principalmente no que concerne aos aspectos relativos ao comércio, marcadamente, na área de direitos de propriedade industrial derivados de patentes.

Nesse sentido, discute-se os impactos causados pelas patentes sobre os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em virtude da apropriação indevida e sistemática de saberes tradicionais por pessoas, físicas e jurídicas, mediante a utilização desse mecanismo específico de propriedade intelectual, sem qualquer procedimento para atender aos princípios do consentimento prévio informado de seus detentores e da justa e equitativa repartição dos benefícios oriundos da utilização desses conhecimentos na elaboração de produtos e processos passíveis de patenteamento.

2.1 A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais no Âmbito da Propriedade Intelectual.

A Convenção sobre Diversidade Biológica e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual têm se debruçado sobre a possibilidade de proteção dos conhecimentos tradicionais mediante a utilização de mecanismos de propriedade intelectual, todavia essa discussão tem gerado mais divergências do que consensos.

Algumas questões das questões mais polêmicas a serem destacadas são a afirmação, por parte da comunidade científica, de que os saberes tradicionais são desprovidos de cientificidade e a alegação da impossibilidade de outorgar proteção a uma parcela significativa dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, em razão de que estariam difusos na cultura popular nacional e em situação de domínio público, i.e., seriam de conhecimento geral.

Para a ciência moderna, explica Boaventura de Sousa Santos, “a profundidade do conhecimento local das plantas é avaliada pela utilidade destas, com especial destaque para as plantas medicinais”. O que realmente se verifica, conclui Boaventura, é que o debate sobre os saberes medicinais tradicionais atribui a esses conhecimentos um estatuto de importância relativa, que somente adquire significação se apropriado e transformado pelo saber científico. (SOUSA SANTOS 2005, p. 67).

Por oposição à concepção de que o saber indígena é destituído de respaldo científico, a cientista Vandana SHIVA, citada por Juliana Santilli, cita os indicadores de que o uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência de reconhecer as propriedades medicinais de plantas em mais de 400%, e dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores, e largamente utilizados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais. Menos de doze são sintetizados por modificações químicas simples, o resto é extraído diretamente de plantas e depois purificado. (SANTILLI 2005 p. 197).

Em resposta à afirmação de que os conhecimentos tradicionais se encontram amplamente difundidos nas sociedades nacionais em que habitam seus detentores, os povos indígenas têm reiterado que: “nossos conhecimentos da biodiversidade não se separam das nossas identidades, leis, instituições, sistemas de valores e da nossa visão cosmológica como povos indígenas”. (Carta de São Luís do Maranhão, 2001).

Portanto, na visão dos povos indígenas, os conhecimentos tradicionais são considerados inalienáveis e o sistema de propriedade intelectual tem servido para legitimar sua apropriação indevida, principalmente por meio das patentes, como afirma a Carta de São Luís do Maranhão, em seu parágrafo 7º§: “[...] afirmamos nossa oposição a toda forma de patenteamento que provenha da utilização dos conhecimentos tradicionais e solicitamos a criação de mecanismos de punição para coibir o furto da nossa biodiversidade”. (CARTA DE SÃO LUÍS DO MARANHÃO, 2001).

Os direitos de propriedade intelectual são protegidos pelo Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio (TRIPS), mas não há nenhum sistema eficaz de proteção a conhecimentos coletivos, nem tampouco aos conhecimentos de domínio público. Curiosamente, a alegação de que um conhecimento está em domínio público serve para excluir dos benefícios outorgados pelos direitos da propriedade intelectual, o país de origem de tais conhecimentos, como afirma Manuela Carneiro da Cunha:

O país de origem dos conhecimentos é não apenas excluído de qualquer benefício, como também é, ironicamente, obrigado pelo acordo TRIPS, a respeitar tal direito de propriedade intelectual. Aquilo que originariamente estava no domínio público em seu país de origem pode voltar ao mesmo como propriedade privada. (CUNHA *apud* Juliana SANTILLI, 2005, p. 205).

Dentre os óbices que dificultam a aplicação de mecanismos de propriedade intelectual ao patrimônio cultural de povos indígenas destacam-se: a natureza coletiva desse patrimônio, a

qual gera dúvidas sobre o titular do direito e os valores culturais e espirituais que impregnam o patrimônio cultural dos povos indígenas. Em muitos casos, não é possível, a determinação do valor econômico dos conhecimentos tradicionais e sua comercialização, o que os torna incompatíveis com os aspectos privatista e economicista que caracterizam o sistema de propriedade intelectual.

Em conformidade com a decisão VII/16/H⁷¹ da convenção, duas tendências se distinguem como formas de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, nessa discussão: a proteção positiva, segundo a qual deve ser promovida a promoção e o reconhecimento de direitos, em um regime *sui generis*, situado no âmbito do sistema de propriedade intelectual, e a proteção defensiva, segundo a qual devem ser desenvolvidos mecanismos para coibir a apropriação e utilização indevida, por parte de terceiros, de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por meio da utilização de direitos de propriedade intelectual.

A proteção positiva visa à proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e comunidades locais, por meio da criação de um regime *sui generis* que possa garantir aos titulares dos conhecimentos tradicionais a adoção de medidas e utilização de recursos para fazer face à utilização abusiva desses conhecimentos, concretizada pela biopirataria.

Verifica-se, nos fóruns ligados à propriedade intelectual, uma polêmica em torno das discussões sobre a proteção defensiva:

O principal mecanismo proposto, dentro dessa abordagem defensiva, é a necessidade de identificação da origem dos recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais associados (“disclosure”) nos pedidos de patentes, por um lado, para que se verifique a legitimidade e legalidade do acesso, e por outro, para que o examinador de patentes possa mais facilmente analisar se existe ou não novidade e atividade inventiva. (BRASIL, 2004, p. 16-17).

A implementação desse mecanismo pressupõe que os conhecimentos tradicionais sejam registrados e divulgados em bancos de dados, de forma a permitir aos examinadores de patentes avaliar as solicitações de registro de patentes, a partir do estado da técnica dos conhecimentos tradicionais.

⁷¹ A Decisão VII/ 16 H consigna: “A Conferência das Partes [...] Tomando nota de que pode ser necessário estabelecer uma combinação de medidas defensivas e positivas, levando em consideração aspectos tanto de propriedade intelectual, quanto de outra índole, para a proteção dos conhecimentos inovações e práticas tradicionais relativos à conservação e uso sustentável da diversidade biológica”. (SECRETARÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, 2004, p. 246).

Alguns questionamentos têm sido suscitados em face dessa proposta: 1) a impossibilidade de registrar todos os conhecimentos tradicionais relativos à biodiversidade, em função da natureza dinâmica que possuem e dos aspectos de espiritualidade e confidencialidade de que são revestidos alguns desses saberes, 2) o tipo de proteção que será conferida àqueles conhecimentos que não tenham sido integrados na base de dados sobre o estado da técnica de conhecimentos tradicionais associados dos povos indígenas, levando-se em consideração a dificuldade enfrentada pelos povos indígenas de produzir provas acerca da titularidade do conhecimento, em virtude de serem, em grande parte, sociedades de tradição oral e 3) o nível de acesso e de controle que terão os povos indígenas sobre um banco de dados dessa natureza, mormente para fins de exercer seus direitos de consentimento prévio e fundamentado e de estabelecer em que moldes deve ocorrer a repartição dos benefícios e quais os parâmetros para a aferição dos critérios de justiça e equidade dessa repartição. (BRASIL, 2004).

A despeito de toda a polêmica que circunda a relação entre a CDB e o sistema de propriedade intelectual, somente em 2002, a CDB incumbiu o secretariado executivo⁷², mediante a decisão VI/24C (3a)⁷³, de reunir maiores informações e análises sobre o impacto dos regimes de propriedade intelectual sobre o acesso e uso dos recursos genéticos, bem como sobre a pesquisa científica.

Dentre os problemas identificados pelo secretariado destacam-se: a tensão entre os direitos de propriedade intelectual e a consecução de objetivos sociais mais amplos, em particular, aqueles ligados às necessidades de produtores pobres, os impedimentos ao desenvolvimento efetivo da ciência devido à restrição ao intercâmbio de informações e, por fim, a elevação dos custos do desenvolvimento de produtos, traduzido em preços mais elevados para os consumidores. Todavia, essas conclusões não foram transformadas em recomendações da CDB. (RODRIGUEZ, 2006).

No âmbito do direito patentário, tratados internacionais como o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio (TRIPS), administrado pela Organização Mundial do Comércio (OMC), do qual o Brasil também é signatário, têm tido repercussão danosa para o patrimônio cultural dos povos indígena. As discussões empreendidas no âmbito da OMC

⁷² A respeito do secretariado da CDB vide o capítulo III, subtítulo 1 do presente dissertação.

⁷³ A Decisão VI/24C (3a) da CDB solicita ao secretariado executivo: “encarregar-se de reunir mais informação e análises sobre o impacto dos regimes de propriedade intelectual sobre o acesso e utilização dos recursos genéticos e a investigação científica” (RODRIGUEZ, 2006, p. 245). (Tradução da autora).

determinam impactos sobre a CDB, principalmente em relação às negociações sobre o regime internacional de acesso repartição dos benefícios.

Assim, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por meio da utilização de mecanismos de propriedade intelectual tem sido motivo de discussões que apontam para a uma possível repercussão negativa que produzirá uma limitação indesejada a direitos dos povos indígenas sobre seu patrimônio cultural e a direitos de soberania, reconhecidos na CDB.

2.2. A CDB e o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio.

Em 1995 entrou em vigor o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual para o Comércio (TRIPS), no âmbito da OMC que, embora não discipline especificamente sobre conhecimentos tradicionais, possui reflexos sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, principalmente, em relação ao artigo 27.3 (b)⁷⁴ que estabelece os casos de exclusão de matéria patenteável:

A revisão desse artigo tem causado bastante controvérsia entre os países. Em resumo, os países em desenvolvimento querem algum reconhecimento e proteção dos conhecimentos tradicionais, mas parece haver hesitação sobre o objeto, a natureza e o escopo dessa proteção, bem como sobre a extensão em que o assunto deve ser abarcado pelo TRIPS. Os Estados Unidos têm insistido em não admitir nenhum tratamento da questão dos conhecimentos tradicionais no âmbito do TRIPS. (BAYLÃO e BENSUSAN, 2003, p. 21).

⁷⁴ “Artigo 27 – TRIPs (tradução livre)

Matéria patenteável

1. [...]
2. Os membros poderão excluir do patenteamento as invenções cuja exploração comercial em seus territórios deve ser impedida necessariamente para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a saúde ou a vida das pessoas ou dos animais ou para preservar os vegetais, ou para evitar danos graves ao meio ambiente, sempre que essa exclusão não se faça meramente porque a exploração esteja proibida por sua legislação.
3. Os Membros poderão excluir ainda assim do patenteamento:
 - a) [...];
 - b) as plantas e os animais exceto os microorganismos, e os procedimentos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, que não sejam procedimentos não-biológicos ou microbiológicos. Não obstante, os Membros deverão outorgar proteção a todas as variedades de plantas mediante patentes, mediante um sistema eficaz *sui generis* ou mediante uma combinação entre os dois. As disposições do presente subparágrafo serão objeto de revisão quatro anos depois da entrada em vigor do Acordo da OMC”. (BAYLÃO e BENSUSAN, 2003, p.21).

Países megadiversos, como o Brasil, defendem a inclusão de novos requisitos para a concessão de patentes, a exemplo da identificação da origem do material genético, da declaração de existência da utilização de conhecimentos tradicionais utilizados para obtenção do material e a evidência de consentimento prévio informado para o registro da patente, além da justa e equitativa repartição dos benefícios dela decorrentes.

A Declaração de Doha, no Catar, em 2001, aprovada na Quarta Conferência Ministerial da OMC⁷⁵, celebrada para dar seguimento aos acordos administrados pela organização, entre eles o TRIPS, estabeleceu, em seu parágrafo 19, o mandato ao Conselho do TRIPS para que examine a relação entre o acordo e a Convenção sobre Diversidade Biológica, a proteção dos conhecimentos tradicionais e o folclore, além de novos acontecimentos pertinentes. (RODRIGUEZ, 2006, p).

Durante a Oitava Conferência das Partes (COP 8)⁷⁶ da CDB, em Curitiba, em março de 2006, a OMC promoveu um encontro paralelo para debater, pela primeira vez, a relação entre a Convenção e o Acordo TRIPS. O encontro teve como organizadora e mediadora, Jayashree Watal, conselheira da OMC da divisão de propriedade intelectual e contou com a participação de representantes de três países membros da OMC, os quais apresentaram a posição dos respectivos países a respeito do tema. (ROSSINI, 2006, p.1).

No início de sua apresentação, Jayashree ressaltou o fato de que não estão sendo alvo de discussão na OMC os temas relativos ao certificado de origem/fonte/procedência legal (*disclosure*)⁷⁷ e à criação de um sistema *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais e folclore. A conselheira da OMC acrescentou que as discussões sobre os objetivos relacionados à autorização para o acesso e a divisão de benefícios (ABS) passaram a ser debatidos a partir de

⁷⁵ “Na Conferência ministerial da OMC, em Doha, [...] foram apresentados resultados que asseguram a compatibilidade entre a CDB e o Acordo TRIPS. O Brasil defende uma emenda ao Art. 27.3(b) no sentido de incorporar os requisitos de identificação do material genético utilizado na invenção, da repartição de benefícios com os detentores de recursos genéticos, do consentimento prévio fornecido pelos detentores e dos conhecimentos tradicionais associados à invenção [...]”. (Paulo Vieira BORGES, 2002, p.55).

⁷⁶ A respeito das formas de organização da CDB e suas Conferências, vide capítulo III, subtítulo 1 dessa dissertação.

⁷⁷ A decisão VII/ 19 da CDB, que trata do acesso e repartição dos benefícios em relação com os recursos genético (artigo 15), em sua seção C, a qual aborda outros enfoques, em conformidade com a decisão VI/ 24 B estabelece que: “A Conferência das Partes [...] Reiterando a necessidade de continuar examinando outros enfoques estabelecidos na decisão VI/ 24 B, bem como outros métodos, como os acordos inter-regionais e bilaterais e um certificado internacional de procedência legal/ de origem/ de fonte, em particular a eficácia e a relação custo benefício de semelhante certificado”. (SECRETARÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, 2004, p. 269). Grifos da autora.

1995, a pedido do grupo de países megabiodiversos: (África do Sul, Austrália, Brasil, China, Colômbia, Equador, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Indonésia, Madagascar, Malásia, México, Papua Nova Guiné, Peru, República Popular do Congo e Venezuela).

A partir de então, a OMC passou a reconhecer a existência de objetivos comuns à OMC e à CDB, embora com significativas divergências sobre o modo pelo qual esses objetivos serão atingidos. Dentre os principais objetivos destacam-se o de evitar patentes errôneas ou com vícios em sua validade gerados pelo descumprimento dos mandamentos estabelecidos pela CDB e tratados que disciplinam o direito patentário e o de assegurar o cumprimento dos princípios do consentimento livre, prévio e informado para a realização do acesso aos recursos genéticos e a adequada repartição dos benefícios que dele possam derivar. (ROSSINI, 2006, p.1).

Carolina ROSSINI (2006, p. 2) explica que como resultado das discussões, no âmbito da OMC, foram sistematizadas quatro formas pelas quais os países membros entendem a relação CDB x TRIPS:

1) Alguns países entendem não haver nenhum conflito jurídico entre ambos, em razão de possuírem objetivos diferentes. Na opinião desses países, nada precisa ser feito para adequar a implementação dos dois diplomas; (ROSSINI, 2006, p.2).

2) Há países que declaram a inexistência de conflito inerente entre os tratados, porém silenciam em relação à necessidade de algum tipo de adequação do TRIPS. Para esse grupo estudos adicionais fazem-se necessários, com o objetivo de analisar trocas de experiências nacionais e as vantagens e prejuízos das diferentes tendências de regulamentação nacional adotadas; (ROSSINI, 2006, p.2).

3) Um terceiro grupo de membros da OMC afirma a inexistência de conflito, porém admite a necessidade de uma ação internacional que permita a implementação dos dois tratados, com base em ajuda e suporte mútuos, abrangendo a necessidade de alteração do sistema internacional de patentes, de forma a incluir alguma forma de *disclosure* nas solicitações de patentes; (ROSSINI, 2006, p.2).

4) A quarta posição afirma a existência de um conflito que deve ser solucionado por meio da revisão do artigo 27. 3 (b). Este conflito, inerente entre a CDB e o TRIPs, dá-se porque a concessão de patentes sobre recursos genéticos não é compatível com a soberania dos Estados, de modo que esses países defendem a proibição de qualquer patente sobre formas de vida. (ROSSINI, 2006, p.2).

Dentre as possíveis soluções apontadas para o impasse estão a regulamentação da questão, internamente, no âmbito dos Estados. Essa proposta tem sido confrontada com a questão da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais para além das fronteiras nacionais, suscitando problemas de jurisdição, entre outros. Por outro lado tem sido defendido o reconhecimento da obrigação, para os requerentes de patentes, usuários de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais que lhes sejam associados de revelarem, no mínimo, a fonte do recurso genético e o país de origem dos recursos ou do conhecimento tradicional. Brasil, Índia, União Europeia e Suíça têm manifestado apoio a essa posição.

É importante frisar que, não obstante toda a polêmica instaurada sobre a relação entre os conhecimentos tradicionais e as normas que integram o acordo, inexistiu participação de povos indígenas e comunidades locais no Conselho do TRIPS.

2.3. A CDB e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Em 1998 e 1999 a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) realizou missões exploratórias em 28 países com o objetivo de determinar as necessidades e expectativas, em termos de propriedade intelectual dos titulares de conhecimentos tradicionais. Foram realizadas consultas com mais de 3.000 pessoas, membros de povos indígenas, comunidades locais, representantes de organizações não-governamentais (ONG), representantes governamentais, membros de universidades, pesquisadores e representantes do setor privado e o resultado dessa investigação foi publicado pela OMPI sob o título “Necessidades e Expectativas em Matéria de Propriedade Intelectual dos Titulares de Conhecimentos Tradicionais: Informe da OMPI relativo às missões exploratórias sobre propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais”. (GENEBRA, s.d.).

Dentre os instrumentos multilaterais que tratam do assunto é relevante destacar a criação pela OMPI, em 2000, do Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, Recursos Genéticos e Folclore, para abordar aspectos relativos aos conhecimentos tradicionais, e às preocupações de seus detentores. (KAINGÁNG, 2006b, p. 43).

O conceito de conhecimento tradicional, adotado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), tem sido enfatizado como um reflexo das tradições das

comunidades indígenas. O comitê tem adotado a posição de inserir o tratamento jurídico dispensado aos saberes tradicionais no âmbito do regime vigente de proteção aos direitos da propriedade intelectual. (KAINGÁNG, 2006b, p. 43).

Por ocasião do estabelecimento do mandato para a negociação do regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios, constante na decisão VII/19, a Convenção sobre Diversidade Biológica recorda que o regime internacional deverá reconhecer e respeitar os direitos das comunidades indígenas e locais, mas ressalta que devem ser levados em consideração os trabalhos desenvolvidos por outras organizações intergovernamentais, como a OMPI, a FAO, a OMC e a UPOV e solicita sua cooperação na elaboração do regime internacional de acesso e repartição de benefícios, no âmbito das discussões do GT ABS. (MONTREAL, 2004, p. 247). (Grifos da autora).

A decisão VII/19 determina, também, o fomento da participação dos povos indígenas e comunidades locais na criação do regime em debate na CDB. No âmbito da OMPI, existem organizações indígenas brasileiras credenciadas para participar dos fóruns realizados pelo comitê intergovernamental, sendo a primeira delas o Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (INBRAPI).⁷⁸

Os povos indígenas têm se manifestado contra a utilização de mecanismos de propriedade intelectual para a proteção de conhecimentos tradicionais, em razão da prescritibilidade, da exclusividade e do caráter comercial dos direitos de propriedade intelectual. Os povos indígenas consideram que a CDB é o fórum mais adequado para a discussão de um regime de proteção aos conhecimentos tradicionais e que a construção do regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais, inovações e práticas deve preceder e balizar a negociação do regime internacional de acesso e divisão de benefícios.

Na OMPI discute-se a temática do *disclosure*, como proteção defensiva ou preventiva para salvaguardar os conhecimentos tradicionais contra a obtenção ilícita de direitos de propriedade intelectual associados aos conhecimentos tradicionais. (GENEBRA, s.d.).

⁷⁸ O Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (INBRAPI) é uma associação sem fins lucrativos, composta por líderes tradicionais, espirituais e profissionais indígenas, criada com a missão de promover a articulação dos povos indígenas brasileiros para a proteção do patrimônio cultural, inclusive mediante a discussão da temática da propriedade intelectual, visando à defesa dos conhecimentos tradicionais, associados ou não à biodiversidade. (TERCEIRO RELATÓRIO NACIONAL PARA A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 2006).

Durante o seminário “Construindo a Posição Brasileira sobre o Regime Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios”, realizado em Brasília, em novembro de 2004, com a participação de povos indígenas e comunidades locais, discutiu-se a finalidade da proteção defensiva, ou *disclosure*:

A divulgação da origem do recurso genético ou conhecimento tradicional associado permite que o provedor desse recurso ou conhecimento seja identificado, para que possa fazer jus à repartição de benefícios, através de termos mutuamente acordados com o dono do produto final. (BRASIL, 2004, p. 21).

Alguns países entendem que a mera divulgação de origem não assegura, por si só, a repartição dos benefícios ou o atendimento à obrigação de obter o consentimento prévio informado do provedor do recurso ou do conhecimento, seja esse provedor o país de origem (mediante a autorização do órgão competente), seja o povo indígena ou comunidade local detentora do recurso ou do conhecimento (por meio de suas próprias formas de organização e tomada de decisões). (BRASIL, 2004, p. 21).

Assim, surgiu a proposta de criação de medidas defensivas, no âmbito do regime internacional de acesso e repartição de benefícios da CDB, concretizadas pela criação do *certificado de origem/fonte/procedência legal*⁷⁹, cuja abrangência incluiria a origem do recurso genético ou conhecimento tradicional associado, a existência do consentimento prévio fundamentado e a garantia da justa e equitativa divisão dos benefícios.

Esse certificado teria reconhecimento internacional e deveria acompanhar todo o processo, passando pelo acesso, pesquisa e desenvolvimento e análise do pedido de direitos de propriedade intelectual. Segundo a definição dada pelo Ministério do Meio Ambiente do Governo brasileiro o certificado internacional de origem/fonte/procedência legal:

seria uma espécie de ‘passaporte’ que atestaria em qualquer país do mundo, que aquele acesso foi feito de forma regular, respeitando a soberania do país de origem do recurso genético e os direitos de detentores de conhecimentos tradicionais associados. (BRASIL, 2004, p. 21).

A análise dos sistemas legais existentes indica a insuficiência do regime de propriedade industrial para a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos indígenas tradicionais criando a necessidade, premente, de alternativas ao regime de propriedade intelectual, em meio as quais

⁷⁹ Vide decisão VII/19 C, em nota de rodapé no capítulo IV, subtítulo 2.1 dessa dissertação.

emerge a discussão acerca dos direitos coletivos dos povos indígenas sobre seus sistemas de conhecimento e aos recursos da biodiversidade associados a esses saberes.

A discussão abrange pontos controvertidos no direito internacional, cujos reflexos têm incidência nos ordenamentos jurídicos nacionais, como a soberania dos povos indígenas sobre seus territórios e águas tradicionais e os recursos naturais neles existentes, (previamente ao direito soberano dos Estados de outorgar consentimento para o acesso dos recursos genéticos nacionais), ou ainda as condições necessárias ao acesso a recursos genéticos associados a conhecimentos tradicionais de povos indígenas e comunidades locais, inclusive a possibilidade, por parte dos detentores desses conhecimentos, de decidir sobre seu uso e de negar o acesso.

É certo que por ocasião da elaboração do sistema de propriedade intelectual vigente não haviam sido consagrados princípios como o do consentimento prévio informado, nem da repartição dos benefícios resultantes da utilização do patrimônio imaterial associado aos recursos genéticos, entretanto, cabe ao direito o papel de adequar-se às transformações sociais e não o contrário.

São os princípios do consentimento prévio informado e da repartição dos benefícios, de forma justa e equitativa aliados ao protagonismo indígena, os pilares que devem nortear qualquer relação entre os estados nacionais, a comunidade internacional e os povos indígenas brasileiros, em face dos instrumentos internacionais de defesa de direitos humanos dos povos indígenas.

Conclusão.

A característica mais inovadora da CDB, e mais difícil de ser implementada, é, talvez, a interação das diversidades sociais, econômicas, jurídicas, biológicas e culturais dos atores que nela se fazem presentes. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos afirma que o aumento da consciência existente sobre outras formas de saber associadas a outros regimes de posse e propriedade tem impulsionado um conjunto de posições críticas às concepções que ora predominam acerca da biodiversidade e do seu conhecimento. (SOUSA SANTOS, 2005, p. 72).

Segundo Boaventura, tem aumentado a distância entre os discursos dominantes relativos à conservação da biodiversidade e a ecologia política dos movimentos da sociedade civil

organizada, ampliando o espaço para uma reflexão suscetível de dar origem a novas propostas para fazer face aos desafios da defesa da biodiversidade.

O autor pondera que “será talvez esta a perspectiva adequada para a redefinição e reconstrução do mundo numa perspectiva multicultural que inclua as práticas ecológicas de diferentes comunidades”. (SOUSA SANTOS, 2005, p. 72).

A implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica exige, pois, esforços de cooperação, tanto em nível internacional e, dentro dessa perspectiva, seu maior desafio é conciliar a diversidade de direitos existentes, antagônicos sob muitos aspectos – como a Convenção 169 da OIT e o TRIPs - e propiciar o diálogo, em igualdade de condições, aos diferentes, em torno dos objetivos comuns enunciados pela Convenção sobre Biodiversidade, com base em princípios universais de dignidade, respeito e justiça social.

O último capítulo deste trabalho será dedicado a estudar como os desafios intrínsecos à CDB tem sido abordados na regulamentação da convenção no ordenamento jurídico brasileiro e quais têm sido os resultados do somatório de interesses econômicos, públicos e privados, sociodiversidade e biodiversidade, dividido por legislações conflitantes, nessa equação jurídica que é a implementação da convenção no Brasil.

CAPÍTULO V.

**A IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA NO
BRASIL**

Introdução

A Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece regras e tem elaborado novas recomendações para possibilitar a implementação de seus dispositivos, com a finalidade de alcançar seus objetivos, quais sejam a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável de seus recursos e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados dessa utilização, nos termos do seu artigo 1º. (Destaques da autora).

As cifras por trás das negociações acerca da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados indicam, com clareza, a dimensão dos interesses econômicos postos em discussão na CDB: os dados sobre o mercado mundial da biodiversidade indicam a movimentação de cerca de duzentos bilhões de dólares americanos por ano. (BORGES, 2002, p. 12).

Deve-se levar em consideração, no contexto das discussões da CDB os custos envolvidos na recuperação da biodiversidade, bem como na prestação de serviços ambientais, os quais são prestados em caráter gratuito até os dias atuais.

Uma estimativa do valor da Biodiversidade é uma pré-condição necessária para qualquer discussão sobre a distribuição da riqueza da Biodiversidade. Estes valores podem ser divididos entre:

valor de uso;

uso direto através do turismo, ou de novas substâncias farmacêuticas ganhas através da biodiversidade, etc.;

uso indireto, como a polinização de plantas e outros *serviços biológicos*; o não uso, ou valor intrínseco.

Em um trabalho publicado na Nature em 1997, Constanza e colaboradores estimaram o valor dos serviços ecológicos prestados pela natureza. A idéia geral do trabalho era contabilizar quanto custaria por ano para uma pessoa ou mais, por exemplo, polinizar as plantas ou quanto custaria para construir um

aparato que serviria como mata ciliar no anti-açoriamento dos rios. O trabalho envolveu vários "serviços" ecológicos e chegou a uma cifra média de US\$ 33.000.000.000,00 (trinta e três trilhões de dólares) por ano, duas vezes o produto interno bruto mundial. (WIKIPEDIA, 2006).

No que diz respeito à indústria farmacêutica, Vandana Shiva, citada por Boaventura de Sousa Santos afirma:

“Sabe-se hoje que mais da metade dos medicamentos prescritos no Norte são produzidos a partir de substâncias originariamente descobertas nas regiões de floresta tropical. Sabe-se hoje que a indústria farmacêutica arrecada lucros importantes com o fabrico de medicamentos a partir do germoplasma de plantas identificadas no Sul. (SHIVA, *apud* SOUSA SANTOS, 2005, p.69).

O Brasil exerce na CDB o papel de “fiel da balança” entre os países ricos em diversidade biológica, inclusive por ser um dos 14 países que procederam a algum tipo de implementação da convenção em suas legislações nacionais. Desse modo, convém dedicar um capítulo ao exame do processo de implementação da Convenção sobre Biodiversidade no país da megadiversidade.

Será analisada a medida provisória que regulamenta o tema no Brasil, seu processo de elaboração e sua evolução, a partir da interação entre Governo e sociedade e dos elevados interesses envolvidos na regulamentação do tema.

Por fim, abordar-se-á o tratamento dispensado pela medida provisória à proteção dos saberes tradicionais, bem como o tratamento dispensado pelo órgão de implementação da CDB, no âmbito do Governo brasileiro, à megasociodiversidade, presente às discussões da temática da conservação da biodiversidade, e aos conflitos que lhe são inerentes.

1. Brasil: um país megadiverso.

O Governo brasileiro exerce ativa atuação na CDB, uma vez que o Brasil figura, internacionalmente, como um país em desenvolvimento, cujas potencialidades de recursos hídricos, minerais, florísticos e faunísticos são estimadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em quatro trilhões de dólares. (BORGES, 2002, p. 12). Essa abundância de

recursos da biodiversidade situa o Brasil entre o grupo de países detentores do que se convencionou denominar, nos tratados ambientais multilaterais, de megabiodiversidade⁸⁰.

Criado em 1988, por Russell Mittermeier, presidente da *Conservation International*, para indicar os países com maior diversidade biológica, o termo “megabiodiversidade” popularizou-se e tem sido amplamente utilizado no direito internacional do meio ambiente. (CONSERVATION INTERNATIONAL DO BRASIL, *apud* Lisiane Paixão Silva OLIVEIRA, 2006, p. 97).

À exceção da Austrália os países megabiodiversos são também países em desenvolvimento. Dentre os critérios para aferição da megabiodiversidade de um país destacam-se: o número de espécies endêmicas a diversidade entre as espécies, a diversidade de ecossistemas, cobertura vegetal, *habitats* e o número de ilhas existentes, em razão da riqueza e variabilidade da interface entre sistemas terrestres e marinhos. (OLIVEIRA, 2006, p. 98).

Metade do produto interno bruto (PIB) do Brasil provém da utilização direta da diversidade biológica mediante a agricultura, pecuária, extrativismo, exploração florestal, silvicultura e turismo. O Brasil concentra entre 15 a 20% da diversidade biológica planetária e ocupa o primeiro lugar no grupo dos *megabiodiversos*, composto pelos 17 países que totalizam 70% da biodiversidade terrestre. (GROSS, 2005, p. 8).

Anthony Gross alerta para o fato de que o Brasil possui uma extensa rede de áreas protegidas, incluindo unidades de conservação, áreas de preservação permanente e reservas florestais legais. Contudo, o Brasil possui, também, uma extensa lista de espécies ameaçadas de extinção, espécies exploradas excessivamente, em caráter predatório, e ecossistemas degradados, além de processos de erosão genética (recursos genéticos em processo de desaparecimento). (GROSS, 2005, p. 8).

O Brasil é também um megasociodiverso, isto é, um país rico em sociodiversidade e é a existência de uma vasta diversidade de povos e sociedades com estilos de vida tradicionais, diretamente dependentes da biodiversidade, que faz do Brasil o primeiro país do mundo em megabiodiversidade.

⁸⁰ A *Sistemática* mede a Biodiversidade simplesmente pela distinção entre espécies. Pelo menos 1,75 milhões de espécies foram descritas; entretanto, a estimativa do verdadeiro número de espécies existentes varia de 3,6 para mais de 100 milhões. Diz-se que o conhecimento das espécies e das famílias tornou-se insuficiente e deve ser suplementado por uma maior compreensão das funções, interações e comunidades. Além disso, as trocas de genes que ocorrem entre as espécies tendem a adicionar complexidade ao inventário. (WIKIPÉDIA, 2006)

Essa relação tem sido valorada economicamente, segundo dados do Banco Mundial, em 2000, em bilhões de dólares. “O lucro resultante da utilização do conhecimento tradicional na pesquisa é diretamente detectável pelo montante financeiro anual do mercado de fármacos americanos produzidos a partir de medicinas tradicionais – 32 bilhões de dólares” (SOUSA SANTOS, 2005, p. 69).

A CDB, todavia, peca contra a sociodiversidade ao uniformizar sob a expressão “conhecimento tradicional” uma multiplicidade de saberes oriundos de povos e de sociedades tradicionais com mecanismos próprios de apropriação da biodiversidade, organizadas no âmbito de dinâmicas culturais específicas. (CASTILHO, 2003, p. 4). A inexistência de uma uniformidade de processos cognoscitivos provenientes de povos indígenas e de sociedades tradicionais demanda o reconhecimento dessa diversidade nos textos jurídicos que tratam da matéria, por meio de referências a tais saberes no plural: “conhecimentos tradicionais”, de modo a dispensar tratamento adequado a essa pluralidade.

O valor da biodiversidade como fonte de matéria-prima para a biotecnologia e a indústria de fármacos e fitoterápicos surge como a vertente mais visível da relação entre biodiversidade e atividade econômica. De fato, acrescenta Boaventura, um dos elementos centrais da retórica global sobre conservação florestal está fundado no valor das mesmas como recurso biológico potencial para elementos medicinais a serem utilizados pela ciência moderna. “O conhecimento indígena surge como a chave para a descoberta dessas formas medicinais”. (SOUSA SANTOS, 2005, p. 67).

Assim, a megabiodiversidade está intrinsecamente relacionada à megasociodiversidade, embora o reconhecimento dessa diversidade social permaneça restrito à letra fria da lei, conforme afirmo em palestra sobre “Conhecimentos Tradicionais e Circulação de Informação”:

O Brasil representa uma das mais ricas e importantes parcelas da biodiversidade do planeta. No contexto brasileiro, a maior parte das grandes áreas de importância biológica encontra-se em terras indígenas... Esses povos têm uma relação especial com os ecossistemas onde vivem. No entanto, o protagonismo e o papel de atores principais na discussão sobre a proteção da biodiversidade que deveria ser ressaltado e incentivado dentro do governo brasileiro, não o é. (KAINGÁNG, 2006b, p 45).

A elaboração de um regime jurídico verdadeiramente *sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais que atenda as especificidades e peculiaridades de seus detentores, consoante Juliana Santilli, “deve se basear nas concepções do pluralismo jurídico e no

reconhecimento da diversidade jurídica existente nas sociedades tradicionais, expressão da sua diversidade cultural”. (SANTILLI, 2005, p.217).

O êxito de um sistema específico de proteção aos saberes tradicionais pressupõe, portanto, a convivência entre uma pluralidade de direitos que não emanam somente do direito estatal (conforme a concepção monista, que vê no Estado a única fonte do direito).

Antônio Carlos Wolkmer conceitua o pluralismo jurídico da seguinte maneira:

Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si [...] O pluralismo como “multiplicidade de possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas. (WOLKMER, 2001, p. 171-172).

A convenção inaugurou, em caráter pioneiro na temática ambiental, um importante fórum internacional, no qual os interesses de povos indígenas e sociedades tradicionais são mais bem representados, em comparação com outras instâncias internacionais, a exemplo do TRIPs, no qual inexistiu participação da sociedade civil.

Um dos pontos críticos a ser respeitado na construção de um regime jurídico nacional e de uma política brasileira de proteção dos conhecimentos tradicionais, no marco da CDB é, portanto, a participação plena e efetiva dos atores sociais que permitem ao Brasil ser um megadiverso, tanto em termos biológicos, quanto socioculturais. A CDB abriu uma porta para o pluralismo jurídico ao permitir que a sociodiversidade aporte suas contribuições à convenção. Resta, porém a incerteza sobre a capilaridade desse pluralidade no contexto da convenção e a destinação que será dada às suas contribuições.

A participação indígena tem aumentado nas reuniões da CDB, nos últimos dez anos, entretanto, adverte GROSS (2005, P. 9), esses representantes nem sempre estão munidos da informação adequada sobre o funcionamento dos processos da convenção (caracterizado pela multiplicidade de siglas obscuras e terminologia legal de difícil compreensão). Esses fatores determinam uma atuação aquém das expectativas dos povos indígenas e estão na raiz das muitas espécies de violência endêmicas cultivadas contra a sociodiversidade, em condições *in situ*, pela CDB, ao longo de sua evolução.

A CDB é um acordo internacional, mas a prerrogativa de tomar decisões e o ônus de sua implementação compete, majoritariamente, ao ordenamento jurídico de cada país. Todavia, até o momento, somente quatorze (14) das cento e oitenta e oito (188) partes da Convenção elaboraram marcos legais nacionais para a implementação da CDB.

Países como o Brasil, possuidores de legislação nacional sobre a CDB, tem empreendido esforços para avançar no processo de regulamentação da convenção e cumprir com as obrigações assumidas perante a comunidade internacional, dentro dos limites de sua capacidade técnica e econômica, aliados à complexidade de conciliar os interesses da megasociodiversidade acerca da conservação e uso da megabiodiversidade brasileiras, que serão assunto do próximo subtítulo.

2. A Medida Provisória 2.186-16 de 2001.

Após a ratificação da convenção o Congresso Nacional deu início aos trabalhos para regularizar internamente a matéria. A primeira tentativa de regulamentação do acesso aos recursos genéticos, data de 1995 e foi uma iniciativa da então senadora Marina Silva, pelo estado do Acre, sob a forma de um projeto de lei.

Esse projeto foi alvo de inúmeros debates, como explica Nurit Bensusan: em 1998, após ampla discussão por parte do Senado Federal, aprovou-se um substitutivo do senador Osmar Dias, pelo estado do Paraná que foi encaminhado à apreciação da Câmara dos Deputados. Ainda em 1998, foi apresentado outro projeto de lei sobre a matéria, resgatando as propostas originais do projeto do Senado e incorporando os resultados dos debates realizados, o qual foi também encaminhado à Câmara dos Deputados. Por fim, o Poder Executivo enviou também à Câmara um projeto de lei, resultado das discussões de um grupo interministerial criado para debater o tema, (a partir de um enfoque predominantemente economicista da questão). (BENSUSAN, 2003, p. 9).

Simultaneamente, o Executivo apresentou uma emenda à Constituição Federal, cujo objetivo era a transformação do patrimônio genético brasileiro em bem da União, com a finalidade de criar uma ficção jurídica que permitisse a dissociação entre a biodiversidade e o patrimônio genético, i.e., “uma árvore numa floresta dentro de uma propriedade privada, pertenceria ao dono da propriedade, mas a informação genética contida no interior das células da árvore pertenceria ao Estado brasileiro”. A informação genética dissociada de seu recipiente

material permitiria a implementação de um sistema estatal de concessão de acesso a recursos genéticos a particulares, análogo ao sistema utilizado na concessão para exploração de minério. (BENSUSAN, 2003, p. 10).

O processo de avaliação dos três projetos de lei e da emenda constitucional foi interrompido por uma iniciativa do Governo Federal que editou uma medida provisória para regular o acesso ao patrimônio genético do país, esvaziando as discussões no Congresso e criando uma atmosfera de suspeição em torno do tema, que se estendeu a todas as pesquisas em curso no país. Afirmava-se que a abrupta edição da medida provisória 2.052, de 29 de junho de 2000 visava legitimar um contrato de exploração de recursos genéticos na Amazônia legal, entre a empresa multinacional Novartis Pharma e a organização social Bioamazônia⁸¹, assinado em 29 de maio de 2000, dois meses antes da medida. (BORGES, 2002, p. 42-43).

A medida não incorporou os resultados dos debates realizados até então, e gerou críticas severas por parte dos parlamentares, como Marina Silva que taxou a atitude do Governo como “legispirataria”. (BORGES, 2002, p. 43).

Marina Silva condenou a atitude autoritária do Estado e a exclusão dos segmentos que mais contribuições poderiam oferecer ao debate:

O mais grave, entretanto, é a total marginalização dos detentores do conhecimento tradicional do processo de discussão e, atualmente, de regulamentação da medida provisória. Essa regulamentação criará todo o arcabouço legal de acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado. Tal hercúlea tarefa está nas mãos do Conselho, criado unilateralmente, pelo Poder Executivo, que além de ser fechado a apenas membros do governo, muitas vezes, não tem acúmulo suficiente para elaborar tais normas legais. Os outros setores da sociedade estão completamente alijados desse processo e no caso daqueles mais interessados nessa regulamentação, como as comunidades indígenas e locais, detentoras de conhecimento tradicional e recursos genéticos, essa situação é preocupante. (Marina SILVA, apud BORGES, 2002, p. 54). (Destaques acrescentados).

⁸¹ “A Bioamazônia foi designada pelo governo federal, por meio do Ministério do Meio Ambiente, para gerir o Prohem – Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia. Esse contrato foi suspenso em razão de dois pontos controversos levantados a respeito de sua legalidade, tendo em vista a inexistência de uma lei federal que regulamentasse a matéria. Além disso o contrato era extremamente desvantajoso para o Brasil, pois em troca da possibilidade de exploração de cerca de 10 mil microorganismos da Amazônia e da detenção exclusiva das patentes dos eventuais produtos desenvolvidos com base nesses organismos, a Bioamazônia receberia 4 milhões de dólares, em treinamento e transferência de tecnologia”. (BORGES, 2002, p. 43).

A medida também sofreu críticas por parte da sociedade civil, conforme expressa Ana Valéria Araújo:

A edição da MP deixou um cenário de terra arrasada: interrompeu as discussões no Congresso Nacional sobre os projetos de lei; paralisou boa parte das pesquisas envolvendo recursos genéticos, na medida em que estabeleceu uma série de exigências cujo controle e fiscalização não foram atribuídos a quem quer que seja. (ARAÚJO, *apud* BORGES, 2002, p. 43).

Após a primeira edição da Medida Provisória (MP), em 2000, seu texto foi reeditado, sem alterações, sucessivamente, até abril de 2001, data em que passou a ser alterado nas edições subsequentes, até culminar nessa última edição provisório-permanente, de agosto de 2001. (BENSUSAN, 2003, p. 9, 11).

O artigo 10⁸² da MP assegurava àqueles que, de boa-fé, utilizassem ou explorassem economicamente qualquer conhecimento tradicional no país, “**o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores**”. Cuidou o legislador, na MP, de proteger a “boa-fé” dos bioprospectores, independente da existência de consentimento prévio fundamentado por parte dos detentores dos conhecimentos, objeto da exploração. (BORGES, 2002, p. 50). (Destques acrescentados).

O artigo 14, por sua vez, autorizava a União a permitir o livre ingresso em terras indígenas, bem como em áreas públicas e privadas para fins de acesso a recursos genéticos, em caso de relevante interesse público. Esse dispositivo não apenas desconsiderava a “anuência prévia”⁸³ dos detentores de conhecimentos tradicionais, como também feria o parágrafo 6º do artigo 231⁸⁴ da Carta Magna Brasileira, que estabelece que a exploração de recursos naturais em terras indígenas, só pode ocorrer em caso de relevante interesse público, segundo o que dispuser lei complementar, e não medidas provisórias com força de lei.

⁸² Artigo 10 “À pessoa de boa fé que, até 30 de junho de 2000, utilizava ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no País, será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores”. (BORGES, 2002, p. 50).

⁸³ A anuência prévia é uma figura jurídica criada pela MP, em substituição ao princípio do consentimento prévio informado.

⁸⁴ São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar [...]”. (MAGALHÃES, 2002, p.25).

Em agosto de 2000, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), questionou a anistia do artigo 10 e o livre ingresso em terras indígenas, do artigo 14, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) n° 2289.

A ADIN teve como resultado a retificação do artigo 10, a partir da 11ª reedição da medida, com o seguinte texto: “a pessoa que utiliza ou explora economicamente componentes do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado deverá adequar suas atividades às normas desta Medida Provisória e do seu regulamento”.

A inconstitucionalidade do artigo 14 foi parcialmente sanada pela nova redação da medida, em seu artigo 17⁸⁵, o qual exclui as terras indígenas. Subsistiu, entretanto, a autoridade do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) para definir o relevante interesse público e autorizar o ingresso, desprovido de “anuência prévia” em terras não indígenas: de comunidades tradicionais, quilombolas, em propriedades privadas e em terras públicas. (BORGES, 2002, p 51).

Atualmente, a Convenção sobre Diversidade Biológica é regulamentada, no Brasil, pela Medida Provisória 2.186-16 de 2001 que dispõe sobre o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. A medida provisória regulamenta o artigo 225 da Constituição Federal, em seu § 1º, inciso II e § 4º⁸⁶, bem como os artigos 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c” 15 e 16, alíneas 3 e 4 da CDB⁸⁷.

⁸⁵ Artigo 17: “Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos art. 24 e 25 desta Medida Provisória”. Os artigos 24 e 25 cuidam da repartição de benefícios. (BORGES, 2002, p. 51).

⁸⁶ Constituição Federal. Artigo 225. “Todos têm 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético;

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”. (BRASIL, 2003, p. 131-132).

⁸⁷ O artigo 1º da CDB explicita os objetivos da convenção, o artigo 8º disciplina a conservação *in situ*, e sua alínea “j” aborda o tratamento a ser dispensado aos conhecimentos tradicionais, inovações e práticas, o artigo 10 faz referência à utilização sustentável de componentes da diversidade biológica e sua alínea “c” refere-se ao dever de proteger e encorajar a utilização costumeira da biodiversidade em moldes tradicionais, o artigo 15 estabelece as regras que devem nortear o acesso aos recursos genéticos e o artigo 16 normatiza o acesso à tecnologia e

A MP não adota o princípio da precaução no que tange ao dano ambiental e cultural, ao contrário, condiciona, no artigo 6º, a adoção de medidas para impedir o dano à existência de evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica. Nurit BENSUSAN (2003, p. 12) ressalta a omissão em relação à integridade cultural dos povos indígenas e sociedades tradicionais e indaga: “quem assinalará e como ficará provada a ‘evidência científica consistente’ de perigo de dano à biodiversidade?”.

Outra crítica dirigida à MP diz respeito à substituição do princípio do consentimento livre, prévio e informado, consagrado pela CDB, pelo conceito de “anuência prévia”, desprovido de peso político e sem acúmulo de discussão. (BENSUSAN, 2003, p.13). O termo “anuência” não pode ser entendido como sinônimo de consentimento prévio informado (CPI), pois desfigura o caráter de diálogo permanente, agregado pela CDB ao conceito de consentimento, ao passo em que o termo “anuência prévia” não possui um conceito definido na MP e dá margem a interpretações restritivas, concretizadas sob a forma de propostas de adoção de procedimentos informais, a título de anuência. (BORGES, 2002, p. 51).

O conceito de “consentimento livre, prévio e informado” não pode ser considerado sinônimo de “anuência prévia”, na medida em que aquele possui um conteúdo desenvolvido conjuntamente na área jurídica e antropológica, ao passo que este último restringe-se à mera concordância para a realização de um ato jurídico. No dizer de Ela Wiecko Volkmer de Castilho:

Aquele que consente deve ser instruído, em linguagem que lhe seja acessível culturalmente, das conseqüências econômicas, jurídicas e políticas do seu ato. Importante lembrar que a necessidade de alterações e modificações no curso das atividades de pesquisa também deverá ser informada aos detentores de conhecimento tradicional, estando sujeitas ao consentimento prévio. CASTILHO (2003, p. 4):

A medida provisória silencia sobre os direitos dos agricultores e das comunidades rurais, “responsáveis pela manutenção da agrobiodiversidade e pela subsistência de grande parcela da humanidade. (BENSUSAN, 2003, p.13).

transferência de tecnologia, mencionando, em sua alínea 3, a garantia do acesso à tecnologia aos países em desenvolvimento, e em sua alínea 4, a necessidade de medidas legislativas, administrativas e políticas para permitir o acesso à tecnologia, por parte das instituições governamentais e do setor privado de países em desenvolvimento”. (BRASIL, 2006, p. 9,12, 13, 15, 16). Para mais informações, vide texto da CDB, no anexo I deste trabalho.

2.1 A Proteção dos Conhecimentos Tradicionais na Medida Provisória 2.186-16 de 2001.

O tratamento dispensado pela medida provisória aos conhecimentos tradicionais consta no seu artigo 8º e parágrafos⁸⁸, e possui caráter protetivo assegurando aos povos indígenas e comunidades locais o direito de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, todavia não cria mecanismos para permitir que isso seja possível. (BENSUSAN, 2003, p.12).

O texto do artigo 8º, § 2º afirma que “o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro”. A equivocada interpretação desse dispositivo, por parte de segmentos do Governo brasileiro, tem dado margem a tentativas de criação de bancos de dados sobre conhecimentos tradicionais, desprovidos de qualquer processo de consulta prévia aos detentores de conhecimentos tradicionais, como propôs o Ministério da Saúde, em flagrante desrespeito ao princípio da participação social que norteia a CDB, a Convenção 169 e a própria medida provisória que disciplina o tema.

Assim, o entendimento de que os conhecimentos tradicionais seriam de titularidade do Estado Brasileiro distorce o objetivo da MP, declarado no *caput* do artigo 8º, que seria de proteção desses conhecimentos, e não de sua apropriação, além de contrariar o § 1º, do mesmo artigo, o qual reconhece aos Povos Indígenas o direito de decidir sobre o uso de seus saberes tradicionais.

À semelhança da CDB, a Medida Provisória (MP) 2.186 de 2001 estabelece, de forma expressa, no artigo 8º, § 4º, o respeito aos direitos de propriedade intelectual⁸⁹, derivados do registro de produtos ou processos, mas condiciona, em seu artigo 31, a concessão de direitos de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético à observância da MP, além de estabelecer para o requerente o dever de informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso. (BRASIL, 2002, p. 11, 25).

Deve-se ressaltar que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem desconsiderado o mandamento do artigo 31 da MP, ao deixar de atender, aos requisitos de

⁸⁸ Vide texto da Medida Provisória 2.186 de 2001 no anexo II, ao final deste trabalho.

⁸⁹ Artigo 8º, parágrafo 4º da Medida Provisória 2.186 de 2001: “A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual”.

identificação de origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, isto é, o provedor⁹⁰ do material genético⁹¹. O INPI alega a inaplicabilidade do artigo 31, em razão do desconhecimento sobre o estado da técnica dos conhecimentos tradicionais no Brasil, o que impediria a verificação, por parte dos examinadores de patentes, da existência de conhecimento tradicional associado no processamento dos pedidos de patentes apresentados ao INPI.

A CDB faz referência à proteção do conhecimento tradicional associado à conservação da biodiversidade e a MP restringe essa proteção ao referir-se ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, o que tem dificultado o trabalho do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético na definição dos conceitos, pois não há uma compreensão dessa categoria entre os povos indígenas e comunidades locais, como mencionou Cristina Azevedo nos debates do seminário “As Encruzilhadas das Modernidades”, promovido em Brasília, em outubro de 2005.(MATHIAS, 2006, p.54). (Destaques da autora).

Ana Valéria ARAÚJO entende que o conceito de patrimônio genético, adotado pela MP, cria uma ficção jurídica análoga a distinção estabelecida entre solo e subsolo, para efeitos de exploração mineral. O recurso natural, consubstanciado na flora e na fauna, tal qual se apresentam, é dissociado do patrimônio genético, que compreende, tão somente, a informação genética contida no recurso natural e essa abordagem privilegia, nitidamente, os aspectos econômicos em detrimento da conservação da biodiversidade propriamente dita. (ARAÚJO, *apud* BORGES, 2002, 49).

A definição adotada pela CDB acerca de “recursos genéticos”⁹² não inclui produtos naturais derivados dos genomas dos seres vivos, razão pela qual países, como o Brasil, têm proposto que a CDB amplie a proteção estendida às moléculas naturais para os produtos que lhes

⁹⁰ Como resultado da 6ª Conferência das Partes a decisão VI/24 C “conclama os membros e governos a encorajar a revelação do país de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais relacionados, quando se trata de garantir direitos de propriedade intelectual no caso de utilização de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais associados em seu desenvolvimento” (LIMA e BENSUSAN, 2003, p.18).

⁹¹ A CDB define recursos genéticos, em seu artigo 2º como “material genético de valor real ou potencial” e estabelece que “Material Genético significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.

A Medida Provisória 2.186 de 2001, em seu artigo 7º, inciso I estabelece a definição de patrimônio genético: “Informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes 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 a zona econômica exclusiva”.

⁹² Vide nota de rodapé 89.

sejam provenientes por meio da utilização dos termos “recursos genéticos e produtos derivados” nas discussões da convenção.

Por fim, a MP apresenta uma deficiência grave que é a ausência de mecanismos inclusivos e de participação social em sua implementação, bem como no processo de revisão que culminará em uma nova legislação de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, discutida há anos no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN).

Essa política de exclusão afronta a importância reconhecida aos povos indígenas e comunidades locais, pela CDB e ignora que a biodiversidade – e as decisões políticas tomadas sobre ela – possuem uma relevância e produzem impactos diretos sobre esses segmentos sociais, devido à estreita interdependência entre seus modos de vida e os recursos da biodiversidade.

Anthony Gross reitera esse contexto de exclusão: “as populações locais e indígenas têm sido em geral excluídas de qualquer participação significativa nas decisões nacionais e internacionais sobre biodiversidade, as quais freqüentemente afetam duramente suas vidas, culturas e modos de vida”. (GROSS, 2005, p. 9).

Assim, a ausência de participação plena e efetiva e a invisibilização dos povos indígenas, verificada nos macrocenários da CDB, é uma realidade constatada, também, no cenário nacional e tem sido alvo de protestos unânimes, em todos os documentos elaborados por povos indígenas, em seus diversos níveis e nas diferentes instâncias relacionadas a essa temática⁹³.

A Convenção sobre Diversidade Biológica inclui o princípio da participação social, porém, como recorda Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível obedecer-se formalmente a um diploma, mas contrariá-lo em substância, cumprindo verificar se foram atendidos, não apenas a letra da lei, mas também seu espírito. (MELLO *apud* LEAL, 1997, p. 139).

A medida provisória padece de contradições e lacunas, porém, até que seja concretizado o processo de elaboração de uma nova lei sobre a matéria, devem-se solucionar os conflitos e lacunas da medida provisória: a hermenêutica jurídica determina que em caso de conflito de normas prevaleça a norma especial em detrimento da norma geral, a norma posterior sobre a norma anterior e a norma superior sobre a norma inferior.

⁹³ Vide documentos dos povos indígenas nos anexos, ao final deste trabalho.

A partir dessas premissas, pode-se inferir que se existem conflitos de normas e lacunas na medida provisória e nas leis disciplinadoras dos mecanismos de propriedade intelectual, com relação à proteção de conhecimentos tradicionais associados e existem normas recentes de alcance específico que disciplinam a matéria, conclui-se que há uma necessidade de adequação do sistema de propriedade intelectual e do ordenamento jurídico nacional aos novos princípios, para oferecer respostas adequadas a antigos problemas.

A CDB promoveu avanços no direito internacional, cuja implementação determina a evolução do pensamento de governos e autoridades para abrir espaço à consolidação de novos direitos, conforme Ana Valéria ARAÚJO: “em toda a parte, o debate sobre o direito dos povos indígenas demanda alterações nas legislações nacionais. Tudo isso faz parte de um processo para o qual o Direito Internacional tem contribuído”. (ARAÚJO *apud* SANTOS FILHO, 2006, p. 66).

3. Megadiversidade no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.

O Conselho Interministerial, vinculado à Casa Civil da Presidência da República, previsto no artigo 11 da MP 2.052, de 2000, tornou-se o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão colegiado, de caráter deliberativo e normativo, instituído no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, pelo artigo 10 da Medida Provisória 2.186-16 de 2001.

Paulo Roberto Vieira Borges (2002, p. 53), enfatiza terem sido necessários 14 meses, após a primeira edição da MP para que o Governo emitisse um decreto definindo a composição e as normas de funcionamento do conselho, cujas atividades tiveram início em abril de 2002, em situação precária.

A implementação da CDB no ordenamento jurídico pátrio incumbe ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), presidido pelo representante titular do Ministério do Meio Ambiente, e composto por representantes de ministérios governamentais, com direito a voz e voto, e por representantes da sociedade civil, representantes das instituições de pesquisa, das comunidades locais, dos povos indígenas, remanescentes de quilombos e organizações não-governamentais, somente com direito a voz.

Nurit Bensusan recorda que o projeto de lei original, proposto pela senadora Marina Silva, previa a criação de uma Comissão de Recursos Genéticos, representativa dos diversos

segmentos da sociedade brasileira, ao qual caberia referendar as autorizações concedidas por um órgão governamental. “A medida provisória se inspirou nessa idéia para criar o Conselho, mas afastou qualquer possibilidade de participação, transparência e controle social, ao estabelecer um Conselho onde apenas membros do governo possuem assento”. (BENSUSAN, 2003, p. 12).

O CGEN é o fórum de discussão e implementação da CDB no Brasil e desde sua criação, tem se dedicado à discussão de um projeto de lei para substituir a Medida Provisória 2.186-16 de 2001, com a participação de organizações dos povos indígenas e das comunidades locais, ainda que de forma reduzida.

O artigo 10 da MP estabelece as prerrogativas que competem ao CGEN, relativas às diversas ações de que trata a medida provisória. Dentre suas funções estão a coordenação da implantação de políticas para a gestão do patrimônio genético e de acesso ao conhecimento tradicional.

A observação de uma reunião da plenária do conselho demonstra a idéia de pluralidade em seu sentido mais amplo e mais concreto: ali se reúnem especialistas de várias áreas do saber, de representantes do setor público e da iniciativa privada, de minorias étnicas e culturais, de organizações ambientalistas e das instituições de pesquisa. Pessoas com formação, origens, valores e interesses realmente diversos compõem as reuniões do CGEN, onde muitas línguas são faladas, mas poucas vozes tem sido escutadas.

Embora a sociodiversidade se faça presente no CGEN, em escala muito inferior à que seria desejável, em virtude da megadiversidade cultural brasileira, paira uma sensação de desconforto sobre os conselheiros em todas as ocasiões em que há manifestações de representantes de organizações indígenas, ou de comunidades remanescentes de quilombos, ou ainda das mulheres andirobeiras⁹⁴ da Amazônia.

Talvez seja a surpresa da descoberta de que o “objeto de estudo” pode falar e de um fato ainda mais estupefacente: pode falar contra a conduta adotada até os dias atuais pela pesquisa, em seus processos investigativos. A esse respeito, expressou-se uma liderança indígena feminina da Amazônia, no I Encontro Nacional de Mulheres Indígenas, realizado em Brasília, em 2003: “[..]

⁹⁴ Representadas pela Cooperativa das Mulheres Extrativista do Marajó (CEMEM), criada na Ilha do Marajó, no estado do Pará.

estamos cansadas de ser objeto de estudo, somos seres humanos e queremos ser respeitados”. (Grifos da autora).

Não obstante a boa-vontade dos representantes do Ministério do Meio Ambiente parece não haver muita receptividade, por parte do restante do conselho, em colocar em prática o multiculturalismo e o pluralismo jurídico, que tornam tão admirável a Constituição Federal do Brasil, o respeito à diversidade, apregoado pela CDB, nem tampouco a participação plena e efetiva, nos termos da Convenção 169, em todos os processos que estejam relacionados aos povos indígenas.

Exemplos são de fato perigosos, mas têm a vantagem de serem ilustrativos: em certa ocasião, em uma reunião do conselho, após debates acalorados, os representantes de organizações indígenas e das comunidades locais suscitaram o arcabouço legal de proteção aos seus direitos específicos e se recusaram a aceitar que fossem estabelecidos “procedimentos facilitados” para a realização de pesquisas em terras indígenas ou ocupadas por comunidades locais.

Em face da recusa, alguns conselheiros tentaram persuadi-los, alegando que essa postura seria um obstáculo à pesquisa e que isso traria perdas aos povos indígenas, como consequência do desestímulo aos pesquisadores, em razão do ônus que significaria o respeito à diversidade cultural de povos e comunidades locais.

De forma unânime, os povos indígenas e comunidades locais reiteraram sua posição, acrescentando terem ciência das implicações que sua recusa traria, mas que certamente nenhum prejuízo seria maior do que todas as expropriações sofridas, dia-a-dia, pela ausência de uma legislação que contemplasse os direitos específicos desses povos e comunidades.

Estupefacta, uma das conselheiras tornou a inquirir: “você compreenderam bem a nossa proposta? Estão recusando os benefícios que podem ganhar com um acesso facilitado? Têm certeza?”.

Ao ouvir um “sim” unânime, outro conselheiro, replicou: “bem, acho que o Estatuto do Índio estabelece que os índios são tutelados, logo cabe à FUNAI se manifestar em nome deles...”, e um terceiro acrescentou: “não temos como saber qual a legitimidade das organizações que estão se manifestando, vocês falam em nome de todos os povos indígenas, de todas as comunidades quilombolas, de todas as comunidades extrativistas? Penso que o CGEN deveria solicitar à FUNAI, ao Ministério Público e à Fundação Cultural Palmares que elaborem uma lista das organizações que efetivamente representam esses segmentos sociais para que possamos ter uma

idéia do nível de representatividade presente no CGEN...”. (KAINGÁNG, 2006b, p. 48) (Destques acrescentados).

Certamente o nível de representatividade no âmbito do CGEN está muito mais aquém do ideal, do que julga a sabedoria de seus conselheiros. No dizer de Pascual, a necessidade de incorporar a pluralidade é inevitável e, como tal, deve-se lidar com ela, “seja pela imposição forçada de uma determinada visão que submete os outros, seja em sentido oposto, através da criação de novas formas de convivência social”. (PASCUAL, 2004, p. 7).

Atualmente prevalece no CGEN a primeira opção, como evidenciou o relato do “diálogo”, acima transcrito e essa postura etnocêntrica, de negação da diferença pela não-aceitação de um tratamento diferenciado, em respeito à sociodiversidade e aos marcos legais do ordenamento jurídico nacional e do sistema internacional de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, tem gerado um impasse que impede o conselho de avançar em sua proposta de aperfeiçoamento da MP.

A proteção adequada da megasociodiversidade brasileira deve ser pensada como pressuposto da conservação da biodiversidade e, como tal, merecedora, de especial tratamento por parte do legislador nacional, a quem compete reconhecer e implementar a pluralidade de direitos, inclusive dos sistemas jurídicos próprios de cada povo indígena, mormente para a solução de conflitos, e o protagonismo dessas pessoas para que a legislação pátria sobre acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados seja dotada de eficácia e não seja simplesmente, no dizer do povo Guarani-Mbyá do Sul do Brasil, *palavras que o vento leva*.

4. O Conflito de Interesses na Implementação da CDB no Brasil

A diversidade de direitos, interesses, segmentos sociais e culturais presente às discussões do CGEN, tem suscitado por força do artigo 22⁹⁵ da CDB, o desafio de conciliar o respeito aos

⁹⁵ “Artigo 22

Relação com Outras Convenções Internacionais

1. As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica”. (CDB, 2006, p. 20).

direitos de propriedade intelectual e os direitos assegurados aos povos indígenas pela Convenção 169 da OIT, como apontado por mim, anteriormente:

Evidentemente, o diálogo da CDB com os diferentes tratados correlatos, constitui um dos grandes desafios para a implementação da Convenção e dos avanços sociais a que ela se propõe. Não menos complexo, todavia, configura-se o processo de regulamentação e implementação da CDB nos ordenamentos jurídicos nacionais, papel destinado, no caso brasileiro, ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético- CGEN. (KAINGÁNG, 2006a, p. 354).

A participação social nos debates governamentais sobre a CDB não foi prevista na MP 2.186-16 e somente passou a ocorrer, por meio da inserção nas reuniões do CGEN dos “convidados permanentes”, figura política criada em atendimento a uma solicitação da Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, como forma de implementar políticas inclusivas de participação social em sua gestão administrativa.

A presença da sociodiversidade cultural no CGEN restringe-se, em caráter oficial, a uma organização indígena da Amazônia brasileira, além das representações de organizações não-governamentais (ONGs) ambientalistas e de comunidades locais (andirobeiras, quilombolas e seringueiros) e de convidados permanentes *ad hoc*, como tem sido o caso do Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (INBRAPI).

A análise das reuniões do CGEN torna perceptível a divergência de interesses representados pela indústria e comércio, desenvolvimento, ciência e tecnologia, agricultura, pecuária e abastecimento, em oposição aos direitos e interesses de povos indígenas, comunidades locais e organizações socioambientais. Estes últimos reivindicam, com o apoio do ministério do meio ambiente, proteção especial para o acesso aos conhecimentos tradicionais - que integram a essência das culturas indígenas - e o estabelecimento de procedimentos claros para a obtenção do consentimento prévio fundamentado e para a justa e equitativa repartição de benefícios, com base no artigo 8º “j” e no artigo 15, e em consonância com os objetivos que norteiam a CDB. (KAINGÁNG, 2006b, p. 47).

Nessa correlação de forças tem prevalecido a posição dos ministérios que, portadores de direito à voz e voto e constituindo a maioria do conselho, utilizam sua supremacia para impor a

criação de critérios e procedimentos com o objetivo de facilitar o acesso a recursos genéticos e a realização de bioprospecção⁹⁶ em territórios indígenas, quilombolas e de comunidades locais.

O CGEN tem perpetrado, em sua *práxis*, flagrante desrespeito aos princípios de respeito e proteção dos conhecimentos tradicionais, consagrados pela CDB, ao ignorar em suas decisões os reiterados protestos dos representantes de organizações indígenas, remanescentes de quilombos e de comunidades extrativistas que, apoiados pelas organizações ambientalistas, reivindicam a garantia de participação, plena e efetiva, bem como a criação de procedimentos específicos, nos casos de recursos genéticos associados a conhecimentos tradicionais.

Com o intuito de afastar as manifestações e reivindicações das organizações indígenas, os conselheiros representantes dos ministérios têm alegado a complexidade e impossibilidade de adoção de procedimentos para a obtenção de consentimento prévio fundamentado e a dificuldade de identificação do titular do direito, nos casos que envolvam conhecimentos tradicionais associados.

Além disso, argui-se que a adoção de procedimentos específicos para obtenção do consentimento prévio fundamentado para a realização de bioprospecção, nos casos em que os provedores sejam povos indígenas ou comunidades locais, significaria aumentar o ônus para o pesquisador e geraria um desestímulo à pesquisa em terras indígenas e de comunidades locais.

Em resposta, os representantes de povos indígenas e comunidades locais alegam a necessidade de segurança jurídica para garantir o respeito aos aspectos culturais e sociais e as formas de utilização e socialização de informações existente nessas sociedades e recordam que a CDB enfatiza a necessidade de respeitar, preservar e manter esses conhecimentos, inovações e práticas, o que só pode ser efetuado por intermédio de proteção jurídica especial⁹⁷.

É evidente que o posicionamento da maioria dos representantes ministeriais nas discussões relativas a conhecimentos tradicionais associados, empreendidas no CGEN, têm desrespeitado flagrantemente os preceitos da Convenção 169, mormente se reconhecido o direito,

⁹⁶ O artigo 7º, inciso VII da Medida Provisória 2.186 de 2001 define bioprospecção como a “atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial”.

⁹⁷ As reivindicações dos povos indígenas estão amparadas pelo artigo 231, § 2º da Constituição Federal do Brasil e o artigo 15 da Convenção 169 determina especial proteção dos direitos dos povos indígenas aos recursos naturais existentes nas suas terras e esclarece que tais direitos abrangem a participação na utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

estabelecido no artigo 7º da Convenção, aos Povos Interessados de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma ... (grifos da Autora).

Tenho afirmado que os povos indígenas não têm como objetivo criar obstáculos à realização de pesquisas e ao desenvolvimento de novas tecnologias, mas têm enfatizado, reiteradamente, que estas relações devem ter como parâmetros o reconhecimento e o respeito às especificidades socioculturais de cada povo indígena envolvido⁹⁸:

Ao contrário do que se tem afirmado no CGEN, os Povos Indígenas têm interesse na realização de pesquisas e desenvolvimento de novas tecnologias, com base nos saberes tradicionais, mas exigem, como contrapartida, o respeito dos governos nacionais, das instituições de pesquisa e da iniciativa privada, representada pelas indústrias alimentícias, de fármacos, cosméticos e fitoterápicos às suas culturas, ao tempo peculiar de cada Povo, às suas crenças, valores e tradições que estão na base da relação especial que mantêm com a natureza, espera-se que os conhecimentos tradicionais sejam reconhecidos pela ciência, porque são valiosos para seu avanço e espera-se, sobretudo, o respeito aos sistemas legais próprios de cada povo indígena e comunidade local, porque a sabedoria ancestral dessas sociedades ensina que as leis não precisam ser escritas para serem conhecidas e respeitadas, porque foram escritas no coração do universo, e ignorá-las tem custado um preço pago por muitas vidas. (KAINGÁNG, 2006, p. 357).

Conclusão

A megadiversidade é a característica mais marcante do Brasil, sob todos os aspectos e essa pluralidade (e as divergências que lhe são iminentes) se reflete na regulamentação da CDB no ordenamento jurídico nacional e em seu principal órgão de implementação desde sua criação: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.

A pluralidade de interesse e de direitos existentes no CGEN determina o conflito e o confronto entre normas e entre segmentos sociais que já não pode ser negada, mas tem sido reduzida ao direito de protestar contra aqueles que detêm o privilégio de deliberar acerca do futuro da megadiversidade brasileira.

⁹⁸ Conforme manifestações dos povos indígenas nos anexos III, IV, V e VI ao final deste trabalho.

Ministérios e instituições governamentais argumentam a insegurança jurídica existente ao se tratar de direitos coletivos, cuja titularidade, muitas vezes, é compartilhada por mais de um povo indígena ou comunidade local. Entretanto, relutam em aceitar que é em razão da necessidade de segurança jurídica que o sistema legal brasileiro estabelece especial proteção ao patrimônio cultural das minorias étnicas, conforme expressa a Carta Magna Brasileira e a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 4º, inciso 1.

Os povos indígenas têm defendido, no âmbito do CGEN, a necessidade de tratamento diferenciado ao acesso a recursos genéticos, nos casos em que se situem em terras ocupadas por povos indígenas ou por comunidades locais, a partir do entendimento, consensual entre os povos indígenas, de que o estar em terra indígena ou de comunidade local determina a presunção jurídica de que o recurso genético tenha como componente intrínseco o conhecimento tradicional associado.

Nesse sentido, Daniel MUNDURUKU⁹⁹, expressou a visão dos povos indígenas: “nós não dissociamos os recursos naturais, existentes em nossos territórios, do conhecimento tradicional dos pajés, para nós, Povos Indígenas, não se separa o canto da dança, a dança da reza, a erva da cura...”.

Sob uma perspectiva simplista, pode-se afirmar que os conflitos travados no CGEN se polarizam entre aqueles que percebem a biodiversidade a partir de uma visão de mercado e os que compreendem sua importância a partir de outros valores.

O que pode determinar o fracasso da conservação da biodiversidade planetária é, talvez, o fato de ignorar que a degradação ambiental ocorre em uma realidade muito distante das reuniões das Nações Unidas e independe das deliberações tomadas pelos Governos, nos macrocenários da lei, a menos que tenham o respaldo social, especialmente, das sociedades que detêm conhecimentos valiosos sobre a conservação da natureza, porque não a vêem como um recurso, como uma fonte de lucro, mas como fonte da própria vida.

⁹⁹ Daniel Monteiro Costa, filósofo e escritor indígena, do Povo Munduruku do sul do Pará, é o atual Diretor Presidente do INBRAPI em sua manifestação, por ocasião de reunião da plenária do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, em 2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

À guisa de considerações finais será elaborada uma síntese do conteúdo trabalhado em cada capítulo, a qual servirá de base tão somente para vislumbrar, a partir de uma ótica indígena, os possíveis rumos da proteção dos conhecimentos tradicionais no cenário global e na realidade local.

O primeiro capítulo foi dedicado ao estudo da evolução da legislação voltada para os povos indígenas no Brasil. Foram abordadas as diferentes formas de violência que marcaram os três paradigmas predominantes em cada fase da política indigenista brasileira, quais sejam: o paradigma do extermínio, da integração ou assimilação e da interação. O primeiro capítulo buscou contextualizar, assim, a realidade dos povos indígenas e o estágio em que se encontra a proteção dos direitos desses povos para que se possa, então, proceder ao estudo da proteção desses direitos, em âmbito internacional, tema do segundo capítulo.

No segundo capítulo passou-se à análise da evolução do sistema internacional de direitos humanos, cuja universalidade suscitou questionamentos, dando início ao surgimento de um sistema específico de direitos humanos, voltado à proteção dos povos indígenas, em razão de sua diversidade.

Nesse contexto, situa-se a Convenção sobre Diversidade Biológica que inaugura características socioambientais na abordagem da conservação da biodiversidade, as quais propiciam aos povos indígenas a prerrogativa, até então exclusiva dos Estados, de atuar e influenciar nos processos de discussão do mais importante tratado multilateral sobre biodiversidade na atualidade: as conferências das partes da CDB.

Elaborou-se, ainda no segundo capítulo, uma reflexão sobre o nível de inserção e de exclusão dentro da convenção e da correlação de forças e interesses que coexistem na conferência das partes da Convenção sobre Diversidade Biológica. A análise desses fenômenos deu-se a partir da observação de indicadores como o atendimento das reivindicações dos povos indígenas

e a utilização de formas de violência não visíveis as quais estão na raiz das várias espécies de restrição à participação plena e efetiva da sociodiversidade na CDB.

O terceiro capítulo destinou-se a empreender uma observação das relações entre os atores, dos micro e macrocenários de uma conferência das partes, com vista a analisar os diferentes níveis pelos quais passa a elaboração do consenso, bem como a forma como se dá a mediação das disputas em cada nível, além da posição dos atores e influência na condução das negociações até a conclusão das recomendações finais.

Não obstante a retórica da harmonia presente na CDB, a mediação de conflitos na COP reflete desigualdades e reproduz a hegemonia dos grupos dominantes em defesa de seus interesses, ainda que as relações de poder e de dominação sejam invisibilizadas pela presumida igualdade das partes e os confrontos sejam desencorajados pela ideologia da concórdia e pela intolerância pelo conflito que impregna as conferências das partes da CDB.

A observação dos fenômenos de uma conferência das partes revela, por um lado, a polarização norte-sul entre os países partes da convenção e o papel determinante dos fatores políticos e econômicos no processo de negociações que precede a aprovação das recomendações resultantes de cada COP e, por outro, a inserção de novos protagonistas sociais nas discussões atinentes à biodiversidade, cujos principais questionamentos têm sido dirigidos contra a soberania absoluta defendida pelos Estados sobre os recursos da biodiversidade e a ausência de reconhecimento dos marcos legais específicos de defesa dos direitos humanos dos povos indígenas, nas deliberações da convenção.

Assim, a CDB tem presenciado a inserção e o crescente fortalecimento dos povos indígenas e suas demandas, por meio da articulação com outros segmentos e da utilização de meios alternativos de influência para a aprovação de suas reivindicações. Todavia a convenção tem promovido, por outro lado, a violência simbólica, descrita por Bourdieu, contra os povos indígenas, mediante a utilização de formalismos, discursos e saberes específicos como forma de impedir uma interação mais eficaz da sociodiversidade, no âmbito da CDB.

O quarto capítulo se ateve aos confrontos decorrentes do compromisso assumido pelas partes signatárias da CDB, em sua implementação, de respeitar direitos existentes em outros diplomas internacionais. Dessa forma, é trazida à CDB uma pluralidade de direitos, nem sempre harmônicos, suscitando o desafio, para a convenção, de conciliar na proteção da biodiversidade o

sistema internacional de propriedade intelectual e o sistema de direitos humanos dos povos indígenas.

Nesse sentido, os povos indígenas têm reivindicado que a CDB assegure, não somente o respeito aos trabalhos desenvolvidos por instâncias como a FAO, a OMPI e a OMC, mas também às obrigações internacionais de direitos humanos existentes, como a Convenção 169 da OIT, e em instâncias que têm desenvolvido atividades sobre direitos específicos dos povos indígenas, como o Fórum Permanente da ONU para Questões Indígenas e o Grupo de Trabalho da ONU sobre o Projeto de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e a Subcomissão de Direitos Humanos, a título de exemplos.

O quinto e último capítulo retornou à realidade nacional para examinar o processo de implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica no ordenamento jurídico brasileiro, em meio a um contexto de megadiversidade. Estudou-se a medida provisória que regulamenta o tema no Brasil e o tratamento, por ela dispensado, à proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e das comunidades locais.

Dedicou-se atenção, também, ao órgão responsável pela implementação da medida provisória, personificado pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, no qual foram analisados os conflitos e os confrontos que resultam do convívio entre a megadiversidade de interesses, direitos, culturas e segmentos que se fazem presentes no CGEN.

O contexto do CGEN, nos moldes atuais, onde divergentes interesses estão em jogo acerca do acesso aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético brasileiro, leva à conclusão de que há oportunidade para que todos os presentes se manifestem, mas não há lugar para participação social, em condições de igualdade, nos processos decisórios.

Assim, as manifestações das organizações indígenas nas reuniões do CGEN, não obstante serem respaldadas no respeito e proteção à diversidade cultural e suas peculiaridades, em conformidade com o ordenamento jurídico nacional e os tratados multilaterais, ratificados pelo Brasil, têm sido desconsideradas sob os mais diversos argumentos.

A violência contra os povos indígenas no CGEN abrange desde a acusação de que os povos indígenas e comunidades locais estão criando empecilhos à pesquisa e ao desenvolvimento no País, ao reivindicar tratamento diferenciado, até o questionamento da legitimidade das organizações que ali têm manifestado o pensar dos povos indígenas e das comunidades locais

com relação à criação de uma lei da qual essas sociedades serão os maiores beneficiários ou as principais vítimas.

De forma semelhante à CDB, têm sido silenciadas as vozes da dissonância no CGEN, embora numerosos documentos tenham sido elaborados e divulgados pelos povos indígenas reivindicando um diálogo multicultural, baseado no respeito à diversidade e ao protagonismo dos povos indígenas, esquecidos na letra fria da lei pelo CGEN e pela CDB, em sua implementação.

Nesse sentido, uma contribuição de Boaventura de Sousa Santos é especialmente relevante para ser apresentada, sob a forma de questionamento às discussões sobre a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas:

A questão é pois: como realizar um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as suas formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis? Por outras palavras, como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemônica que o pretende fazer falar? Essas perguntas constituem um grande desafio ao diálogo multicultural. (SOUSA SANTOS, 2000, p. 30).

Talvez o desafio mais complexo enfrentado pelos países e partes signatários da CDB seja a forma de abordar, simultaneamente, questões afetas a vultosos interesses comerciais, à soberania de nações com realidades diferenciadas e, principalmente, à proteção legal dos conhecimentos tradicionais da imensa sociodiversidade dos povos autóctones e comunidades locais do mundo, sem violar o aspecto holístico, isto é, os valores espirituais e culturais presentes nas discussões, cuja desconsideração tem configurado insulto aos detentores desses saberes, tanto no cenário global, quanto no contexto nacional.

Critica-se na CDB, a despeito dos importantes avanços para o socioambientalismo, a ausência de mecanismos de cobrança do cumprimento das obrigações dela decorrentes e, tampouco, de punição às partes, em razão da omissão na implementação da convenção em suas legislações nacionais, adequando-as aos princípios por ela consagrados, o que tem caracterizado uma séria limitação à sua eficácia. (SANTILLI, 2004).

Em decorrência disso, a violação dos preceitos da CDB, consistentes no texto da convenção e nas recomendações, elaboradas ao longo das oito edições da conferência das partes, realizadas até o momento, não gera qualquer tipo de sanção, pois a convenção não possui a prerrogativa de interferir na soberania de Governos para impor obrigações ou estabelecer exigências de adequação de seus ordenamentos jurídicos.

Assim, permanece pendente a questão de como garantir que as recomendações elaboradas nas Conferências das Partes da CDB resultem em efetiva proteção do patrimônio genético, mormente de países megabiodiversos, e dos conhecimentos tradicionais associados a estes recursos, em face da inexistência de mecanismos coercitivos à apropriação e utilização indevida de recursos genéticos, à revelia do país de origem, privatizando, em benefício de países e interesses economicamente dominantes, um patrimônio que, muitas vezes, pertence indistintamente a uma coletividade.

Espera-se que no horizonte de discussões da CDB, a busca pelo consenso deixe de ser uma função retórica, cuja preocupação central é o controle sobre discursos e não a resolução e mediação dos conflitos, e passe a ser um instrumento concreto na construção, pelo diálogo, de uma efetiva igualdade entre as partes, fruto de uma harmonia não necessariamente coerciva.

Por fim, pode-se lançar um olhar para o futuro e refletir sobre a importância e a responsabilidade do Brasil, considerado um país pioneiro na defesa do socioambientalismo e detentor da maior diversidade cultural da América Latina, na construção de uma nova lei que regulamente o futuro da megadiversidade, constituída pelos conhecimentos tradicionais e pela biodiversidade, conservados dentro de um mesmo universo e reconstruídos a cada dia, ao longo de gerações, sob a perspectiva holística dos povos indígenas na qual ecoa o som sagrado dos maracás.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALARCON, Tomás. **Los pueblos indígenas frente a la globalización**. [S.l.]: Comissão Jurídica para o Autodesenvolvimento dos Povos Originários Andinos (CAPAJ), [19--]. 67 p.
2. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
3. _____. **Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
4. ARAÚJO, Ana Valéria. Acesso a recursos genéticos e proteção aos conhecimentos tradicionais associados. In: LIMA, André. (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. São Paulo: Instituto Socioambiental; Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 85-99.
5. _____.; CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro (Org.). **Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995. (Documento do ISA, 2).
6. _____. Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.) **Os direitos indígenas e a Constituição**. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. xx-xxx
7. BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. 208 p.
8. BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre direitos indígenas. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL, 5. Rio Branco. **Anais do Seminário de Direito Ambiental**. Rio Branco: Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 63-69.
9. BENSUSAN, Nurit. Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil. In: LIMA, André et al. **Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p 9-15.
10. BAYLÃO, Raul de Sergi; BENSUSAN, Nurit. A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais. In: .LIMA, André et al.

Quem Cala Consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p. 17-22.

11. BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução:** elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução de Reynaldo Bairão. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1992.

12. _____. **O Poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand. 1989.

13. BORGES, Paulo Roberto Vieira. **A Ausência de Proteção Legal aos Conhecimentos Tradicionais Indígenas no Brail.** Brasília: 2002. 72p.

14. BRASIL. **Constituição federal, coletânea de legislação de direito ambiental(1988).** MEDAUAR, Odete (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 – (RT mini-códigos), 984 p.

15. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Conselho de gestão do patrimônio genético.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2002.

16. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre diversidade biológica.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006. 34 p. (Série Biodiversidade, 2).

17. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sumário executivo do terceiro relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica.** Brasília: Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2006.

18. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria. **Terceiro relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006, 368 p. (Série Biodiversidade, 21).

19. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Construindo a posição brasileira sobre o regime internacional de acesso e repartição de benefícios.** Brasília, 2004.

20. CALDAS, Gilberto. **Nova Constituição Brasileira.** 2.ed. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 1989.

21. CAMARGO, Aspásia *et al.* (Org.). **Meio ambiente Brasil:** avanços e obstáculos pós-Rio 92. São Paulo: Estação da Liberdade, 2002.

22. CARTA DE SÃO LUÍS. Disponível em: <<http://www.inbrapi.org.br/artigos>> Acesso em: 21 julho 2004.

23. CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: UNESP, 2003.
24. CARMICHAEL, Stokely; HAMILTON, C.V. **Black power**: the politics of liberation in America. New York: Vintage Books, 1967.
25. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Diversidade Biológica**: questões controversas na proteção do conhecimento tradicional. Brasília, 2003, 5p.
26. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Informações Gerais**. Disponível em <<http://www.cimi.org.br>>. Acesso em: 25.abr.2006.
27. CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos *et al* (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: UFSC; CNPq. 1985. p.36-37.
28. _____. **Os direitos dos índios**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.
29. DE LA CRUZ, Rodrigo. **Conocimientos tradicionales y el derecho consuetudinario**. Granada, Espanha: UICN, 2006.
30. EMBAIXADA REAL DA NORUEGA. **Diretrizes para a atuação norueguesa destinada a fortalecer o apoio aos povos indígenas no âmbito da cooperação ao desenvolvimento**: uma abordagem baseada em direitos. Brasília: [s.n.], 2005.
31. ESPANHA. Ministério de Assuntos Exteriores e de Cooperação. Agência Espanhola de Cooperação Internacional. **Visiones indígenas sobre desarrollo y cooperación**. Madrid: EGRAF, 2005. 207 p.
32. FANNON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
33. FARAGE, Nádia; CUNHA, Manuela Carneiro da. Caráter da tutela dos índios. In:
34. FIGUEIREDO, Mauro T. **O avesso da violência**: o movimento nacional de meninos e meninas de rua e a luta pela cidadania para crianças e adolescentes no Brasil. Florianópolis, 1996. 142 f. Dissertação de mestrado.
35. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 10. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: McGraal. 1992. 295p.
36. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. **Revista de Direito Penal**, São Paulo, n. 09/10, p. 27-36, jan-jun/ 1973.

- 37.GENEBRA. Secretaria de la OMPI. **Propriedad intelectual e conocimientos tradicionales**. Genebra: OMPI, [19--] Folheto n. 2. 32 p.
- 38.GALTUNG, Johan. Violência, paz e investigação sobre a paz. In: BRAILLARD, Philippe. **Teoria das relações internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. p.331-357.
- 39.GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato dos; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades sociais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.15-57.
- 40.GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 41.GROSS, Anthony; JONHSTON, Sam; BARBER, Charles Victor. **A convenção sobre diversidade biológica: entendendo e influenciando o processo**. [S.l.: s.n.], 2005. 70 p.
- 42.GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 43.GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.
- 44.HARA, Hélio; BENSUSAN, Nurit. **Guia para a Oitava Conferência das Partes (COP 8) da Convenção sobre Diversidade Biológica**. [S.l.]: WWF,2006.
- 45.INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Legislação**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 27 fev. 2006.
- 46.IPHAN. **Patrimônio imaterial**. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2006.
- 47.IPHAN. **Patrimônio imaterial**. Disponível em: <<http://www.unesco.gov.br>>. Acesso em 24 fev. 2006.
- 48.KAINGÁNG, Lucia Fernanda Jófej. **A proteção legal do patrimônio cultural dos povos indígenas do Brasil**. [S.l.: s.n., 2006] 24 p. No prelo.
- 49.KAINGÁNG, Lucia Fernanda Jófej. **Conhecimentos tradicionais e sua proteção legal na legislação brasileira**. Disponível em: <www.inbrapi.org.br>. Acesso em: 15 ago. 2005.

50.KAINGÁNG, Lucia Fernanda Jófej. O papel dos povos indígenas brasileiros na implementação da CDB. In: BENSUSAN, Nurit *et al.*(Orgs.). **Biodiversidade: para comer, vestir ou passar no cabelo?**. São Paulo: Peirópolis, 2006a. p.349-358.

51.KAINGÁNG, Lucia Fernanda Jófej. **Debates Sobre Biodiversidade Tecnociência e Cultura**. In: MATHIAS, Fernando; NOVION, Henry. (Org.). **As encruzilhadas das modernidades** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006b. p. 41-50. (Série documentos do ISA, 9).

52.KLUMB, Armindo *et al.* **A declaração universal dos direitos humanos**. 6. ed. Bahia: Coordenadoria Ecumênica de Serviço, 2003.

53.LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997. 176 p.

54.LEWINSOHN, Thomas Michael. (Coord.). **Avaliação do estado do conhecimento da biodiversidade Brasileira**. Brasília: Centro de Informação e Documentação Luís Eduardo Magalhães – CID Ambiental, 2005. 2 v. (Série Biodiversidade, 15).

55.LIMA, André *et al.* **Quem cala consente?**: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

56.LOMBARDI, José Claudinei. **Política indigenista brasileira**. [S.l.]: Instituto Superior de Ciências Aplicadas, [19--].

57.MAIA, Antônio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 7, n.1-2, p. 83-103, out. 1995.

58.MARTINS FILHO, Eduardo Lopes. **Manual de redação e estilo de O Estado de S. Paulo**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1997. 400 p.

59.MAGALHÃES, Edvar. **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. Brasília: Funai/Dedoc, 2002.

60.MONTREAL. Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biológica. **Directrices Akwé: kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos...** Montreal: Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2004. 27 p

61.MONTREAL. Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biológica. **Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y e equitativa en los beneficios provenientes de su utilización**. Montreal: Secretaria del Convenio sobre Diversidad Biológica. 2002. 20p.

- 62.MONTREAL. Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biológica. **La meta 2010 para diversidad biológica**: marco para la aplicación: decisiones de la séptima reunión de la conferencia de las partes en el convenio sobre la diversidad biológica. Montreal: Secretaria del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2004.
- 63.MOZART, Artur Dietrich. **Os povos indígenas e o estado brasileiro**: traços de um massacre físico, cultural e jurídico. São Leopoldo: [s.n.], 1995. (Cadernos do Comin, n. 4. 36).
- 64.NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, local, ano 9, n. 26, p.18-29, mês 1994.
- 65.NOVAES, Adauto (Org.). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- 66.**O ÍNDIO hoje**. Disponível em: <www.funai.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2005.
67. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A Convenção sobre Diversidade Biológica e o Princípio da Soberania Nacional**. Brasília: 2006. 203 p. Dissertação do Curso de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília.
- 68.OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. **Direito legal e insulto moral**: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, [19--].
- 69.OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Honra, dignidade e reciprocidade**. Brasília: UnB, 2003. p. 2-16. (Série Antropologia, 344).
- 70.PANIKKAR, Raimundo. **Sobre el diálogo intercultural**. Tradução e apresentação de J.R. López de la Osa. Salamanca: San Esteban. 1990.
- 71.PASCUAL, Alejandra Leonor. Os povos indígenas e o direito de ser diferente. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Na fronteira**: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 35-47.
- 72.PASCUAL, Alejandra. A construção do diálogo entre os diferentes: base da democracia e da plena realização dos direitos humanos. In: Congresso de Pós-Graduação de Pesquisa em Direito (CONPEDI), 13., 2004, Florianópolis. **Anais do XIII Congresso de Pós-graduação em Direito (CONPEDI)**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 523- 531.
- 73.PINTO, Perequê Vieira. **Conhecimento Tradicional: Mecanismos atuais e holísticos**. Cadernos do INBRAPI. São Paulo: Global, 2004. p. 41-55.
- 74.ROCHA, Ana Flávia (Org.). **A defesa dos direitos socioambientais no judiciário**. São Paulo: Instituto Sociambiental, 2003.

- 75.RODRIGUEZ, Sílvia. **O futuro da CDB frente aos tratados de livre comércio.** In: MATHIAS, Fernando; NOVION, Henry. (Org.). **As encruzilhadas das modernidades** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006b. p. 243-258. (Série documentos do ISA, 9).
- 76.ROSSINI, Carolina. **A OMC na COP-8: Conflito inerente?.** Disponível em <<http://www.diretorio.fgv.br>>. Acesso em: 12 abr. 2006.
- 77.SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. **Socioambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.
- 78.SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** Curitiba: Juruá. 1. ed. 2006. 176 p.
- 79._____. (org.) **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 501 p.
- 80.SERPA, H. Através do Serviço de Proteção aos Índios. **Boletim Shell**, [S.l.], v.4, n. 37, p. 6-15, [19--]
- 81.SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento.** Petrópolis: Vozes, 2001.
- 82.SICHEL, Ricardo Luiz. **Histórico e tendências dos sistema da propriedade industrial.** In Curso de introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: INPI, 2001. [s.n.].
- 83.SILVA, Joaquim Norberto de Souza. **Memória histórica e documentada das aldeias de índios da Província do Rio de Janeiro.** *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Brazil*, Rio de Janeiro, n. 14., 2. trimestre, ano exato.
- 84.SILVA, Wilson Matos da. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios do Mato Grosso do Sul.** Dourados: [s.n.], 2003.
- 85.SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez. 2000. v.1.
- 86.SOUZA FILHO, Frederico Carlos Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica.** Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 1997.
- 87._____. Tutela aos índios: proteção ou opressão. In: SANTILLI, Juliana (Org.) **Os direitos indígenas e a Constituição.** Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 295-312.

88. TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**. Traduzido por Adail Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p.241-274.
89. TAPIA VALDÉS, Jorge. Pax Castrense. ¿la legitimación de la violencia política?. *Nueva Sociedad*, Caracas, v.92, p.35-53, nov./dic. 1987.
90. TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. **Povos indígenas e tribais**: guia para a aplicação da convenção nº 169 da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.
91. TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
92. UNCTAD-ICTSD. **Resource book on TRIPS and development**. New York: Cambridge, 2005. 829 p.
93. VICTORA, Ceres Gomes. **Pesquisa Qualitativa em Saúde: Uma introdução ao tema**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2000.
94. WIKIPEDIA. **Biodiversidade**. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Biodiversidade>> Acesso em 15 nov. de 2006.
95. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.
96. WOLFF, Francis. Quem é bárbaro?. In: NOVAES, Adauto (Org.) **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 19-44.

ANEXO I – CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB)

ANEXO II – MEDIDA PROVISÓRIA 2.186-16 DE 2001 (MP)

ANEXO III – DECLARAÇÃO DA KARI-OCA

ANEXO IV – CARTA DA TERRA

ANEXO V – CARTA DE SÃO LUÍS DO MARANHÃO

**ANEXO VI – DIRETRIZES DOS POVOS INDÍGENAS, QUILOMBOLAS E
COMUNIDADES LOCAIS PARA A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS
TRADICIONAIS**

ANEXO VII – CARTA DOS PAJÉS – MANAUS

ANEXO VIII – DECLARAÇÃO DA TERRA INDÍGENA SERRINHA

ANEXO IX – DECLARAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO FÓRUM INDÍGENA
INTERNACIONAL SOBRE BIODIVERSIDADE (FIIB) – GT ABS - GRANADA

ANEXO X – DECLARAÇÃO DE ABERTURA DO FIIB – COP 8

ANEXO XI – DECLARAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO FIIB – COP 8.

ANEXO XII – CURSO DE TREINAMENTO E QUALIFICAÇÃO DOS POVOS
INDÍGENAS PARA A COP 8

ANEXO XIII – DECLARAÇÃO DOS PAJÉS – BRASÍLIA

ANEXO XIV – CARTA DE INTENÇÕES DOS PARTICIPANTES DA OFICINA DE
FORMAÇÃO – ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AOS CONHECIMENTOS
TRADICIONAIS ASSOCIADOS.

