

---

**POVOS INDÍGENAS & DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA  
INFORMAÇÃO: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE**

*INDIGENOUS PEOPLES & COPYRIGHT IN THE INFORMATION  
SOCIETY: A CONTRIBUTION TO THE DEBATE*

*Marco Antonio Barbosa<sup>1</sup>  
João Mitia Antunha Barbosa<sup>2</sup>*

**Resumo:** Abordam-se os direitos de propriedade intelectual, especialmente aqueles consignados sob a rubrica de direito de autor, em sua aplicação no caso dos povos indígenas, sobretudo as dificuldades identificadas nesse sistema para a proteção das expressões e os conhecimentos culturais, artísticos e científicos tradicionais e indígenas. Ainda, a discussão sobre o domínio público e os direitos de autores indígenas; as convergências entre o sistema de proteção dos direitos autorais e a lei de cultivares; a originalidade na obra tradicional e a novidade e a distinção das obtenções vegetais. Conclui-se que existem enormes problemas concernentes à preservação e a defesa do patrimônio cultural imaterial autóctone face às múltiplas formas de expropriação possíveis. Esses conhecimentos não podem mais, atualmente, ser considerados como bens pertencentes a todo mundo e serem utilizados por terceiros sem o consentimento prévio e informado dos verdadeiros detentores. Relativamente aos diferentes instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais, não se pode ficar apenas na crítica do sistema de proteção da propriedade intelectual. De fato, diversas soluções existem que devem ser aplicadas ou adaptadas, no momento em que, respondendo a uma função social, comportam a noção de contrato e de compensação, com o consentimento livre e informado dos povos solicitados. Ademais, a exploração econômica dos conhecimentos tradicionais deve contar com a adoção de políticas públicas complementares.

**Palavras-chave:** Direito de autor. Conhecimentos tradicionais. Povos indígenas.

**Abstract:** This article addresses the intellectual property rights, especially those enshrined under the rubric of copyright in its application in the case of indigenous peoples, especially the difficulties identified in this system for the protection of expressions and cultural, artistic and scientific knowledge traditional and indigenous; discussion about the public domain and the rights of indigenous authors, the similarities between the system of copyright protection and the law of cultivars; originality and novelty in the traditional work and the distinction of plant varieties; concluding that there are huge problems concerning the preservation and defense of indigenous intangible cultural heritage due to the many possible forms of expropriation. This knowledge can not currently be considered as goods belonging to everyone and used by third parties without the prior and informed consent of the true owners. For the different instruments of protection of traditional knowledge, you can not just stay in the critique of the system of protection of intellectual property. In fact, there are several solutions that should be applied or adapted, at the time, responding to a social function, involving the notion of contract and compensation, with the free and informed consent of the people requested. Moreover, the economic exploitation of traditional knowledge must rely on the adoption of complementary policies

**Keywords:** Copyright. Traditional knowledge. Indigenous peoples .

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em direito pela USP. Professor do programa de mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU - São Paulo.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e pela Universidade de Angers, França. Advogado. Especialista Indigenista da Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Autor de "Les lieux des savoirs autochtones. Identité, territoire et droits intellectuels. Berlin: Editions Universitaires Européennes, 2012

## **Considerações iniciais**

A propriedade intelectual é caracterizada pelo conjunto de regras aplicáveis à propriedade industrial, ao direito de autor e aos cultivos, entre outras, tais como as normas sobre programas – software –, modelos de utilidade, as apelações de origem controlada (AOC), etc. Essa matéria, tal como é tratada atualmente pelo direito positivo, não comporta todo o conjunto dos bens, das obras, dos conhecimentos, das práticas ou dos recursos que compõem os direitos intelectuais e o patrimônio elaborado por meio do esforço intelectual humano, seja ele de ordem material ou imaterial. Por outro lado, é preciso frisar que a raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos “naturais” e muito mais complexos do que a propriedade (romanística) propriamente dita. De fato, em todas as suas modalidades, a propriedade intelectual é, sobretudo, funcional, isto é, submetida a condições, socialmente responsável e certamente menos absoluta que toda outra forma de propriedade<sup>3</sup>.

Longe da pretensão de abordar a amplitude da propriedade intelectual, tal como é apresentada no direito positivo, tampouco a parte do patrimônio intelectual e dos direitos intelectuais humanos que se encontram excluídos de um sistema de garantia e de propriedade, este ensaio restringe-se apenas ao estudo das principais dificuldades que os sistemas em vigor colocam para os povos autóctones, como se verá adiante.

## **1 Breve abordagem da noção geral de propriedade intelectual**

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI – apenas se constituiu como organização autônoma no seio das Nações Unidas a partir de 1967 e a Convenção (OMPI) assim define propriedade intelectual:

### **ARTIGO 2.º**

viii) «Propriedade intelectual», os direitos relativos:

Às obras literárias, artísticas e científicas; Às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; Às invenções em todos os domínios da atividade humana; Às descobertas científicas; Aos desenhos e modelos industriais; Às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; À proteção contra a concorrência desleal, e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Até o fim do século XIX (Convenção de Paris), a expressão “propriedade intelectual” aplicava-se de modo mais restritivo e designava mais precisamente os direitos de autor<sup>4</sup>. A noção corrente de propriedade intelectual, depois da adoção da Convenção de Paris, refere-se atualmente a um ramo do direito, altamente

---

<sup>3</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 20

<sup>4</sup> BOGSCH, Arpad. **Les cent premières années de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle**. Genève: OMPI, 1983, p. 191 (tradução pessoal).

---

internacionalizado, e que compreende os campos da propriedade industrial, os direitos de autor e outros direitos sobre bens imateriais de diversos gêneros.

Como dito na introdução, não serão aqui abordados os direitos de propriedade industrial, subconjunto do gênero propriedade intelectual, que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou os modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de origem ou as apelações de origem. Será abordada apenas a categoria compreendida como direitos de autor e mais especificamente, os direitos de autor indígenas os quais se inscrevem dentro da espécie dos direitos culturais. Além disso, mesmo que de maneira breve, abordar-se-á a proteção legal dos cultivares, outra categoria que compõe o conjunto da propriedade intelectual e submetida a regime *sui generis*.

Nessa categoria – proteção *sui generis* – se inscreve também em muitos casos e em outros se reivindica a proteção dos conhecimentos tradicionais, que dizem respeito aos povos indígenas e às populações tradicionais de um modo geral. Igualmente, na mesma categoria de proteção *sui generis* encontram-se as obtenções vegetais, as bases de dados e a topografia dos circuitos integrados, outro subconjunto da propriedade intelectual. A proteção da propriedade literária e artística, por sua vez, compõe outro subconjunto regulado pelo direito de autor, propriamente dito, que inclui os direitos conexos, a proteção das criações estéticas, os desenhos e modelos e os programas de informática.

## **2 Direitos de Autor**

A primeira tutela brasileira que garantiu os privilégios de autor data de 1827, por meio da mesma lei que criou as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda. Em 1830, o primeiro Código Penal brasileiro estabeleceu sanções punindo a contrafação, mas foi apenas em 1891, com a Carta Republicana, que o tema tornou-se matéria constitucional, recebendo, em 1898, tratamento mais extenso com a Lei 494. De 1917 a 1973 a matéria integra o Código Civil, e a partir dessa data, com a Lei 5.988/73, o regime jurídico obedece à lei específica, que criou o Conselho Nacional dos Direitos de Autor e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos Direitos de Autor. A atual lei de Direitos de Autor, nº 9.610/98, mantém a tradição de lei especial. No entanto, o novo Código Civil de 2002 comporta, também, dispositivos relativos ao autor, e se apresenta então enquanto lei geral de direito privado. A Constituição Federal brasileira, por sua vez, prevê nos incisos XXVII e XVIII de seu artigo 5º princípios formadores do direito de autor brasileiro. Eles são: (i) Princípio da exclusividade de utilização: que se caracteriza por seu conteúdo patrimonial quando se trata de exploração econômica das obras. No entanto, abarca também outra exclusividade relativa à realização de certas atividades ligadas à obra, como a divulgação inicial, a modificação e a identificação.

São faculdades de ordem extrapatrimonial, que servem para proteger a personalidade do autor; (ii) Princípio da transmissibilidade: segundo o qual o direito de autor é um direito econômico e patrimonial. Não se trata de um direito individual puro, incondicional e absoluto, não suscetível de alienação e de transferência da pessoa do autor. O legislador assegurou a prerrogativa que tem o autor de optar entre a liberdade ou a restrição da transferência de seus direitos; (iii) Princípio da temporalidade: segundo o qual o direito de autor, assim como o da propriedade intelectual, é marcado pela temporalidade, cabendo à lei infraconstitucional a fixação do prazo do direito de exclusividade dos sucessores, assim como para a propriedade industrial; (iv) Princípio da proteção dos participantes individuais em obra coletiva: A obra coletiva é uma modalidade de obra intelectual submetida a regime específico que derroga as regras aplicáveis aos simples casos de coautores. Esse princípio limita as faculdades ordinárias atribuídas às pessoas participantes da criação da obra, sem atingir o *status* diferenciado de coautor. A obra coletiva deve ser vista, segundo o princípio constitucional, como o resultado de dois tipos de contribuições individuais. De um lado, aquelas que se fundam em uma criação autônoma, que é o conjunto da obra coletiva, e de outro lado, aquelas que são destacáveis do conjunto, por exemplo, as fotografias, as ilustrações, os textos e outras contribuições individualizáveis. Segundo a maior parte dos autores, a autonomia do direito do participante individual não poderia existir a não ser para as contribuições que podem ser destacadas. Isso se justifica, segundo esses mesmos autores, porque o tratamento dos outros colaboradores (enquanto coautores) implica em uma copropriedade de administração problemática<sup>5</sup>; (v) Princípio do controle de utilização econômica.

Trata-se de uma originalidade da Constituição de 1988, materializada na alínea XXVIII (que não trata especificamente do direito de autor) do artigo 5º, que garante aos criadores, aos intérpretes, às associações e aos sindicatos, o direito de fiscalização das obras que criaram e daquelas de que participaram.

### **3 Direitos de autor dos povos indígenas e domínio público.**

O exercício dos direitos patrimoniais de autor, como bem se sabe, pode ser feito por meio da cessão dos direitos pelo autor da obra a terceiro interessado. No caso dos direitos de autor indígenas, essa cessão pode se realizar de maneira coletiva, quando se trata, evidentemente, de uma obra de natureza coletiva. O principal problema é o de saber, no entanto, quem está legitimado, no interior de cada comunidade, para firmar esse acordo.

A lei brasileira de direitos de autor atribui ao autor o direito patrimonial de ceder – gratuita ou onerosamente – os direitos sobre sua obra durante toda a sua vida. Por sua

---

<sup>5</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. “Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional do Direito Autoral”. In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo; Marcos Wachowicz (coords.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba; Juruá, 2006, p. 23-24.

vez, os sucessores do autor têm um direito patrimonial sobre a obra por um período máximo de setenta anos após sua morte. Após esse período, a obra “cai” no domínio público e os direitos patrimoniais do autor e dos seus sucessores cessam. A partir de então, a obra em questão pode ser publicada por qualquer um, sem autorização ou obrigação de pagar pela cessão de direitos de autor. No entanto, essa realidade é consideravelmente distinta e deveria ser vista como tal quando se trata de direitos indígenas.

O aspecto coletivo que pode eventualmente repousar sobre o patrimônio autóctone – fator de identidade de um povo – deve constantemente ser levado em consideração. Cada obra que compõe o patrimônio intelectual coletivo de um povo indígena é o resultado de contribuições acumuladas e transmitidas ao longo de gerações, e estaria fora de questão, mesmo impossível, determinar a idade de uma coletividade autóctone a fim de querer calcular os direitos patrimoniais que a acompanham. Além disso, o essencial é reconhecer que essa entidade não é mortal no sentido que o é um indivíduo. Os direitos de autor de um povo autóctone são, portanto, imprescritíveis, o que já é reconhecido pela Constituição brasileira e que começa a ser, mesmo que lentamente, pelas leis infraconstitucionais. Os direitos de autor coletivos indígenas são direitos culturais transmitidos de geração a geração e se estendem a um conjunto determinado ou determinável de indivíduos no presente. Esse conjunto torna-se, no entanto, difuso quando se considera o direito que deve ser garantido às futuras gerações desse grupo de gozar de um patrimônio que igualmente lhes pertence. Assim, a noção de “domínio público” não será aplicável nesse caso específico<sup>6</sup>.

Ademais, remunerar uma só pessoa ou um grupo dentro de uma comunidade, ou ainda uma comunidade entre outras, considerando que elas podem todas dividir conhecimentos comuns, representa uma ação externa a se evitar<sup>7</sup>.

#### **4 Cultivar tradicional e a lei de Cultivares (obtenção vegetal)**

Segundo o “Office of Technology Assessment” – OTA<sup>8</sup>

(...) os cultivares tradicionais são variedades de plantas que foram desenvolvidas por numerosas gerações, mesmo por vários milhares de anos, por agricultores que selecionaram as plantas que apresentavam as características desejadas. Normalmente, os cultivares tradicionais são mais diversificados geneticamente que as variedades agrícolas modernas e são frequentemente adaptados a meios ambientes locais específicos. Às vezes chamadas “variedades do camponês”, eles são portadoras de traços genéticos que lhes permitem sobreviver e dar-lhes seu valor.

<sup>6</sup> BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo; ISA, 20, 04, p. 37-38.

<sup>7</sup> SALLINS, Marshall. **Âge de pierre, âge d’abondance**. Paris: Gallimard, 1976 (tradução pessoal).

<sup>8</sup> OTA. **Technologies to maintain biological diversity**. Washington (DC, E-U): 1987, nº OTA-F-330.

Quando da fundação, em 1961, da União Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), organismo internacional destinado a assegurar a proteção das variedades de plantas, Bélgica, Suíça, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, Itália, Holanda, Noruega e Espanha demonstraram a necessidade desse tipo específico de proteção, no plano internacional, que apareceu inicialmente nas leis nacionais sob a forma de patentes e, a partir dos anos 1920, sob muitas outras modalidades<sup>9</sup>. Conforme ao artigo 27.3 da ADPIC – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio –, os países membros devem proteger as obtenções vegetais por meio de patentes, por leis *sui generis*, ou ainda pela combinação de ambas. O Brasil adotou em 1997 a Lei 9.456/97, que incorpora dispositivos das versões de 1978 e de 1991 da UPOV. Segundo o artigo 10 da lei de proteção dos cultivares, todo aquele que reserva e planta sementes para uma utilização pessoal, em seu estabelecimento ou em um estabelecimento de terceiro, das quais detém a posse, não se encontra em desacordo com a lei.

Em suma e repetindo, a propriedade intelectual caracteriza-se, de um lado, por esse conjunto de regras mencionadas (propriedade industrial, direito de autor, lei de cultivares) entre outras (tais como as normas sobre programas – software –, modelos de utilidade, as apelações de origem controlada – AOC –, etc.). Essa matéria, tal como é tratada atualmente pelo direito positivo, não comporta o conjunto dos bens, das obras, dos conhecimentos, das práticas ou dos recursos que compõem os direitos intelectuais e o patrimônio elaborados por meio do esforço intelectual humano, seja ele de ordem material ou imaterial. Por outro lado, a raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos “naturais” e muito mais complexos do que a propriedade (romanística) propriamente dita. De fato, em todas as suas modalidades, a propriedade intelectual é, sobretudo, funcional, submetida a condições, socialmente responsável e certamente, menos absoluta do que toda outra forma de propriedade<sup>10</sup>.

Longe da pretensão de abordar a amplitude da propriedade intelectual tal como é apresentada no direito positivo, tampouco a parte do patrimônio intelectual e dos direitos intelectuais humanos que se encontram excluídos de um sistema de garantia e de propriedade, como já antecipado na introdução, restringe-se este ensaio apenas ao estudo das principais dificuldades que os sistemas em vigor colocam para os povos autóctones, como se verá a seguir.

## **5 Inadequação do sistema de propriedade intelectual clássico para a proteção das expressões e os conhecimentos culturais, artísticos e científicos tradicionais e indígenas.**

---

<sup>9</sup> No Brasil, 7 espécies de algodão, 14 de milho e 5 de soja são geneticamente modificadas com uma autorização legal. Atualmente, existem 1.265 cultivares protegidos no Brasil e quase 2000 pedidos sob análise do Serviço Nacional de Proteção dos Cultivares.

<sup>10</sup> BARBOSA. *Op. Cit.*, p. 20

---

De um lado, o regime jurídico dos direitos de autor, inaugurado com a Convenção de Berna, revela-se, regra geral, inadequado para a proteção das expressões e dos conhecimentos culturais, artísticos e científicos tradicionais de modo geral. Também especificamente no que se refere aos indígenas. Essa inadequação é devida essencialmente ao fato de que esse regime reflete as práticas criativas dominantes em uma sociedade industrial e as necessidades de criadores individuais. De outro lado, é claro que esse regime hegemônico facilita enormemente a prática de apropriação cultural, quando trata, por exemplo, dos conhecimentos, práticas e expressões culturais tradicionais como manifestações que integram o domínio público e o folclore<sup>11</sup>. O risco de que essas criações integrem o domínio público em razão de sua antiguidade existe. Parece de fato difícil admitir que essas criações sejam eternamente protegidas, contrariamente às outras, mas seria possível evitar que proteções sejam concedidas fora das comunidades que deram origem a essas criações?

A apropriação das expressões culturais tradicionais manifesta-se seja por sua utilização fora dos contextos culturais aos quais se ligam, seja por sua utilização sem a autorização das comunidades, seja ainda pela não retribuição ou a não negociação de uma contrapartida socioeconômica “justa e equitativa”. Tal apropriação tem como evidente consequência econômica de direta e injustamente retirar das comunidades a oportunidade de receber os benefícios de ordem material de suas expressões culturais. Consequentemente, isso cria prontamente um recrudescimento de introversão cultural, vale dizer, uma diminuição da predisposição ao diálogo e às interfaces culturais mais sólidas com outras comunidades, em particular com a nação ou a sociedade dominante, considerada expropriadora<sup>12</sup>. Segundo vários autores, esses problemas diminuem consideravelmente com a adoção do conceito de “Consentimento Livre, Prévio e Informado” e a prática de negociações mais frequentes sobre as contrapartidas socioeconômicas. Existe uma mentalidade muito ativa nas sociedades industriais, segundo a qual os recursos e as expressões biológicas e culturais tradicionais pertencem ao domínio público e isso malgrado a existência de dispositivos legais que visam salvaguardar os interesses das populações tradicionais e indígenas.

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, determinava pertencer ao domínio público brasileiro, “além das obras cujo prazo de proteção dos direitos patrimoniais terminou (...) [aquelas] cujo autor é desconhecido, as transmitidas pela tradição oral” (inciso II do artigo 48). No entanto, as expressões culturais indígenas que servem de base para muitas obras realizadas por não integrantes dessas mesmas culturas indígenas são fixadas em suportes permanentes (joias, quadros, etc.). Em suma, nesses casos, não se trata de informações transmitidas por tradição oral. Afortunadamente, para as

---

<sup>11</sup> BARBOSA. *Les lieux des savoirs autochtones*. Identité, territoire et droits intellectuels. Berlin: Éditions Universitaires Européennes, 2012.

<sup>12</sup> RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 65.

---

populações tradicionais e indígenas a Lei 9.610, de 1998, e que sucede a de 1973, retirou as expressões culturais das populações tradicionais da lista das obras que integram o domínio público. Seu artigo 45, II, dispõe que pertencem ao domínio público as obras “cujo autor é desconhecido, excetuada a proteção legal dos conhecimentos étnicos e tradicionais”.

A despeito de tal solução da lei atualmente em vigor e favorável à proteção dos conhecimentos tradicionais, a interpretação predominante privilegia e geralmente apenas protege as obras intelectuais de autores individuais integrados na sociedade moderna e dentro de um sistema fundamentalmente mercadológico.

É fato que existem inúmeras iniciativas criadoras individuais dentro das sociedades indígenas. Isso, porém, não impede que variações materiais significativas ou imperceptíveis no plano imaterial, quer dizer, em sua percepção, sejam realizadas à medida que novas gerações busquem criar um modo diferente de exprimir certa identidade cultural. Esse gênero de expressão e de conhecimentos tradicionais vivos pode provir efetivamente de processos criativos comunitários lentos, que se criam cumulativamente em longos períodos. Isso evoca um dos aspectos fundamentais do que se nomeia como etnicidade, com todas as suas consequências sociológicas.

De todo modo, na maior parte dos casos, a identificação de um autor individual na origem de uma manifestação criadora tradicional ou de sua conservação contemporânea mostra-se impossível. Essa impossibilidade formal de individualização, quer dizer, a presunção de anonimato da obra ou do conhecimento seria muito flagrante para justificar a obtenção de direitos de autor e quando existem eventuais aportes contemporâneos identificáveis, esses podem não ser suficientemente expressivos em relação à obra original, impedindo uma salvaguarda jurídica efetiva. Como já afirmado, os regimes de direitos de autor têm por centro gravitacional o autor individual: “a proteção nasce do aporte criativo individual e contemporâneo, que conecta uma obra determinada a um ou vários autores identificáveis”<sup>13</sup>.

A despeito disso, diante de certos meios de negócios e às circunstâncias econômicas recentes, as legislações contemporâneas começam a conhecer novas orientações a fim de permitir aos organismos coletivos a titularidade de direitos de autor. Malgrado isso, as legislações existentes continuam ineficientes quando se trata de proteger as expressões culturais e os conhecimentos tradicionais indígenas. Uma obra produzida coletivamente deve ter um coordenador ou um organizador contemporâneo, capaz de figurar como titular da obra, para que ela possa receber a proteção pretendida. Os povos indígenas não responderiam igualmente a essa condição, podendo-se inclusive lembrar que a própria noção de titularidade adotada pelos regimes de direito de propriedade intelectual parece sequer refletir a complexidade da mesma noção nessas sociedades. Nesse prisma, a comunidade e seus membros não seriam propriamente titulares de direitos ao mesmo título, como ocorre no direito ocidental, mas estariam

---

<sup>13</sup> RODRIGUES JUNIOR. *Op. Cit.*, p. 67.

mais próximos da noção de fideicomissários. Em outros termos, os membros da comunidade seriam investidos de uma obrigação de assumir certas responsabilidades – éticas ou espirituais – que os prendem aos seus conhecimentos e às expressões culturais tradicionais, sempre com a finalidade de beneficiar a coletividade. Nesse tipo de sistema tradicional, e segundo uma possível interpretação do que poderia representar o patrimônio – seja uma expressão artística ou cultural, um conhecimento ou um saber ancestral ou ainda um recurso biológico – é revestido de uma dimensão coletiva que ultrapassa em importância a do gênio individual, eventualmente responsável pela paternidade primária da obra. Deste ponto de vista, um regime que valoriza e privilegia os aportes individuais em detrimento da coletivização dos recursos, segundo o protótipo do sistema hegemônico de DPI e de propriedade, seria inadequado e indesejável.

Segundo a perspectiva do regime de proteção da propriedade intelectual clássica, um dado membro de uma comunidade pode gozar individual e amplamente dos direitos sobre as expressões e as invenções que ele cria. Segundo as análises que se pode denominar de “coletivistas”, essa visão muda quando se trata da ótica das comunidades tradicionais: os direitos cabendo ao grupo. O fato é que os DPI clássicos ignoram as ligações existentes entre o criador e a comunidade. O direito de autor pode atribuir direitos de controle sobre uma expressão cultural em favor de uma pessoa ou de uma instituição diferente daquele que deveria de fato controlá-lo. No entanto, os direitos morais de paternidade e de integridade, reconhecidos pela Convenção de Berna, têm por parâmetro essencial os interesses dos autores individuais, e por fundamento os direitos da personalidade. A manifestação de uma ideia pode se fazer de diversas formas, e o homem por meio de sua própria vontade e de sua personalidade única, pode se exprimir segundo formas que melhor lhe convenha.

O reconhecimento de direitos morais não destacáveis das manifestações materiais da personalidade do autor representa, por assim dizer, o reconhecimento social do liame que une o autor a sua criação. Enquanto que os saberes e as expressões culturais e artísticas tradicionais indígenas são criados por múltiplos indivíduos, frequentemente não identificáveis, mas que revelam as expectativas artísticas de um grupo ou de uma coletividade. O sistema de propriedade intelectual, e mais precisamente o dos direitos de autor, protege a honra, a reputação e os interesses de autores precisos e identificáveis<sup>14</sup>.

Essa é sem dúvida uma das principais alegações utilizadas quando se trata de justificar a distância existente entre o sistema de direito privado clássico e os interesses indígenas de proteção de seus direitos intelectuais. Existem certamente outros.

## **6 A originalidade na obra tradicional**

---

<sup>14</sup> RODRIGUES JUNIOR. *Op. Cit.*, p. 67.

---

Toda obra artística ou literária, para receber a proteção prevista pelo regime de direito de autor, deve preencher a condição de originalidade. A obra é considerada original quando exprime a individualidade de seu criador, quer dizer quando ela apresenta um aspecto próprio e característico de seu autor. Esse aporte individual exigido trata-se de um elemento muito simples a ser demonstrado, basta que a obra exprima certo grau de criatividade e que seja o fruto de esforço pessoal de seu autor. Em outros termos, a obra é reputada original se foi criada de modo independente por seu autor, se não representa uma cópia de obra de outrem e se sua elaboração é capaz de revelar certa expressão criativa, mesmo que modesta<sup>15</sup>.

As expressões culturais tradicionais são criadas por indivíduos, mas são modificadas cumulativamente por um grande número de gerações em uma comunidade tradicional, a fim de exprimir a personalidade e as expectativas próprias ao grupo ao qual pertencem os autores. Frequentemente, o autor das modificações realizadas em uma obra tradicional não é imediatamente identificável. Isso acaba por impedir o reconhecimento de direitos. Ademais, é verdade que as contribuições criativas individuais podem não ser suficientemente importantes, ou mesmo, claramente perceptíveis, sobretudo por meio do filtro de certas concepções rígidas a propósito do que é efetivamente original, para que essa obra contemporânea possa ser reputada original face àquela que a inspirou. É exatamente dentro desse espaço que residem os riscos ligados ao domínio público e ao folclore.

A despeito dos critérios teóricos ligados à originalidade da obra – e que podem variar consideravelmente segundo cada sistema jurídico – na prática as exigências impostas podem ser muito facilmente preenchidas. Basta demonstrar que a criação contemporânea faz prova de certa habilidade artística e de certo esforço intelectual para produzir uma versão atual da expressão cultural tradicional. Fazendo isso, a expressão contemporânea não se confunde mais com a expressão cultural tradicional, que poderia ser chamada de base. Isso significa que em numerosos sistemas jurídicos, como o brasileiro, mesmo as contribuições relativamente pouco significativas podem revelar um aporte capaz de dotar a versão contemporânea do caráter original necessário à proteção prevista pela lei<sup>16</sup>. Essa possibilidade coloca em evidência um ponto de vulnerabilidade do regime de direito de autor: sua excessiva neutralidade. Teoricamente, toda pessoa que cria versões contemporâneas de expressões culturais tradicionais – próprias a um povo ou a uma população específica – poderia ter uma proteção legal concedida e consequentemente direitos morais e patrimoniais associados a essa obra.

## **7 A novidade e a distinção das obtenções vegetais**

Numerosas pesquisas sobre a ecologia indígena demonstram que as plantas domésticas e domesticadas constituem-se em elementos fundamentais na vida cotidiana

---

<sup>15</sup> BARBOSA. *Les lieux des savoirs autochtones*, p. 319.

<sup>16</sup> BARBOSA. *Les lieux des savoirs autochtones*, p. 319.

(alimentação, confecção de vestimentas, medicina tradicional) e no universo ritual (rezas, substâncias psicoativas, oferendas para garantir a caça) de um grande número de povos. Um volume inestimável dentre elas é mantido e preservado no interior dessas sociedades por meio do segredo. É o que os especialistas no assunto classificam como conhecimentos conservados sob a “dimensão do segredo”. Por diversas razões, outra parte dos conhecimentos sobre as plantas obtidos a partir de manipulação tradicional ancestral se estenderam ao exterior dessas comunidades de origem e são às vezes largamente comercializadas nos mercados populares. Uma parcela dessas obtensões tradicionais acaba ainda atingindo o setor comercial formal e as indústrias agrícolas e farmacológicas. No entanto, a exemplo dos regimes contemporâneos de proteção dos direitos de autor e das patentes, os modelos legais de proteção das obtensões vegetais regidas pela UPOV<sup>17</sup> e pela ADPIC<sup>18</sup> criam também barreiras à proteção das plantas e das variedades vegetais obtidas pelas comunidades indígenas. Os critérios (novidade, distinção, homogeneidade e estabilidade) estabelecidos para que o obtentor de uma variedade vegetal possa perseguir a proteção facilitam, de um lado, a apropriação das variedades vegetais desenvolvidas por povos indígenas e, de outro, criam obstáculos para que essas comunidades possam elas mesmas obter os títulos de proteção.

Sem aprofundar o tema geral do sistema de proteção das variedades vegetais, mesmo que sucintamente, é judicioso abordar os elementos de entrave, que se repetem nos diversos modelos (direito de autor, patentes e obtensões vegetais) e que correspondem mais precisamente ao tema abordado, a saber, a novidade e, por que não, a distinção. Quando se trata de obtensões vegetais, o objeto da proteção é evidentemente a variedade vegetal ou a variedade de planta. Uma variedade vegetal consiste em uma planta modificada tecnicamente e portadora de características específicas inexistentes na versão natural da planta de origem. O acordo ADPIC determina que os membros da OMC<sup>19</sup> devam promover a proteção das obtensões vegetais, seja por meio do regime de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* efetivo (específico para as obtensões vegetais), seja pela combinação dos dois modelos. De fato, face à importância econômica crescente (a partir dos anos 1950) dessas obtensões e aos entraves técnicos que criam dificuldades à aplicação do regime de patentes para a proteção das variedades vegetais, o sistema da UPOV progressivamente ganhou força. A fonte da legislação brasileira dos cultivares, a Lei 9456, de 1997 – LPC – é justamente a convenção da UPOV, à qual o Brasil aderiu em 1999, na sua versão modificada de 1978. Essa convenção estabelece regras de proteção de variedades vegetais que são garantidas por meio da emissão de um certificado de obtenção vegetal (COV). Esse sistema representa uma forma *sui generis* de direito de propriedade intelectual, especificamente desenvolvida para esse propósito. Isso quer dizer que novas variedades podem eventualmente ser protegidas mesmo se existem precedentes na

---

<sup>17</sup> UPOV – União Internacional para a proteção das obtensões vegetais.

<sup>18</sup> ADPIC – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual concernentes ao Comércio.

<sup>19</sup> OMC – Organização Mundial do Comércio.

---

natureza. No Brasil, não existe exigência formal de modificação de um espécime natural pela ação humana.

O critério preponderante, ainda uma vez, é o da utilidade econômica ou industrial. Dito isso, nesse gênero de legislação, a popularidade ou o emprego precedente de uma variedade de planta não é motivo suficiente para afastar a novidade pretendida por um empreendedor. A novidade não será bloqueada efetivamente se não pela atestação da existência de exemplares oferecidos à venda. De fato, trata-se, sobretudo, de uma originalidade comercial do que de uma originalidade no sentido clássico do termo. Levando-se em conta o caráter informal do comércio e de certas trocas intercomunitárias, é possível pressentir que as variedades vegetais desenvolvidas a partir do esforço de comunidades autóctones podem ser facilmente consideradas novas. Segundo a convenção da UPOV, o sistema de proteção das obtenções vegetais apresenta outro conceito de novidade, formado pela combinação entre distinção e novidade comercial. Esse conceito faz referência à oferta ao público da variedade, mais do que à divulgação de sua descrição (principalmente por meio de publicações). A condição que efetivamente poderia mais se comparar com a novidade das patentes é a relativa à distinção da variedade em relação a outros espécimes existentes. Uma variedade é distinta quando ela é claramente diferente de todas as outras variedades notoriamente conhecidas no momento do pedido formal de certificação. No entanto, nenhuma definição imperativa da noção de notoriedade da variedade é fornecida pelas convenções UPOV a fim de determinar quais são as confrontações necessárias para avaliar a distinção e autorizar a emissão do certificado respectivo. Segundo o artigo 6º (1) (a) da versão de 1978 da Convenção:

1) O obtentor beneficia da proteção prevista pela presente Convenção quando as seguintes condições são preenchidas: a) Qualquer que seja a origem, artificial ou natural, da variação inicial que lhe deu origem, a variedade deve poder ser claramente distinta por uma ou várias características importantes de qualquer outra variedade cuja existência, no momento quando a proteção é solicitada, e notoriamente conhecida. Essa notoriedade pode ser estabelecida por diversas referências tais que: cultura ou comercialização já em curso, inscrição em um registro oficial de variedades efetuada ou em curso, presença em uma coleção de referência ou descrição precisa em uma publicação. As características permitindo definir e distinguir uma variedade devem poder ser reconhecidas e descritas com precisão.

Malgrado o fato de que as convenções da UPOV, em suas versões de 1978 e 1991, autorizem os países signatários a observar as obtenções vegetais obtidas pelas comunidades tradicionais e autóctones como parte integrante do quadro de conhecimentos que devem ser considerados por ocasião da análise da distinção, na prática isso não é geralmente levado em conta. Essa omissão abre a via para a apropriação indevida<sup>20</sup>. Os estudos realizados a propósito das variedades vegetais

---

<sup>20</sup> BARBOSA. *Les lieux des savoirs autochtones*, p. 342

tradicionais afirmam que se trata frequentemente de espécies que possuem um genoma muito variado. Essa riqueza genética é obtida a partir do cruzamento contínuo entre as mais diversas variedades (a mandioca e o milho são excelentes exemplos) e o objetivo é de acrescentar o máximo de novas características para que as variedades sejam capazes de suportar as situações de *stress* ambiental sofridas. Malgrado a virtude que isso representa, considerando-se a proliferação, a variedade das espécies e por consequência a segurança alimentar das comunidades que as produzem, elas são igualmente incompatíveis com as condições de homogeneidade e de estabilidade impostas pela lei. Contrariamente às variedades tradicionais, as variedades vegetais produzidas pelas indústrias de melhoramento vegetal são comparativamente muito mais pobres geneticamente. O espectro dos elementos genéticos presentes em uma variedade industrial é limitado segundo as características econômicas pertinentes. As sequências hereditárias que poderiam eventualmente interferir sobre a uniformidade ou a estabilidade da obtenção vegetal são prontamente eliminadas da cadeia genética. No sistema das obtenções vegetais, bem como na linha de produção industrial, a previsibilidade e a uniformidade são certamente privilegiadas em relação à diversidade<sup>21</sup>. De outro lado, as versões de 1978 e de 1991 da convenção UPOV introduziram outra regra que contraria os interesses dos países em desenvolvimento, mas, sobretudo, das populações tradicionais e povos autóctones. Segundo o artigo 5º (2) da convenção de 1991:

[Outras condições] A outorga do direito de obtentor não pode depender de condições suplementares ou diferentes daquelas mencionadas acima, desde que a variedade seja designada por uma denominação, conforme aos dispositivos do artigo 20, que o obtentor tenha satisfeito as formalidades previstas pela legislação da Parte contratante junto ao serviço da qual o pedido tenha sido depositado e que tenha pago as taxas devidas.

Esse dispositivo impede expressamente que outros elementos possam ser introduzidos nas legislações internas dos países membros da UPOV, o que torna impossível a harmonização entre os interesses da indústria de obtenções vegetais e os dos povos indígenas, como, por exemplo, um dispositivo que torna obrigatória a apresentação de documento que possa provar que o material filogenético utilizado no processo de desenvolvimento de variedades vegetais tenha sido obtido legitimamente. Quer dizer, com o consentimento prévio, livre e informado, ou a repartição dos benefícios tenha sido formalizada sob a forma de um contrato justo. Se agregar-se a isso que as somas para obter e manter a proteção nesse sistema ultrapassam largamente os meios financeiros dos povos autóctones, sobretudo os dos países pobres e em desenvolvimento, a fraca adesão dos países africanos e a forte crítica dos países em desenvolvimento ao sistema da UPOV são bem compreensíveis. A versão de 1991 da convenção foi fortemente criticada pelos países em desenvolvimento.

---

<sup>21</sup> RODRIGUES JUNIOR. *Op. Cit.*, p. 99.

---

Em janeiro de 1999, os representantes de mais de cinquenta países da atual União Africana reuniram-se com o objetivo de bloquear a proteção de plantas segundo os modelos da propriedade intelectual até que um sistema capaz de reconhecer as práticas das comunidades indígenas seja estabelecido. Malgrado as recomendações dos representantes dos serviços de patentes de dezesseis países africanos francófonos, por ocasião das reuniões da Organização Africana da Propriedade Intelectual (OAPI), até 15 de fevereiro de 2011, apenas a Tunísia e o Marrocos haviam adotado a versão de 1991, a África do Sul o Quênia a de 1978. É importante registrar igualmente que outros países em desenvolvimento, particularmente os da América Latina signatários da versão de 1979, são incitados incisivamente a adotarem a versão de 1991. Assim, é possível concluir de modo preliminar que existe um real vazio jurídico no que concerne à efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais autóctones e seus direitos intelectuais.

Ademais, existe uma dupla pressão dos organismos internacionais (nos quais os representantes indígenas brasileiros participam ainda muito timidamente) aberta à temática e frequentada cada vez mais pelos povos indígenas das mais diversas regiões do mundo. Os representantes indígenas afirmam, por um lado, que os seus conhecimentos tradicionais deveriam ser muito mais considerados no interior do sistema de propriedade intelectual clássico e exigem, de outro, a reflexão contínua a fim de materializar e de reforçar sistemas jurídicos *sui generis*, especialmente ajustados a sua realidade concreta. É possível acrescentar a essas reivindicações a necessidade de estimular a criação de vias permitindo a formalização de contratos pontuais entre as comunidades indígenas e os agentes interessados na discussão de soluções particulares. Essas contingências, assim como os espaços institucionais de diálogo, reflexão e formulação de políticas públicas existentes são incorporados e comandados pelo movimento indígena e indigenista internacional. Como é possível perceber, esse movimento (que é absolutamente diversificado) é capaz de estruturar suas reivindicações e problemáticas com relativa unidade. No entanto, não se pode perder de vista que a análise em questão exige certo esforço de particularização a fim de que soluções possam ser pensadas à luz de realidades específicas.

### **Considerações finais**

Face ao contexto de relativa fragilidade dos mecanismos nacionais e internacionais de proteção dos direitos intelectuais dos povos autóctones, explicitados por organizações não governamentais e por povos indígenas de modo claro e sistemático já ao menos desde os anos 1970, os países em desenvolvimento e as representações indígenas mundiais organizam-se progressivamente com a finalidade de construir instrumentos jurídicos capazes de serem aplicados ao mesmo tempo aos países desenvolvidos (grandes consumidores de produtos e expressões originárias de conhecimentos autóctones) e aos países em desenvolvimento (grandes provedores), visando o respeito dos direitos intelectuais dos povos indígenas sobre seus conhecimentos, práticas e recursos tradicionais. A OMC, a OMPI e a UNESCO – mais

diretamente ligadas ao campo específico da propriedade intelectual – a OIT, o GTPA e a CDB – que têm igualmente ação direta sobre os direitos intelectuais dos povos autóctones, malgrado sua presença mais concreta no campo dos direitos intelectuais dos povos indígenas ou ambientais – são alguns dos fóruns de discussão sobre a questão em estudo. No que concerne principalmente à OMC, à OMPI e à UNESCO certas proposições interessantes para regimes internacionais de proteção dos conhecimentos e das práticas dos povos autóctones e populações tradicionais começam a se materializar, fortemente influenciadas pelas contribuições de alguns países em desenvolvimento, malgrado a oposição sistemática de certos países desenvolvidos. No entanto, uma crítica persiste sobre a dinâmica de ação em certos desses organismos internacionais: muito pouco espaço é deixado aberto à palavra e à participação efetiva (quer dizer presencial) dos povos concernidos pelos instrumentos jurídicos discutidos. De fato, malgrado um discurso que pende claramente em direção à escuta dos povos autóctones – sua formulação a propósito do “consentimento livre, prévio e informado” sendo um bom exemplo – a mesma crítica é frequentemente atribuída à OIT. A crítica de uma fraca participação indígena é menos corrente quando da Conferência das Partes da CDB e quase inexistente para o antigo GTPA<sup>22</sup>, onde uma das principais prerrogativas foi justamente a contribuição direta dos povos indígenas e especialistas, sem a exigência de formalismos em excesso.

A proposta de proteção *sui generis* – inúmeras vezes mencionada como se tratando da melhor alternativa ao sistema da propriedade intelectual por uma grande parte dos especialistas em direito dos povos autóctones e de populações tradicionais –, já é realidade em países como a Austrália, Filipinas, Guatemala e Índia. Esses países levam em conta o consentimento prévio dessas comunidades e o acordo é obtido a partir de seus direitos internos específicos, como a repartição equitativa dos benefícios de comercialização dos produtos que decorrem dos conhecimentos tradicionais, e sua participação em todas as etapas do processo. Ademais, existe um amplo leque de possibilidades de proteção dos conhecimentos que compõem o patrimônio cultural dos povos e comunidades tradicionais, especialmente o dos povos indígenas. Esses povos estão cada vez mais presentes nas mesas de negociações, fazendo ouvir a sua voz e exprimindo sua posição, cujo protagonismo no debate é fundamental.

Lembre-se que os povos indígenas projetaram-se na cena internacional para reivindicarem seus direitos de autodeterminação desde a época da Liga das Nações, o que só vieram a obter formalmente em 2007 por meio da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Autóctones. Durante décadas de luta tiveram que fazer face à resistência dos Estados e de diferentes opositores tendo, finalmente, em 2007, conquistado essa Declaração Internacional, que os reconhece claramente enquanto povos, iguais a todos os demais, com direito à autodeterminação. A presença crescente,

---

<sup>22</sup> GTPA – Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU, em cujo seio entre outras atividades desenvolveu-se a redação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

nas Nações Unidas, desses povos vindos de todos os continentes e que participam em número cada vez maior nos fóruns sobre direitos humanos e sobre a proteção ambiental, assegurou a credibilidade e prestígio crescente desses mesmos fóruns e por consequência uma maior frequência, assim como maior atenção dos Estados.

Enfim, e sobretudo a partir dos anos 1980, pode-se dizer que toda a produção legislativa internacional relativa ao patrimônio cultural e ecológico, comporta uma parte devida à influência e à reflexão dos representantes dos povos indígenas. Malgrado todas as dificuldades existentes, em razão notadamente da hegemonia dos modelos ocidentais de proteção dos direitos intelectuais, é necessário reconhecer que ocorreu certo progresso nas últimas três décadas na proteção dos direitos culturais e dos conhecimentos tradicionais. No entanto, não se pode esquecer que existem também enormes problemas concernentes à preservação e a defesa do patrimônio cultural imaterial autóctone face às múltiplas formas de expropriação possíveis. Esses conhecimentos não podem mais, atualmente, ser considerados como bens pertencentes a todo mundo e ser utilizados por terceiros sem o consentimento prévio e informado dos verdadeiros detentores. No que concerne aos diferentes instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais, não se pode ficar apenas na crítica do sistema de proteção da propriedade intelectual.

De fato, diversas soluções existem que devem ser aplicadas ou adaptadas, no momento em que, respondendo a uma função social, comportam a noção de contrato e de compensação, com o consentimento livre e informado dos povos solicitados. Finalmente, a exploração econômica dos conhecimentos tradicionais deve contar também com a adoção de políticas públicas complementares. A intenção neste ensaio não foi a de tomar posição em favor de um modelo ou de outro. Procurou-se, sobretudo, apresentar as diferentes possibilidades e os problemas associados, na expectativa de talvez suscitar outras pesquisas e estudos que possam contribuir ainda mais para a elaboração de alternativas mais justas e viáveis e que devem ser colocadas à disposição dos povos autóctones e de todos aqueles que de boa fé queiram com eles aprender a negociar.

### **Referências**

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: ISA, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, João Mitia Antunha. **Les lieux des savoirs autochtones**. Identité, territoire et droits intellectuels. Berlin : Éditions Universitaires Européenes, 2012.

BOGSCH, Arpad. **Les cent premières années de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle**. Genève: OMPI, 1983.

OTA. **Technologies to maintain biological diversity**. , nº OTA-F-330. Washington (DC, E-U), 1987.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. **Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro; Elsevier, 2010.

SALLINS, Marshall. **Âge de pierre, âge d'abondance**. Paris: Gallimard, 1976.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. “Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional do Direito Autoral”, In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo; Marcos Wachowicz (coords.) *In: Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba; Juruá, 2006, p.23-24.

**Recebido em : 22 de novembro de 2013**

**Aceito em : 26 de maio de 2014**