



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO ACRE

Autos: 2007.30.00.002117-3

Classe: 7100 – Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público Federal

Réus: Fábio F. Dias – ME e outros

S E N T E N Ç A

[o murmuru] constitui a nosso ver, a mais preciosa gordura vegetal produzida no norte do País. Gerson Pereira Pinto, 1963¹.

I

O **Ministério Público Federal** propôs ação civil pública em face de **Fábio F. Dias – ME, Chemyunion Química Ltda., Natura Cosméticos S.A., Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e Fábio Fernandes Dias**, objetivando, em síntese, *a)* devolução aos índios Ashaninka de todo o material pesquisado e produzido pelo demandado Fábio Fernandes Dias, apresentação de relatório detalhado de quais pessoas, laboratórios e empresas tiveram acesso a esse material, as datas respectivas, as senhas para decodificação desse material (se for o caso), ou indicação do local onde se encontram para eventual busca e apreensão; *b)* sejam declaradas nulas as patentes ou direitos de propriedade intelectual (inclusive marcas comerciais) sobre processos ou produtos resultantes da utilização de conhecimentos da comunidade indígena Ashaninka, especialmente os pedidos de patente PI0106625-0, PI0301420-7, PI0303405-4 e PI0503875-8 e os registros da marca Tawayá (números 822233355, 825455235 e 825455243) ou que a associação indígena APIWTXA seja considerada proprietária desses direitos; *c)* distribuição dos benefícios auferidos com a exploração do óleo obtido da palmeira murmuru pelos réus Fábio Fernandes Dias-ME, Chemyunion Química Ltda. e Natura Cosméticos S.A., no montante de 50% do lucro bruto

¹ Gerson Pereira Pinto: **Características físico-químicas e outras informações sobre as principais oleaginosas do Brasil**. Ministério da Agricultura. Instituto de Pesquisas e Experimentação agropecuárias do Nordeste. Recife. Pernambuco. Brasil. 1963, p. 48. Cópia acostada a f. 245 do Anexo VIII.

obtido pelas empresas até o momento e nos próximos cinco anos; d) seja determinado ao INPI que exija indicação da origem do conhecimento tradicional e equânime distribuição dos benefícios ao apreciar pedido de patente ou registro relacionado a conhecimento tradicional; e e) indenização por danos morais à sociedade e aos índios.

Como causa de pedir, alegou o Ministério Público Federal que Fábio Fernandes Dias, titular da microempresa Fábio F. Dias - ME, foi contratado para pesquisar óleos e essências integrantes do conhecimento tradicional dos índios Ashaninka, a fim de verificar a viabilidade econômica de sua exploração comercial.

Segundo a inicial, foram desenvolvidas pesquisas e identificadas essências de elevado valor comercial, especialmente o murmuru, cogitando-se a criação de empresa composta por Fábio Fernandes Dias, que forneceria o capital financeiro necessário e se responsabilizaria pelos trâmites burocráticos, e pelos Ashaninka, em razão de provir destes o conhecimento tradicional revelador das essências e óleos vegetais comercializáveis. Foi criada então, em comum acordo, a empresa e a marca Tawaya (designação Ashaninka para o rio Amoninha), sediada na cidade de Cruzeiro do Sul, em razão da disponibilidade de energia elétrica e facilidade de escoamento da produção.

Para o demandante, depois de iniciada a produção, Fábio Fernandes Dias “passou a tratar os Ashaninka como meros fornecedores de matéria-prima, imiscuindo-se (*sic*) de cumprir com aquilo que prometera durante os anos de convívio e de utilização do conhecimento tradicional”, f. 6.

A partir da premissa de que a Constituição e a legislação conferem direito de propriedade ao produto ou processo oriundo do conhecimento tradicional dos grupos indígenas, sustenta o Ministério Público Federal que a empresa FÁBIO F DIAS não poderia patentear marca, produto ou processo resultante daquele conhecimento Ashaninka, nem, tampouco, ceder — a título gratuito ou oneroso — produtos, técnicas ou processo de produção direta ou indiretamente originados do saber indígena.

Ainda segundo a inicial, os réus Chemyunion Química Ltda. e Natura Cosméticos S/A, pelo fato de comercializarem produtos originados da pesquisa desenvolvida por Fábio Fernandes Dias, também não poderiam requerer patente ou registro daquilo que tenha se originado do acesso ao conhecimento tradicional.

Argumenta o autor que, ainda que os Ashaninkas nada soubessem sobre o uso emoliente do murmuru, Fábio Fernandes Dias usou o conhecimento tradicional dos índios acerca do manejo sustentável da planta.

Manifestação preliminar do INPI, fls. 57/63. A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida, fls. 70/5, tendo o autor interposto agravo de instrumento, fls. 82/97. Inicial aditada, fls. 79/80.

Os réus contestaram a ação. A Chemyunion Química Ltda. alegou, em síntese, que: *a)* a palmeira *Astrocarium murumuru* é encontrada em toda a Amazônia; *b)* a utilização de óleos e gorduras, como emolientes, é muito mais antiga que o conhecimento dos Ashaninka, atingindo 7 mil anos, inclusive com referência na Bíblia e no Talmude; *c)* quanto ao conhecimento específico do óleo do murmuru, há registro antigo na literatura, seja nacional ou estrangeira; *d)* os Ashaninka não utilizavam o murmuru para hidratação da pele, finalidade dos produtos pesquisados, patenteados e comercializados pela ré; *e)* não conhecia essa comunidade indígena nem o corréu Fábio Fernandes Dias; *f)* teve ciência do óleo do murmuru por meio do pesquisador Daniel Barrera Arellano, à época chefe do Departamento de Engenharia de Alimentos da Unicamp, o qual sugeriu o uso cosmético do produto; *g)* há no mercado outras empresas, nacionais e estrangeiras, que usam o óleo do murmuru; *h)* após testes realizados por seu departamento de pesquisa e pelo Instituto de Bioengenharia da Pele Evic Brasil Ltda., decidiu comercializar o produto; e *i)* a partir da indicação do pesquisador Daniel Barrera Arellano, contratou com Fábio Fernandes Dias o fornecimento *in natura* do óleo de murmuru, fls. 105/124.

O INPI alegou regularidade na concessão das patentes e no registro das marcas, cumprimento da exigência de indicação de origem de acesso ao conhecimento tradicional por ocasião de pedido de registro de marcas e que sua competência se restringe a registro e depósito de marcas, cabendo a fiscalização da repartição de benefícios e controle de destinação de lucros a outros órgãos públicos, como o Conselho de Gestão (criado pela MP 2.106/01), o Ibama e o Comando da Marinha, fls. 269/78.

Por sua vez, a Natura arguiu, preliminarmente, ilegitimidade passiva e prescrição. No mérito, alegou que foi referida no procedimento administrativo a mero título exemplificativo; não possui nenhuma relação com os Ashaninka, com os corréus, nem com os fatos mencionados nesta demanda; o conhecimento acerca do murmuru não é exclusividade dos Ashaninka, mas de domínio público; obtém o murmuru da região do médio Juruá,

localizado no Estado do Amazonas; não estariam presentes os elementos autorizadores da indenização pleiteada (ação ou omissão, culpa, dano e nexo de causalidade), fls. 292/347.

Em sua contestação, Fábio Fernandes Dias e Fábio F. Dias ME sustentaram que *a)* o autor não especificou o suposto conhecimento nem a técnica tradicional pertencente aos Ashaninka; *b)* todos os elementos da pesquisa realizada para o Centro de Pesquisa Indígena foram repassados à entidade; *c)* o contato do corréu Fábio Dias com a cultura dos Ashaninka não é suficiente para caracterizar apropriação indevida de conhecimento tradicional; *d)* os conhecimentos associados ao murmuru, apontados pelo autor como pertencentes exclusivamente aos Ashaninka, são de domínio público; *e)* em sua atividade comercial não há utilização indevida de conhecimento tradicional indígena; *f)* não há irregularidade no registro de patente sobre o sabonete produzido pela empresa, nem impedimento legal para uso de marca que adota apelido indígena; *g)* constituía diretriz do trabalho patrocinado pelo Centro de Pesquisa Indígena o compartilhamento dos resultados e conhecimentos acumulados durante a pesquisa, alcançando outras comunidades indígenas, instituições de pesquisa, estudantes ou pessoas interessadas (f. 428).

A audiência designada para instrução restou infrutífera, f. 478. As preliminares foram apreciadas e rejeitadas, sendo facultado às partes especificarem as provas necessárias ao deslinde da causa, f. 592. Os embargos de declaração interpostos pela Natura foram acolhidos, ocasião em que foi fixado o ponto controvertido da lide e indeferida a tramitação do feito sob sigredo de justiça, f. 660.

A Natura interpôs agravo de instrumento das decisões que rejeitaram sua exclusão da lide, a prescrição e a tramitação do processo sob sigilo, f. 682/740.

Foi requerida a produção de prova documental, pericial e testemunhal, f. 624/5, 758/62, 813/4. Os pedidos foram parcialmente acolhidos por meio das decisões de f. 824 e 842, sendo designada audiência de instrução e expedidas cartas precatórias para oitiva das testemunhas arroladas.

Fábio Fernandes Dias, Fábio F. Dias ME e Natura interpuseram agravo retido, fls. 853/56 e 876/7.

Após a instrução, as partes apresentaram memoriais, fls. 1.627/60, 1.664/82, 1.690/6, 1.699/1.752, 1.754/1.781. Instada, a Funai foi ouvida, fls. 1.794/9.

Sucinto, é o relatório, pelo que decido.

II

ADMINISTRATIVO. PATENTE. MARCA. REGISTRO. CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. CONHECIMENTO TRADICIONAL INDÍGENA. CONHECIMENTO DIFUSO. MURMURU. PESQUISA. DANO MORAL. ASHANINKA.

A gordura do murmuru foi explorada e constou das exportações brasileiras até metade do século XX, existindo várias publicações descrevendo sua composição química, plantio, características, áreas de incidência etc. Além do uso alimentar, as publicações recomendavam essa gordura para fabricação de sabonetes, sabões e xampus em razão de sua emoliência e capacidade de hidratação.

A existência de publicações septuagenárias descrevendo as características da gordura do murmuru, cuja palmeira se espalha por toda a Amazônia, com explícita indicação para fabricação de sabonetes, sabões e xampus, exclui a possibilidade de esse conhecimento ser reconhecido como tradicional ou exclusivo de uma tribo ou comunidade indígena.

A pesquisa para identificar o potencial de mercado das espécies utilizadas por uma comunidade indígena, realizada sob a cláusula de exclusividade de uso e sigilo dos resultados, torna ilícito o uso das informações obtidas por quem participou da pesquisa na condição de pesquisador contratado, caracterizando enriquecimento sem causa.

Se uma invenção é resultado de uma pesquisa, os direitos de propriedade do produto assim obtido pertencem a quem promove e financia a pesquisa, especialmente quando o contrato entre as partes estabelece cláusulas de sigilo e exclusividade de uso.

O ordenamento brasileiro e, em especial, a Lei 9.279/06, não obsta ao registro de marca que utilize vocábulo de origem indígena.

A só alegação de que a apropriação dos resultados de uma pesquisa e o descumprimento de contrato acarretou prejuízo à imagem dos Ashaninka e dos brasileiros, sem descrição de efeitos concretos na comunidade, não enseja dano moral.

Segundo o Ministério Público Federal os requeridos se apropriaram e exploraram indevidamente parte do patrimônio imaterial da comunidade indígena Ashaninka. A petição inicial sustenta que a apropriação foi indevida por duas razões. Por primeiro, FÁBIO FERNANDES acessou irregularmente o conhecimento tradicional Ashaninka relativo ao uso emoliente da gordura encontrada na castanha ou fruto da palmeira conhecida como murmuru (*Astrocarium murumuru*) ou ao seu manejo sustentável². Para essa hipótese, a apropriação não observou a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a qual determina que o acesso ao conhecimento tradicional exige prévio consentimento do titular daquele conhecimento e acordo quanto à repartição dos benefícios (art. 8, j c/c MP 2.186-16/01, art. 9º).

² Petição inicial, f. 11: "... na pior das hipóteses, ainda que se admita, a título de argumentação, que os Ashaninka nada sabiam sobre o uso emoliente do murmuru, ainda assim foi usado seu conhecimento tradicional sobre o manejo sustentável do murmuru ...". Itálico do original.

Por segundo, a apropriação seria indevida porque os Ashaninka³ foram os empreendedores das invenções patenteadas, de modo que a eles deve ser atribuída a titularidade das patentes requeridas junto ao INPI. Agora a irregularidade da apropriação tem como fundamento a Lei 9.279/96, regulamentadora dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, por seu art. 90, que assegura aos empreendedores os proveitos da descoberta feita por empregado decorrente da pesquisa realizada com recursos, meios, dados, materiais ou instalações daqueles.

Em síntese: a exploração comercial do murmuru deveria, segundo a inicial, ser precedida de prévio consentimento dos Ashaninka, em razão de o conhecimento que levou àquela exploração lhes pertencer; simultaneamente, e mesmo que os Ashaninka não detivessem conhecimento tradicional específico acerca do uso emoliente do murmuru, eles fariam jus aos direitos de exploração e aos benefícios daí decorrentes, porque foram os empreendedores da pesquisa que ensejou a descoberta de uso comercial.

Esse é um esquema bem geral e tem a única função de melhor visualizar a lide, identificar os pontos controvertidos e facilitar seu cotejo com a prova colhida. Como se trata de duas causas de pedir independentes (acesso irregular ao conhecimento tradicional e apropriação do resultado de pesquisa), segue exame em separado, facilitando o debate.

a) Alegação de acesso indevido ao conhecimento tradicional – uso cosmético e manejo

Os Ashaninka firmaram um convênio com o Centro de Pesquisa Indígena – CPI, para que esta ONG financiasse uma pesquisa para identificar o potencial de mercado de algumas espécies vegetais e técnicas utilizadas pelos indígenas. O CPI contratou, entre outros profissionais, o físico FÁBIO DIAS FERNANDES. Tanto no convênio firmado com o CPI quanto no contrato, constavam cláusulas que asseguravam que o resultado das pesquisas pertenciam à ONG e aos Ashaninka, e que o uso das informações obtidas na pesquisa dependia de prévia autorização dos mesmos.

As partes concordam que o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético só é regular se previamente consentido pela comunidade que detém sobredito conhecimento. Mesmo o requerido FÁBIO FERNANDES⁴ concorda que “o acesso

³ *Ashaninka* significa, na língua nativa, “gente, povo, seres humanos”, implicando, apesar do singular, uma pluralidade. Em certo sentido haveria uma redundância na expressão “comunidade ashaninka”, embora não configure um erro. (f. 333, anexo I, vol. 2. Laudo pericial).

⁴ Usarei a defesa de FÁBIO como referência por duas razões: porque os demais requeridos utilizam argumentos semelhantes e porque o resultado desta ação em relação a esse requerido afeta ou pode afetar diretamente o

ao conhecimento tradicional associado, durante um projeto de pesquisa, exige autorização do órgão competente, cuja principal exigência para concessão é que o instituidor tenha estabelecido com a comunidade da qual origina o conhecimento acessado o devido contrato de acesso e repartição de benefícios” (f. 442). FÁBIO não discute essa proposição (exigência prévia de autorização e repartição de benefícios).

A defesa de FÁBIO é de outra natureza: ele sustenta que não se apropriou nem se beneficiou de nenhum conhecimento tradicional da comunidade Ashaninka; afirma também que a pesquisa foi realizada com seus próprios recursos e iniciativa, de modo que ele, e não os Ashaninka, é merecedor da proteção devida aos empreendedores.

Por primeiro, analisemos a alegação de que não houve acesso, uso ou apropriação de conhecimento tradicional Ashaninka (a segunda alegação, de que não se apropriou dos resultados da pesquisa, será examinada logo a seguir). Só podemos examinar as provas carreadas aos autos após prévia noção do que seja conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. A MP 2.186-16/01 define conhecimento tradicional associado como “a informação ou prática individual ou coletiva de uma comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” (art. 7º, II).

Esse conceito permite facilmente identificar como conhecimento tradicional, por exemplo, o uso indígena de plantas para curar determinadas doenças ou técnicas de controle de pragas agrícolas. Se alguém quiser se beneficiar comercialmente desse conhecimento de plantas e técnicas, deve previamente acordar com a comunidade o acesso e o meio de repartição dos benefícios. Casos dessa natureza, todavia, não suscitam maiores controvérsias.

O conceito jurídico de conhecimento tradicional é novo e levanta inúmeras dúvidas quanto a sua aplicação, muitas delas pertinentes ao caso em análise. É importante expor com clareza os limites da definição legal para regular certos casos, permitindo um debate esclarecedor e construtivo acerca do seu sentido e, mais importante, demonstrando por que, diante de duas possibilidades interpretativas, uma se mostra mais peremptória e deve ser aceita em detrimento da outra ou de outras. Mais importante do que sustentar uma interpretação, tal como uma bandeira de luta, é apontar razões pelas quais devemos aceitá-las.

Impõe-se, por exemplo, decidir se o conceito legal de conhecimento tradicional rege a situação em que há várias comunidades locais ou indígenas detentoras de um mesmo

resultado em relação aos demais réus. Argumentos manejados por outros réus serão examinados em conjunto ou em separado, quando pertinente.

conhecimento; ou se aquele conceito legal fornece elementos para identificar quem devemos aceitar como responsável para firmar compromissos em nome de comunidades organizadas sem uma forma jurídica estabelecida, a exemplo de comunidades indígenas ou quilombolas: devemos exigir uma assembleia? Devemos respeitar suas lideranças “tradicionalistas”? Se um acordo, firmado por alguém que se apresenta e é tido tacitamente e segundo os costumes locais como uma liderança, põe em desvantagem membros da própria comunidade na distribuição dos benefícios, os prejudicados podem alegar ilegitimidade daquela liderança e reivindicar em nome próprio sua cota? Nesse caso, a forma de repartição acordada com a “liderança” deve ser mantida ou impõe-se sua renegociação? Se sim, com quem? Se os conhecimentos tradicionais de dada comunidade são publicados sem referência à sua origem, uma empresa ou um indivíduo que faz uso dessa informação publicada se submete à regra de repartição com os detentores daquele saber (acesso ao conhecimento tradicional dito *indireto*)?

Há inúmeras outras questões candentes sobre o tema. E há soluções divergentes para cada uma delas. Nessa ação há várias dessas questões e várias soluções defendidas pelas partes, cada uma sustentando que sua leitura é a mais correta e a mais consentânea com os princípios que regem o Direito e que melhor se harmoniza com a Constituição ou/e a CDB. Essa divergência interpretativa é a essência do Direito, está presente em cada processo, em cada ação, e se torna mais aguda em matéria constitucional – com as (impropriamente) denominadas cláusulas abertas ou de conteúdo indeterminado (liberdade de expressão, religião, igualdade, vida, honra etc.) – e com institutos jurídicos novos resultantes de forte embate ideológico e político.

A CDB objetivou harmonizar interesses conflitantes de difícil e improvável conciliação, como exploração eficiente dos recursos naturais e conservação ambiental, desenvolvimento dos países ricos em biodiversidade e pobres em biotecnologia e respeito aos conhecimentos tradicionais, pesquisa e aproveitamento do patrimônio genético e incremento das indústrias agrícolas e farmacêuticas, mercado e cultura, pesquisa e respeito aos direitos de grupos etc. Com certa frequência, o meio para se obter um desses objetivos em grau ótimo pressupõe aniquilar outro: o incentivo à indústria de alimentos, agrícola ou farmacêutica interna pode exigir a destruição de *habitat*, costumes, culturas, desrespeito ao conhecimento tradicional associado etc⁵.

⁵ Sobre o tema, entre outros: German-Castelli. Convenção sobre Diversidade Biológica: justiça e equidade *versus* eficiência econômica – uma reflexão a partir de experiências na Amazônia Brasileira, *apud* MATHIAS,

Esse esclarecimento é necessário para afastar o maniqueísmo de dizer que de certo dispositivo decorre apenas uma interpretação, e que algo diverso não é aceitável. Esta posição pressupõe que o dispositivo é claro, regula todas as hipóteses de aplicação, e somente por má vontade, ou persistente intento de prejudicar os outros ou, ainda, de beneficiar-se, assim não se vê ou não se interpreta. Mas, como se observou, esse pressuposto de clareza está ausente: as partes divergem seriamente quanto ao sentido de um conceito jurídico e defendem interpretações daquele conceito. Quanto mais controvertido um instituto jurídico, mais se exige argumentos para se optar por uma ou outra argumentação.

Deixar claro que o conceito é imensamente controvertido facilitará a compreensão de que respostas justificadas às inquietantes questões que suscita dependem do esforço das partes e público para obter argumentos persuasivos uns aos outros e não apenas para si mesmos, admitindo que divergem sobre a melhor interpretação de um mesmo conceito. Ou seja, embora as partes concordem quanto ao conceito abstrato de conhecimento tradicional, divergem concretamente sobre qual interpretação o realiza em maior medida, quais as implicações desse conceito quando aplicado a casos concretos.

O caso sob exame é emblemático. As partes não questionam a exigência de repartição dos benefícios, por exemplo. Discutem se a CDB e a MP 2.186-16/01, coerentemente interpretada e aplicada aos fatos em exame, acarreta a obrigação de repartir. Nesses casos, mais que afirmações peremptórias, exigem-se argumentos capazes de mostrar que as proposições defendidas representam a melhor leitura desses dispositivos legais. Essa explicitação clara da controvérsia tem a virtude de permitir que se instaure um debate franco e transparente, possibilitando que se identifique onde uma linha de argumentação se revela falha e inconsistente, e que outro argumento e direção são factíveis e mais adequados.

Delineadas essas diretrizes, retomo o exame do conceito de conhecimento tradicional.

Expôs-se, anteriormente, um exemplo claro em que não há maior divergência de que se trata de conhecimento tradicional tutelado pela MP 2.186-16/01: uma erva utilizada por uma comunidade indígena para curar doenças. Mas o conceito legal suscita dúvidas em outras situações. Há certa indeterminação se quisermos saber, por exemplo, se configura conhecimento tradicional para fins de proteção legal, o fato de indígenas utilizarem como adereço em datas festivas milho de diversas cores e tamanhos, fato que, por si só, indica

Fernando e NOVION, Henry de (orgs.). **As Encruzilhadas das modernidades. Debates sobre Biodiversidade, Tecnociência e Cultura**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

características fenotípicas do milho que podem ser muito importante para a agricultura e nutrição⁶. Há dissenso quanto a saber se a circunstância de os indígenas utilizarem aquele milho apenas para adorno torna exigível sua permissão para outros fins. A resposta a esse tipo de questão interpretativa só é resolvida de modo coerente se tivermos em mira o escopo da norma que protege o conhecimento tradicional e a natureza mesma deste.

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi aprovada para o fim, dentre outros, de tentar equilibrar a relação entre países detentores de biotecnologia e países detentores de biodiversidade, de dar visibilidade a atores antes marginalizados, como as comunidades que desenvolvem e mantêm conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. Ao longo do tempo essa relação se mostrou injusta e beneficiava apenas os países detentores de biotecnologia (em regra localizados no hemisfério norte), que coletavam informações e amostras do patrimônio genético nos países ricos em biodiversidade (quase sempre situados no hemisfério sul), obtendo substâncias e processos de alto valor comercial sem, contudo, repartir com os países de origem os benefícios assim obtidos. De um lado, havia as comunidades que no decorrer dos anos preservaram espécies e procedimentos resultantes de seu longo e rico relacionamento com a natureza e, de outro lado, empresas que se aproveitaram desse conhecimento sem pagar nada em troca. A Convenção sobre Biodiversidade reconhece que as diferentes formas de vida não resultam apenas de processos biológicos naturais, mas da relação que o homem estabelece com a natureza, mantendo ou destruindo espécies, preservando ou extinguindo condições necessárias à manutenção de várias formas de vida e de outros fatores ambientais, como o clima.

A preservação de espécies e de formas de (melhor) se relacionar com elas é compreendida como resultado de um processo de conhecimento que não pertence necessariamente a um indivíduo em particular, mas a toda uma comunidade que ao longo do tempo desenvolveu certa forma de vida, de valores e de saber que proporcionou condições para a manutenção daquele ecossistema, merecendo reconhecimento e comunhão nos frutos.

O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, o saber relacionado a uma espécie do patrimônio genético, nesse contexto, deixa de ser um conceito jurídico asséptico e formal, passando a instrumentalizar a ideia de que aqueles que preservam uma técnica ou uma espécie são legítimos proprietários desse saber e merecem reconhecimento por nos legar esse conhecimento e essa riqueza (essa ideia é melhor percebida quando pensamos

⁶ Exemplos baseados em Nurit Bensusan *apud* SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Petrópolis, 2005, p. 196.

em espécies várias que foram extintas ou quase extintas em razão da relação estabelecida pelo homem com dada espécie. Talvez o pau-brasil seja, em nosso país, o maior exemplo).

Essa noção de conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético oferece uma nova leitura do problema interpretativo sugerido pelos exemplos dados, pois mostrará que a proteção legal que poderíamos concordar em conferir ao caso de uma planta utilizada como medicamento por uma comunidade indígena também se estenderá à hipótese do milho de diferentes cores e tamanhos utilizado como adorno, mesmo que sua exploração comercial se dê por motivos outros. Tanto num caso como noutro estaríamos defronte a espécies ou técnicas cuja existência e valor somente percebemos e tivemos conhecimento em razão de dada comunidade tê-las preservado e/ou descoberto, legando-as a nós.

O conceito de conhecimento tradicional oferece muitas outras dificuldades interpretativas, e algumas ainda serão necessariamente objeto de nossa análise enquanto pressuposto de uma decisão. Mas a noção esboçada já oferece um referencial para examinar as provas carreadas pelas partes, pois as examinaremos tanto em busca de uma relação direta entre a prática comunitária e o produto final obtido após emprego do produto industrial, quanto em busca de uma relação indireta, na qual o conhecimento tradicional serve de ponto de partida para a pesquisa e a inovação. Isso implica, em concreto, verificar como o murmuro, objeto desta ação, se apresentava tanto perante os Ashaninka como perante o restante da sociedade.

Uma espécie do patrimônio genético pode se espalhar por todo um continente, ou até pelo globo, mas essa circunstância, por si só, não é suficiente para afastar a proteção a singular saber mantido por uma comunidade. Imaginemos que se descubra que índios produzem da mandioca (planta de origem brasileira, hoje cultivada em todo o Brasil e que tem na atualidade a Nigéria como maior produtor⁷) uma bebida que, pelo especial modo de fazer, potencializa certas substâncias nela presentes capazes de curar e/ou prevenir a malária, um flagelo da Amazônia, parte da Ásia e África. A comunidade indígena usa a bebida apenas como alimento, mas é observado que aquela comunidade não é afetada pela malária. Embora a mandioca seja de uso bastante difundido no mundo, aquela especial técnica não poderia ser apropriada sem a devida recompensa à comunidade que a elaborou.

⁷ Fonte: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa. Disponível em http://sistemasdeproducao.cnptia.embrapa.br/FontesHTML/Mandioca/mandioca_centrosul/importancia.htm. Acesso em 06.05.13.

Em sentido contrário, cogitemos de alguém que queira obter proveito econômico do *tucupi*, molho igualmente de origem indígena extraído da macaxeira, utilizado em vários pratos no norte do país (tacacá, risoto, pato no tucupi etc.) e de amplo conhecimento popular, sem identificação de uma comunidade específica a que possamos reconhecer como titular desse conhecimento. Nessa hipótese, não haveria necessidade de prévia autorização ou repartição com alguma comunidade em especial, embora remanescesse a necessidade de repartição com a sociedade brasileira, representada pela União, nos termos da MP 2.186/01.

Consoante a noção de conhecimento tradicional associado ora desenvolvida, certamente é importante e decisivo investigarmos se os Ashaninka conferiam algum uso cosmético ao murmuru, mas também será decisivo detectar se algum uso do murmuru, entre os indígenas a que FÁBIO teve acesso, revelava-se individualizável⁸ em relação aos não-índios e, especialmente, ao próprio FÁBIO, e que seja possível, mesmo de modo *indireto*, se relacionar com o produto final (uso cosmético do murmuru). Esse recorte é necessário porque as partes também concordam que a palmeira *murmuru* é encontrada em vasta área no Brasil e países vizinhos, espalhando-se por uma área verdadeiramente continental que vai da Bolívia e chega ao oceano atlântico, na ilha de Marajó, no Estado do Pará⁹.

Qual seria então o conhecimento tradicional associado ao murmuru mantido pelos Ashaninka e acessado indevidamente? FÁBIO alega que não houve a indicação de um conhecimento tradicional específico associado ao murmuru do qual tenha se apropriado (f. 414, item 8; f. 430, itens 107/116). Essa defesa pressupõe que deve existir uma relação direta e visível entre o conhecimento tradicional associado e o produto final, como no exemplo da poção medicamentosa indígena da qual resulta um novo medicamento. Esse raciocínio demandaria um detalhamento e uma definição precisa do conhecimento tradicional, indicando, por exemplo, que o saber apropriado consistiu na ciência que os Ashaninka detinham sobre o caráter emoliente da gordura do murmuru, ou sobre seu manejo sustentável. Essa é uma interpretação possível da norma. Mas não é a única. Há, como já exposto, outra, ou outras.

⁸ Não se afirma que o conhecimento tradicional necessita ser exclusivo de uma comunidade: é possível que um mesmo conhecimento seja compartilhado por várias comunidades, e ainda assim preserve sua condição. Saber até quando um conhecimento tradicional preserva essa qualidade em face de ser compartilhado por outras comunidades, e quando passa a ser do domínio público, é apenas *mais um* problema interpretativo a ser solucionado pelo intérprete através da apresentação de argumentos, como se pretende fazer. Saber se os argumentos expostos justificam a decisão ao final tomada, ou não, dependerá do confronto com outros argumentos, ao longo de recursos processuais e do debate público e acadêmico, já que o Direito não é um processo mecânico ou matemático, mas uma prática argumentativa valorativa.

⁹ F. 82. Anexo I, vol. 1.

Foi exposta outra possibilidade interpretativa, pela qual o conhecimento tradicional não precisa guardar uma relação tão retilínea com o produto final, mas, para fins de proteção, deve-se observar o propósito da norma de tutelar aquele que preserva e cultiva uma técnica, um hábitat ou uma espécie, e que, pelo modo como esse alguém se relaciona com esse objeto, nos oferece uma nova perspectiva, tal como no exemplo da bebida de mandioca ou do milho: a relação é indireta. É suficiente que algum elemento da cultura da comunidade, do modo como esta se relaciona com a natureza, *brilhe* aos olhos do pesquisador ou empresário, e o leve a cogitar de inovações que outros ambientes não lhe instaram a fazê-lo. Como antedito, a fauna e a flora de um lugar não são totalmente “naturais”, mas resultam do modo como os seres interagem com esse ambiente. Um determinado modo de vida propicia a sobrevivência de certas espécies e hábitats, mas enseja a destruição de outros. Aquilo que encontramos e que reputamos “natural” é, na verdade, o resultado de uma relação entre os seres e o ambiente; uma construção, pois. Se uma comunidade, em razão de seu peculiar modo de vida, mantém um saber relacionado ao patrimônio genético, quem queira fazer uso desse saber deve reconhecer sua titularidade e os ônus daí advindos.

Esta interpretação não exige uma relação direta entre o conhecimento tradicional associado e o produto final, mas se mostra mais consentânea com o escopo da CDB e as razões históricas que lhe inspiraram. Mais do que isso, fornece elementos para diferenciar tanto aquilo que podemos aceitar como um conhecimento já de domínio público (como o tucupi, a tapioca etc.) quanto para identificar um saber que se distingue por derivar ou nascer no interior de uma prática coletiva restrita a comunidades locais identificáveis.

Não há, na petição inicial, uma afirmação taxativa do Ministério Público Federal a propósito de qual seria o conhecimento tradicional associado apropriado indevidamente. Mas se extrai do trecho seguinte que seria o uso cosmético e emoliente do murmuru, ou, alternativamente, seu manejo sustentável:

[...] ainda que se admita, a título de argumentação, que os Ashaninka nada sabiam sobre o uso emoliente do murmuru, ainda assim foi usado seu conhecimento tradicional sobre o *manejo sustentável* do murmuru, fato que o Demandado Fábio tanto se gaba na publicidade de seu sabonete. (f. 11, grifos do original).

Fixamos uma noção de conhecimento tradicional. Segundo a noção desenvolvida, devemos verificar se as provas carreadas aos autos demonstram, por exemplo: a) se o murmuru era utilizado pelos Ashaninka de algum modo que pudesse sugerir seu caráter emoliente (aplicado na pele para qualquer fim, usado como remédio de coceiras ou outras doença de pele ou cabelo); b) a existência, em si e per si, do murmuru. Em tese, é possível que

uma espécie seja extinta em outros lugares, mas preservada em dada comunidade, por razões várias. O só fato da existência, independentemente da circunstância dessa comunidade fazer algum uso alimentar, decorativo, estrutural etc. já lhe marca como tradicional. Esta última hipótese deve ser afastada de logo. A existência do murmuru é de sabença geral e antiga. Não se trata de uma espécie restrita à terra Ashaninka. Tampouco há indício de que sua preservação e existência se devam aos Ashaninka (o mito descrito na inicial que sugere essa proposição, verdadeiro enquanto mito, não é suficiente enquanto elemento de convicção, sem prejuízo de sua aceitação, observadas outras condições) pelas evidências de que a palmeira existe em área imensa, em várias outras comunidades e há muito tempo.

O caráter emoliente do murmuru enquanto conhecimento tradicional associado e próprio dos Ashaninka enfrenta duas dificuldades. A primeira diz respeito à demonstração de que os Ashaninka usavam a gordura do murmuru de algum modo que, direta ou indiretamente, pudesse indicar sua característica emoliente. A segunda diz respeito a saber se esse uso se circunscrevia aos Ashaninka ou se era um conhecimento disseminado, público. O Ministério Público aceita essa distinção entre conhecimento tradicional e disseminado, mas afirma que o conhecimento sobre o murmuru não era disseminado¹⁰. Examinando as duas questões.

O MPF lastreia-se, fundamentalmente, no laudo antropológico para afirmar que os Ashaninka tinham conhecimento tradicional sobre a gordura do murmuru. É certo que os Ashaninka reverenciam o murmuru e que esta palmeira faz parte de mitos que estruturam sua identidade cultural, como narrado na inicial. É igualmente certo que eles utilizavam o murmuru de inúmeras formas (caule, folhas, frutos etc.). Segundo algumas declarações constantes do laudo, utilizavam a gordura nos cabelos, ou junto com urucum para pintura corporal, ou como remédio para coceira na pele.

Todavia, essa informação, de que os Ashaninka extraíam a gordura do murmuru e a utilizavam, foi negada pela antropóloga Margarete Kitaka Mendes, antropóloga e personagem importante na história recente dos Ashaninka, em razão de seu envolvimento em várias questões a eles relacionadas, tendo morado na aldeia durante algum tempo¹¹. Sua história profissional, acadêmica e mesmo pessoal parece fundir-se em vários momentos com a

¹⁰ “[...], não temos a rigor aqui um conhecimento **tradicional** que ‘era’ **disseminado** ao tempo dos fatos que ensejam esta ação, mas temos isto sim um conhecimento que ‘foi’ **disseminado** com infração à ordem jurídica brasileira, justamente após as pesquisas do CPI e dos ashaninkas”. Memoriais, f. 1.656. Sem negrito no original.

¹¹ Confira-se, por exemplo, a ata de constituição da Associação Ashaninka, em 1993, na qual esta antropóloga aparece secretariando o ato (f. 24, anexo I, vol. I). Consta dos autos vários artigos, reportagens sobre seu envolvimento. Sua dissertação de mestrado é uma referência sobre a comunidade Ashaninka.

comunidade Ashaninka. Foi casada com o demandado FÁBIO e posteriormente foi companheira de Moisés Pinhanta, liderança indígena Ashaninka. Na tese de doutorado apresentada junto à UnB, *índio não é não todo igual*, de José Pimenta, consta a informação de que se tentou celebrar um acordo pelo qual ela deteria 25% da empresa TAWAYA, confirmado pela declaração de Moisés e Francisco Pinhanta de f. 244. Esse dado é confirmado, ao menos em parte, pelo depoimento dela, quando reconheceu que trabalhou na empresa (f. 1.492). Em suma: não se trata de um relato desinteressado, tanto quanto aqueles outros¹². Declarou, no que pertine a esse ponto: “que nunca viu qualquer membro da comunidade Ashaninka fazer uso do murmuru, especialmente no que diz respeito à extração do óleo da castanha” (f. 1.493).

Além da refutação da antropóloga Margarete, embora se imponha o reconhecimento de seu interesse no deslinde da causa, o laudo apresenta algumas fragilidades. No laudo há transcrição de várias declarações de Ashaninka descrevendo o uso emoliente do murmuru. Em outras condições seria uma prova robusta. Mas esse laudo foi impugnado pelas partes, e por uma série consistente de razões¹³.

A alegação de que é um elemento de prova produzido unilateralmente pelo Ministério Público Federal o enfraquece, mas não muito, pois as partes podem e devem produzir provas, trazer a juízo informações, as quais poderão, se controvertidas, ser confirmadas sob o crivo do contraditório. A circunstância de que foi elaborado por servidor do Ministério Público Federal também o abala, mas em mínima porção. Um servidor do Ministério Público Federal poderia trazer informações e demonstrações contábeis, por exemplo, e nem por isso deixariam de ser apreciadas, em princípio, e, novamente, poderiam ser renovadas em juízo. É igualmente irrelevante certo engajamento, ou envolvimento com a causa, pelo antropólogo que o elaborou. Seria condenável um antropólogo *desengajado*, inutilmente tentando ser neutro e asséptico. Exige-se do antropólogo não uma assepsia, frieza ou distanciamento em relação à causa, mas uma opinião bem fundada em fatos e dados que permita seu exame e nos convide à adesão¹⁴.

¹² A matéria jornalística de f. 137, anexo I, evidencia que Margarete se empenhou na construção da fábrica de sabonete, na construção da imagem desse produto e que seria beneficiada pelo resultado da comercialização.

¹³ Fábio: f. 1.756; Chemyunion: f. 1.675/6.

¹⁴ JOSÉ PIMENTA, na tese constante do anexo IV, dedica várias páginas ao envolvimento do pesquisador com a comunidade objeto de estudo, e a “cumplicidade” que se estabelece (p. 31 da tese). Uma das razões desse engajamento se deve à “fusão de horizontes” de universos culturais, necessária para compreensão da perspectiva do outro, na esteira de Gadamer (*Verdade e Método*), ali referido. O item 3 da introdução daquela tese fornece várias referências bibliográficas sobre esse particular tema.

O que verdadeiramente debilita o laudo são as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que se deliberou pela sua elaboração. A ata de f. 325, do anexo I, relata reunião, ocorrida em 18.5.2007, da qual participaram dois procuradores da república, o antropólogo e Francisco Pinhanta, representante da comunidade indígena. Consta da ata que, aberta a reunião

foi informado que o antropólogo Marco Paulo visitará a aldeia a partir dos próximos dias, e traçado o esquema de trabalho. Foi informado ao Sr. **Francisco Pinhanta** quanto ao atual andamento do inquérito civil público que trata da questão relativamente ao murmuru, no sentido de que tão logo obtido o laudo antropológico, já será possível a propositura da ação. [...] Também solicitou-se nome de pessoas que poderão servir de testemunhas no ulterior processo. (Sem grifo no original).

Observando a sequência temporal dos atos daquele inquérito civil público, constata-se que ao tempo da reunião, 18.5.2007, a questão do caráter emoliente do murmuru já se destacava e se projetava como o elemento central da lide. A essa altura já se buscava relacionar fatos que comprovassem que o murmuru tinha algum uso cosmético entre os Ashaninka. É literal, por exemplo, o despacho de f. 205, datado de 18.12.2006, do inquérito civil público (anexo I), ordenando fosse oficiado ao Secretário Extraordinário dos Povos Indígenas, Francisco Pinhanta (integrante da comunidade Ashaninka), para que informasse que tipo de uso tinha o murmuru antes do contato de FÁBIO, e a Moisés da Silva Pinhanta (irmão de Francisco), Presidente da Associação Ashaninka, para a mesma finalidade.

Por outras palavras, buscavam-se elementos de convicção para demonstrar que os Ashaninka faziam uso cosmético ou medicinal da gordura do murmuru. Tem-se então o seguinte quadro: uma comunidade indígena é informada que será realizado um estudo para elaboração de um laudo antropológico destinado a demonstrar que essa comunidade usava murmuru de dada forma, e que se esse uso fosse constatado ter-se-ia prova relevante para uma importante ação. Assim, foram criadas condições para exclusão da espontaneidade, naturalidade, credibilidade e autenticidade das informações coletadas. A restrição às informações colhidas se justifica ao se verificar que as testemunhas “privilegiadas” (expressão do laudo – f. 333), Moisés e Benki Pianco ou Pinhanta, são irmãos de Francisco Pinhanta¹⁵, representante indígena presente àquela reunião ocorrida no MPF, e também são as mesmas lideranças que vinham ao longo do tempo participando das discussões relativas a esta demanda (Moisés Pianco, por sinal, estava presente à reunião da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, início do procedimento apuratório – f. 4/5 do anexo I, vol. I); em síntese, pessoas interessadas e cientes de que o laudo afetaria seus interesses.

¹⁵ Moisés e Benki Pianco ou Pinhanta (f. 333 anexo I, p. 4 do laudo antropológico c/c f. 90 do anexo IV).

Houve um procedimento circular: índios reclamam que seu conhecimento relativo ao uso cosmético de murmuru foi indevidamente apropriado, e a perícia indaga explicitamente aos mesmos indivíduos se eles faziam uso cosmético de murmuru (o laudo teria outra valoração caso se constatasse que outros indivíduos relataram o mesmo uso). As informações colhidas no laudo podem até ser verdadeiras, mas o contexto recomenda cautela, dadas as condições que, além de permitirem o direcionamento das informações orais colhidas, inviabilizaram inclusive a renovação da prova. Esse quadro enfraquece a força probatória do laudo, cujo conteúdo poderá, por certo, ser aproveitado, quando corroborado por outros elementos de convicção. Todavia, em relação ao uso da gordura do murmuru, ou mesmo sua extração pelos Ashaninka, o laudo não citou outras fontes (pesquisas, livros, artigos, declarações de outros indivíduos etc.) para confirmá-lo.

Porém, ainda que aceitássemos que os Ashaninka utilizavam a gordura do murmuru como remédio para coceira e para passar nos cabelos, o que certamente indicaria predisposição do murmuru para uso emoliente, haveria outro óbice, bem mais forte, para reconhecer esse uso e prática como conhecimento tradicional associado, óbice já anunciado na própria petição inicial, que relata, na f. 9, o “uso popular” do murmuru, transcrevendo a informação constante do *manual de manejo* anexo aos autos. Se o próprio Ministério Público Federal admite que se trata de uma informação popular, ou seja, se admite que há um conhecimento disseminado acerca do caráter emoliente dessa semente, isso minimiza a assertiva de que esse conhecimento (sobre a emoliência) seja tradicional e próprio dos Ashaninka.

A informação referida pelo Ministério Público Federal na petição inicial consta em uma publicação feita pela Secretaria de Extrativismo e Produção Familiar do Governo do Estado do Acre e da Embrapa em 2004 (f. 105, anexo I). Essa publicação menciona várias outras obras antigas que fazem alusão às características do murmuru. Nos autos foi muito referida a obra de *Celestino Pesce*, de 1941, cuja edição em português se encontra à f. 1.339 ss., no que pertine ao murmuru. A descrição ali realizada é primorosa, e alude inclusive aos vermes que se introduzem em seu caroço e o comem (há menção no laudo antropológico a vermes encontrados em várias partes do murmuru e que são consumidos pelos índios de formas variadas – assado, frito, cru etc. – pelos adultos e especialmente pelas crianças – f. 363 ss). Entre outras informações, consta que a gordura do murmuru “não é muito diferente da gordura da amêndoa do tucumã, do palmito e do coco [...]” (p. 24 do livro). No livro são descritas, em sequências, várias palmeiras. A descrição da palmeira tucumã é imediatamente

anterior à do murmuru (p. 20). A descrição do murmuru começa na p. 21, e lá é consignado que a gordura é empregada na “indústria de sabões”.

O Ministério Público Federal juntou no inquérito civil público uma publicação que refere obra de 1949, da qual consta a informação de que da castanha do murmuru é extraído um óleo que é usado na “fabricação de sabonetes e xampus” (f. 81, anexo I). Além dessas obras, os litigantes trouxeram aos autos cópias de vários livros sobre as características da gordura do murmuru, algumas com explícita indicação de seu uso para sabonetes. Destaco, dentre outras: “apontamentos sobre as sementes oleaginosas, os bálsamos e as resinas da Floresta Amazônica”, de 1927 (f. 211, anexo VIII), “Vegetable fats and oils”, de 1954 (f. 215, idem); “Tecnología de los aceites vegetales¹⁶”, de 1950 (f. 218, idem), “Palms of Brazil¹⁷”, de 1956 (f. 221, idem), “Plantas úteis do Brasil”, de 1978, (doc. 16, anexo VII), “Amazonian oil palms of promise: a survey”, de 1979 (doc. 18, idem); “Curso de Tecnologia de sabão”, de 1991 (f. 225, anexo I) etc. Há várias outras obras e artigos, algumas mais recentes, outras mais antigas, descrevendo o murmuru e sua gordura, com indicação de seu uso para fabricação de sabonetes, sabões e xampus.

O artigo de BARRERA-ARELLANO & MAMBRIM, de 1997, se revela, nessa sequência, como mais um artigo que se reporta a outros artigos e publicações anteriores. O Ministério Público Federal atribui especial papel a esse artigo, elaborado por um professor da Unicamp e sua aluna. Esse artigo seria, simultaneamente, *consequência* do acesso indevido de FÁBIO, que teria repassado a informação a seu professor, Daniel Barrera, e, portanto, também o *elo* entre FÁBIO (e seu acesso indevido) e as demais rés, as quais teriam tido acesso ao conhecimento tradicional através desse artigo, ou, quando menos, percebido o potencial emoliente ou mercadológico do murmuru. Retornarei a esse artigo mais adiante, mas, por ora, cabe situá-lo como *mais uma* publicação sobre murmuru que revisita e atualiza informações antigas.

Algumas das obras com descrição minudente do murmuru e suas múltiplas aplicações foram publicadas há mais de 70 anos. Várias em línguas estrangeiras. Hoje o murmuru se mostra como algo exótico, mas sua gordura foi durante muito tempo elemento *importante de exportação*, constituindo produto de destaque da economia regional e nacional, como demonstra o quadro da produção nacional relativo ao período de 1938/56 (f. 246). Em razão de sua importância para a economia, foi naturalmente alvo de inúmeros estudos e

¹⁶ “El aceite de murmuru se emplea para jabones [...]”. Sem grifo no original.

¹⁷ “these are piled [castanhas de murmuru] at the trading posts and eventually taken to the crushing mills at Manaus or Belem for oil extraction and soap-making”. Sem sublinhado no original.

pesquisas, como as diferentes publicações enfatizam. O caráter emoliente, ou sua capacidade de manter a hidratação da pele, não é, igualmente, uma novidade, como publicações antigas e relativamente recentes (porém, anteriores à pesquisa Ashaninka) demonstram, ao descrever e indicar sua gordura (e de outras palmeiras) para a fabricação de sabonete, sabão, xampus etc.

A (ausência de) réplica do MPF

O Ministério Público alegou, como causa de pedir, que o uso emoliente do murmuru se caracterizava como tradicional e pertencia aos Ashaninka. Os requeridos trouxeram aos autos várias e várias obras com estudos e pesquisas sobre o murmuru, algumas septuagenárias, demonstrando não só que as informações sobre a gordura já eram do conhecimento público mas que havia indicações explícitas de seu uso para fabricação de sabonete, sabão e xampus. Por outras palavras, o Ministério Público alegou um fato constitutivo, mas os requeridos apresentaram farta e robusta prova que desconstituiu aquela alegação.

Diante da enxurrada de livros e artigos sobre a gordura do murmuru e de sua aptidão para fabricação de sabonetes, a alegação de que os Ashaninka detinham o conhecimento tradicional sobre o murmuru restou bastante enfraquecida, e exigiria uma impugnação coerente das provas apresentadas pelos requeridos. E isso não foi feito. O Ministério Público Federal, frente àquela quantidade prodigiosa de estudos sobre o murmuru, restringiu-se a se manifestar apenas quanto à obra de *Celestino Pesce*, omitindo-se quanto às demais obras, como se esta omissão as excluíssem dos autos. E o fez nos seguintes termos:

Limitaram os demandados a juntar aos autos livro de Celestino Pesce que dá conta, genericamente, de diversas espécies vegetais que podem ser fornecedoras de óleos e que, por óbvio, têm propriedade emoliente. Contudo, como é incontroverso nos autos, nem todo óleo (que, por definição, tem propriedade emoliente), tem características químicas que o tornem adequado para produtos cosméticos. O murmuru tem sim qualidades especiais que favorecem sua exploração pela indústria cosmética, e esse conhecimento somente chegou ao conhecimento dos agentes de mercado em razão da divulgação de tal informação por Fábio Dias e Barrera Arellano.

E conclui:

Eis que o demonstra a prova dos autos, que não foi infirmada por nenhuma prova produzida pelos demandados com arrimo no art. 333, II, do CPC. (memoriais de f. 1.656).

Essa manifestação do Ministério Público Federal não se mostra apta para afastar a forte prova produzida contra sua pretensão. Por primeiro, ignora, sem apontar uma razão, as demais obras acerca do murmuru que tratam da composição de sua gordura. Logo, entre a farta prova de que há várias e várias obras sobre o murmuru e a simples omissão do

Ministério Público Federal sobre essas obras, deve prevalecer a prova material exuberante produzida pelos demandados, que demonstra que o conhecimento sobre o murmuru e sobre sua gordura era amplamente disseminado no Brasil e no mundo.

Em segundo lugar, aquela afirmação – de que as obras se limitavam a descrever espécies vegetais fornecedoras de óleo, mas que nem todo óleo tem características emolientes – ignora, igualmente sem motivo, as pesquisas e obras carregadas aos autos que fazem explícita referência à fabricação de sabonetes e xampus com gordura do murmuru, como acima listamos (de que é exemplo, dentre tantas, a obra de 1956, indicando que o murmuru era utilizado para fabricação de *soap* – anexo VIII, p. 221/2). Mostra-se insuficiente, diante dos vários artigos que referem a gordura de murmuru para fabricação de sabonetes, a afirmação de que havia desconhecimento do uso cosmético de sua gordura, ou de que a gordura somente era utilizada para fins alimentícios (como manteiga), razão de sua exportação até meados do século passado: as obras referidas indicavam o uso da gordura também para fabricação de sabonete, xampu e sabão.

O processo judicial é um debate argumentativo regrado. Se o autor alega um fato que, em tese, enseja o efeito jurídico pretendido, mas a outra parte o desconstitui com provas materiais aquela alegação inicial, o autor deve, diante desse novo fato processual, impugná-lo, demonstrar porque não deve ser aceito, sua incapacidade para desconstituir suas alegações primeiras, mas não pode ignorar provas materiais, evitando o debate, sob pena de sucumbir por inobservar o ônus argumentativo que lhe foi devolvido em maior carga.

É possível compreender a afirmação do Ministério Público Federal – de que o conhecimento sobre a gordura do murmuru pertence aos Ashaninka – sob outra perspectiva, qual seja, de que embora houvesse sim várias publicações e pesquisas sobre o murmuru, inclusive aludindo ao seu uso como matéria-prima para sabonetes e xampus, essa gordura restava esquecida, pois as obras mais antigas foram editadas em razão da época que o murmuru constituía parte substancial das exportações brasileiras, com ênfase no uso alimentar, e não cosmético. Seria possível entender que os Ashaninka, ao manterem o uso, permitiram que esse conhecimento chegasse à virada do milênio, reavivando o interesse – antes perdido – pelo murmuru. É certo que o Ministério Público Federal não explicitou essa proposição, que mais seria, como se disse, uma interpretação.

Todavia, mesmo aceitando essa hipótese, não restaria caracterizado o uso tradicional associado, por várias razões. Os livros e artigos sobre o murmuru foram

publicados ou republicados ao longo do tempo, espaçadamente, ora com intervalo de tempo maior, ora menor, ora apenas traduzido, como a obra de Pesce, publicada originalmente em português em 1941, mas traduzida para o inglês em 1985 (f. 181, anexo I). De qualquer forma, se nos restringíssemos apenas às obras em língua portuguesa, verificamos nos autos a publicação, de tempos em tempos, de obra ou artigo sobre o murmuru, de modo genérico, ou mesmo especificando a possibilidade de ser usado para fabricação de sabonete. Esse contexto significa que não houve um “esquecimento” do murmuru pela literatura especializada.

Por outro lado, se publicações intermitentes e regulares sobre o murmuru não tivessem ocorrido, e houvesse apenas uma publicação sobre o tema, mesmo assim não restaria caracterizado o uso tradicional no caso concreto. É possível que uma planta, uma técnica, uma espécie cujo conhecimento seja restrito a um grupo se torne de uso disseminado, popularizado em dada época e em dada sociedade. Mas, ainda por hipótese, essa sociedade pode deixar de cultivar essa espécie, de usar aquela técnica, mas um grupo indígena conservar uma e outra. Se transcorrer um largo tempo sem uso (talvez, 50, 60 ou 70 anos), se a literatura, antes farta e disponível, não cogita mais do assunto, ou sequer é encontrada, mas se descobre nova utilidade para aquela técnica ou espécie a partir do uso de dado grupo local ou indígena, essa comunidade que preservou sobredito conhecimento da extinção deve ser, em alguma medida, beneficiada pela circunstância de tê-lo mantido.

Não é essa, porém, a hipótese dos autos. O murmuru não foi salvo da extinção em razão dos Ashaninka nem decorreu um tempo grande o suficiente, desde sua última grande utilização econômica ou aparição em texto ou pesquisa, para atribuímos aos Ashaninka o reavivamento pela sua demanda.

Cogitemos uma última possibilidade, relacionada ao ponto. Aceitemos que havia várias obras e artigos sobre o murmuru nos últimos 60 anos, e admitamos também que tais obras indicassem a gordura do murmuru para fabricação de sabonetes, porém nenhuma obra teria abordado um aspecto fundamental: aquelas obras não indicam que o murmuru contém uma gordura *melhor* do que a gordura de outras plantas, que sua gordura, enfim, além de possuir mais facilidade de coleta, e ser assim mais viável economicamente, possui maior emoliência, maior capacidade de hidratação. Essa informação foi resultado da pesquisa promovida pelos Ashaninka em parceria com o CPI e, em decorrência, pertence aos Ashaninka. Essa hipótese é plausível e se amolda melhor aos autos. Entre outras razões porque, compulsando os vários relatórios, percebe-se que ao longo da pesquisa foram investigadas 54 espécies e, dessas, selecionadas 4 para como viáveis economicamente:

Dos 50 produtos coletados e analisados desde 1993, o CPI e a comunidade decidiram concentrar esforços em 4 produtos que apresentam maior facilidade na coleta, processamento e conservação e que também tiveram boas respostas nas análises iniciais, indicando possibilidades de uso comercial para indústria de artefatos e cosméticos. Os produtos escolhidos para uma segunda fase de estudo são: castanha do cocão – *attalea tessmanii burret* (utilizada como “madeira” na confecção de artefatos e artesanato), **óleo de murmuru** (fruto de uma palmeira), gordura de tubesta e polpa de fruta-sabão – **os três com possibilidade de uso na indústria de cosméticos.**(f. 311, anexo I, vol. II. Sem grifo no original).

Ocorre que, se aceitarmos que o conhecimento sobre o murmuru estava disseminado, como essa hipótese pressupõe, e que a pesquisa identificou nem tanto o caráter emoliente ou hidratante do murmuru, mas sua viabilidade econômica, duas conclusões se impõem: primeira, afirmar que o murmuru é mais emoliente e hidrata mais do que outras espécies foi um aprimoramento obtido através de pesquisa promovida pelos Ashaninka a partir de um conhecimento técnico já existente¹⁸ e disponível em livros e artigos, torna estes indígenas titulares do resultado de tais pesquisas; a segunda conclusão é que já não estamos mais tratando de conhecimento tradicional, mas de conhecimento disseminado, como pressupõe a hipótese. Por outras palavras, verificar que já havia conhecimento sobre o murmuru, sobre a fabricação de sabonetes e xampus a partir de sua gordura, o aprimoramento (se é que houve algum. Retornarei a esse ponto) dessas propriedades não se caracteriza como acesso a conhecimento tradicional. Nesse sentido, por sinal, é o teor da Resolução 29/2007 do CGEN, subscrito pela então Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva:

Art. 1º - para fins de aplicação do disposto na Medida Provisória n. 2.186, de 23 de agosto de 2001, não se enquadra no conceito de acesso ao patrimônio genético a elaboração de óleos fixos, de óleos essenciais ou de extratos quando esses resultarem de isolamento, extração ou purificação, nos quais as características do produto final sejam substancialmente equivalentes à matéria prima original.

Antes de explorar as consequências dessa conclusão, cabe analisar a outra alegação de que havia conhecimento tradicional, não com relação à propriedade emoliente e hidratante do murmuru, mas quanto ao seu manejo.

O manejo

A argumentação desenvolvida até o momento serve também para rejeitar a alegação de que FÁBIO se apropriou do conhecimento tradicional associado ao murmuru relativamente ao *manejo*. As obras explicitadas fornecem ampla informação sobre o manejo do murmuru, com indicação de solos, áreas para plantio, data para coleta, orientações sobre

¹⁸ Conforme dispõe o art. 11 da lei 9.279/96, não há inovação passível de proteção quando a invenção está compreendida no estado da técnica, por “tudo aquilo que aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior”.

plântio e localização das palmeiras, dispersão das sementes, espaçamento entre árvores etc. Aliás, a própria petição inicial, ao relatar que o murmuru pertence ao conhecimento popular, refere justamente uma publicação que trata do plano de manejo. Mas, como exposto, há várias outras obras e artigos que abordam o assunto. Logo, a informação sobre como deve ser plantado, coletado, espécies, armazenamento das sementes etc. não é privativa dos Ashaninka e há muito que é disseminada em revistas, livros e artigos não só no Brasil. Repise-se: a gordura do murmuru já foi importante item das exportações brasileiras em meados do século passado e, como é próprio dos produtos que geram grandes divisas, foi objeto de pesquisas várias e artigos diversos.

Porém, para além desse fato, há outro que igualmente implica a rejeição da alegação de apropriação de conhecimento tradicional em relação ao manejo do murmuru: não há na petição inicial sequer a atribuição da conduta a FÁBIO de que plantou ou planta, produziu ou produz sementes ou que praticou ou pratique qualquer ato relacionado ao manejo desta palmeira. É esclarecedora a petição inicial quanto ao fato de que FÁBIO adquiria castanhas de murmuru dos Ashaninka e, principalmente, de inúmeros ribeirinhos. Há várias reportagens e artigos¹⁹ noticiando como FÁBIO ofereceu uma alternativa de renda aos ribeirinhos ao criar e desenvolver uma rede de comercialização deste produto de modo sustentável, em atitude muitas vezes elogiada e reconhecida, inclusive pelos Ashaninka. Os autos mostram como FÁBIO coletava as sementes junto às margens dos rios com uma balsa, pagando em dinheiro, numa estrutura bastante complexa, oferecendo mais um motivo, a quem vive na floresta, para manutenção da cobertura vegetal.

Acresça-se que sendo o murmuru uma palmeira endêmica na região, seria contraproducente comprar uma grande área, plantar as palmeiras, manter empregados para cultivá-las e colher as sementes, aumentando exponencialmente os custos. Mais barato é aproveitar os moradores e a enorme quantidade das palmeiras na região, recolhendo as castanhas a baixo custo quando comparado a outras alternativas.

b. Apropriação dos resultados de pesquisa

Além de acesso irregular ao conhecimento tradicional associado, o Ministério Público Federal alegou, alternativamente, que houve apropriação indevida do patrimônio dos Ashaninka porque FÁBIO se apropriou dos resultados da pesquisa empreendida pelos indígenas, da qual ele participou apenas como técnico, com remuneração e sob a cláusula de exclusividade de uso, pelos Ashaninka, dos resultados obtidos. Neste particular, há grande

¹⁹ Fls. 607 (Volume 3), 1.519 (Volume 7), 26/37, 45/9, 50, 51/2, 53/4 (Anexo IV).

consenso entre as partes quanto à existência da pesquisa e seus efeitos, pois FÁBIO admite ter feito a pesquisa, mas alega que todos os conhecimentos associados ao murmuru apontados pelo Ministério Público Federal como pertencentes aos Ashaninka são de domínio público, e que, na sua atividade empresarial, não há utilização indevida de quaisquer dos conhecimentos apontados como tradicionais (conforme contestação, f. 415 e os itens ali indicados).

FÁBIO reconhece que foi contratado para realizar uma pesquisa para levantamento do potencial econômico da biodiversidade vegetal existente na região do vale do rio Juruá e criação de alternativas econômicas sustentáveis para a comunidade indígena²⁰. Essa pesquisa ocorreu no período de setembro de 1992 a maio de 1993, e foi promovida pelo Centro de Pesquisa Indígena – CPI. Esse projeto teve continuidade no período de janeiro a dezembro de 1995. Finda essa etapa, FÁBIO se desliga do CPI, mas permanece prestando assessoramento voluntário aos indígenas, segundo seu relato (f. 415).

Interessa, para o deslinde desta causa, o regime jurídico a que FÁBIO estava submetido durante a pesquisa. Esse demandado sustenta que todos os conhecimentos que utilizou em sua atividade comercial são de *domínio público*. Já assentamos, no item anterior, que os conhecimentos relativos ao murmuru, mormente quanto à sua característica emoliente, ótima para fabricação de xampus e sabonetes, podiam ser encontrados em vários livros e artigos bastante antigos, enquadráveis, pois, como conhecimento disseminado, e não como conhecimento tradicional.

A situação ora em exame é outra. Não diz respeito ao uso de conhecimento tradicional, mas sim ao uso do resultado de uma pesquisa destinada a levantar o potencial econômico da biodiversidade de uma dada região. Neste cenário, as alegações de que “não há uso de conhecimento tradicional” e “todas as informações utilizadas são públicas” perdem toda a importância, porque o foco são as obrigações voluntariamente assumidas por FÁBIO. Suponhamos que um proprietário contrate um pesquisador ou uma consultoria para dizer que produtos, espécies ou serviços ostentam maior potencial econômico, maior apelo comercial, constando do contrato, entre outras obrigações, que os resultados daquela pesquisa serão de uso exclusivo de quem promove e financia a pesquisa. Imaginemos que ao final da pesquisa se descubra que uma fábrica de massa de tapioca, elaborada de macaxeira, iria ao encontro de enorme demanda não só na região, mas em todo o país.

²⁰ Contestação, f. 415; f. 175/6, 177, ICP.

O pesquisador não é obrigado a aceitar a cláusula de sigilo e de exclusividade, mas, se o faz, está vinculado a ela. Pouco importa que, demandado judicialmente, diga que os conhecimentos relativos à atividade comercial que desenvolve são encontrados em livros ou na internet; ou que as espécies e produtos daquela propriedade existem, até em maior quantidade, em outras propriedades e regiões; ou que massa para tapioca e mandioca são produto e planta de absoluto domínio público; ou que outras pessoas comercializam massa para tapioca e mandioca: importa sim que ele aceitou um contrato pelo qual se obrigou a realizar dada pesquisa cujos resultados somente poderiam ser utilizados pelo empreendedor. Por certo que outros empresários poderão comercializar tapioca (com manteiga e castanha, ou com queijo, carne etc.), se por iniciativa própria tenham chegado a conclusões semelhantes.

Assentadas essas balizas, a discussão da causa toma outro norte. Ganha relevo agora investigar que tipo de obrigação FÁBIO assumiu quando se dispôs a participar da pesquisa e se o conhecimento que utilizou, mesmo que de amplo acesso público, foi objeto da pesquisa a que se comprometeu guardar sigilo e exclusividade. Se alguém é contratado para efetuar uma pesquisa para identificar o potencial de mercado de produtos e serviços que um terceiro tem a sua disposição, com a condição de sigilo que geralmente caracteriza tais contratos, aquela pessoa não poderá usar a informação que descobriu durante a pesquisa para seus próprios fins, ao fundamento de que os dados são públicos e acessíveis a qualquer um. Embora verdadeiro que as informações sobre como fazer uma pesquisa de mercado sejam públicas, tanto quanto são públicas as informações sobre a composição química das espécies descritas nos livros e pesquisas, a pesquisa constitui um serviço, um trabalho específico cujo resultado pertence ao terceiro empreendedor.

FÁBIO foi contratado pelo Centro de Pesquisa Indígena – CPI, em 10 de agosto de 1992, para pesquisa a ser realizada no período de setembro de 1992 a setembro de 1993, conforme contrato de f. 70/2, anexo VIII, juntado pelo réu em sua contestação. Esse contrato esclarece as finalidades da prestação do serviço, dentre as quais, “coleta e preparo de amostras botânicas das plantas extraídas e remessa para entidades designadas pelo Centro de Pesquisa Indígena”, e impôs, entre outras obrigações, a de que os resultados das amostras e informações sobre produtos gerados durante a pesquisa, obtidos junto a populações tradicionais ou via análise laboratorial, ficaria a inteira disposição do CPI. Com relação a essas informações acrescentou que, caso esses resultados fossem considerados confidenciais, sua utilização, mesmo pelo pesquisador, ficaria a critério do CPI; caso fossem consideradas não confidenciais, aquelas informações ficariam também em poder do CPI, mas o pesquisador

contratado poderia utilizar e copiar estas informações após *prévia* notificação do CPI (f. 71, *idem*).

Surge agora uma indagação crucial, qual seja, saber se alguma informação obtida por FÁBIO *durante a pesquisa* foi utilizada em desacordo com aquele contrato. FÁBIO diz que todas as informações utilizadas em seu empreendimento estavam e estão no domínio público, e com essa afirmação ele se refere ao caráter emoliente da gordura do murmuru e ao seu manejo. Mas o objetivo da pesquisa, como já sublinhado, foi o de identificar o potencial de mercado da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado para viabilizar alternativas econômicas para a comunidade Ashaninka. Logo, se a pesquisa identifica um potencial de mercado de uma espécie já catalogada e cuja composição química consta de várias obras, o que na verdade se descobre, o verdadeiro objeto da pesquisa não é tanto a composição química da espécie, já disponível em livros, mas a aptidão comercial atual daquela espécie em face de suas possibilidades. E esse valor não está nos livros. Os livros podem até indicar a composição de uma espécie ou castanha, mas só uma pesquisa dirá se aquela composição química tem apelo comercial em dado momento.

O mercado pode hipervalorizar um produto ou espécie, ensejando enorme demanda e, em seguida, desvalorizar aquela mesma espécie e produto. Esse valor é em grande parte construído a partir da identificação de algo que o mercado demanda. O murmuru foi, outrora, produto de exportação para fins alimentícios, em especial, mas o mercado optou por gorduras de menor preço e de mais fácil exploração, acarretando a perda de interesse comercial.

Passados alguns anos, uma pesquisa descobre um nicho de mercado relativamente ao murmuru, caracterizado, entre outras, por duas características: sua capacidade emoliente e seu enorme (e atual) apelo ecológico. E ocorre uma mudança: o produto é o mesmo de 60, 70 anos atrás, mas agrega uma idéia de sustentabilidade, de preservação das florestas. Tem-se um produto com grande apelo, ao associar a idéia de que é expressão de um conhecimento milenar, mítico ou ancestral, que estava como que oculto, e a idéia, extremamente sedutora nos tempos atuais, de sustentabilidade, de que seu consumo permitirá que populações indígenas, ribeirinhas e tradicionais extraíam seu sustento sem derrubar a floresta.

Essa construção, mais do que descoberta, em torno do murmuru está bem documentada nos diversos relatórios da pesquisa. FÁBIO nega que a viabilidade econômica da gordura do murmuru tenha surgido durante a pesquisa. Segundo a contestação e, especialmente, o documento intitulado “A história de Fábio F. Dias e da empresa Tawaya

com os índios Ashaninka do rio Amônia”, por ele redigido e apresentado ainda no ICP (f. 178), somente em 1996 o Laboratório de Óleos e Gorduras da UNICAMP teria indicado a “possibilidade de aproveitamento da gordura de murmuru para a produção de sabonetes”. Segundo esta versão, a viabilidade comercial da gordura do murmuru somente foi detectada em 1996, portanto *depois* da pesquisa. Essa versão, porém, é confrontada com farta prova documental em contrário.

No Relatório I, por exemplo, consta do Programa de Óleos Essenciais a informação da participação de FÁBIO na identificação de 28 amostras de plantas, com ênfase para as palmeiras e copaíba (f. 293, anexo I, v. II). Também ali consta expressamente o objetivo da pesquisa – repise-se – de identificar a viabilidade econômica da biodiversidade examinada.

O Relatório IV de pesquisa menciona:

Dos 50 produtos coletados e analisados desde 1993, o CPI e a comunidade decidiram concentrar esforços em 4 produtos que apresentam maior facilidade na coleta, processamento e conservação e que também tiveram boas respostas nas análises iniciais, indicando possibilidades de uso comercial para indústria de artefatos e cosméticos. Os produtos escolhidos para uma segunda fase de estudo são: castanha do cocão – *attalea tessmanii burret* (utilizada como “madeira” na confecção de artefatos e artesanato), **óleo de murmuru** (fruto de uma palmeira), gordura de tubesta e polpa de fruta-sabão – **os três com possibilidade de uso na indústria de cosméticos.**(f. 311, anexo I, vol. II. Sem grifo no original).

A informação de que a pesquisa identificou potencial de mercado para o murmuru é corroborada em outros documentos. FÁBIO escreveu um relatório geral sobre suas atividades onde consta, como um dos objetivos, a “pesquisa e o desenvolvimento de produtos naturais do Alto Juruá”, e “desenvolvimento de processos conjuntos entre o CPI, colaboradores e comunidades do Alto Juruá visando a criação de alternativas econômicas a partir de produtos regionais” (f. 11, anexo VIII, f. 11). Neste relatório há descrição minudente da pesquisa, suas várias etapas, as plantas investigadas, a indicação de quais espécies apresentavam quantidade suficiente para fins de exploração, os exames quanto à sua composição química realizados em laboratórios de óleos. Mostra como o murmuru não foi objeto imediato de atenção, e como lentamente foi sendo selecionado em razão da grande quantidade disponível, da possibilidade de utilizar ribeirinhos para sua coleta e compra, de sua composição química etc.

Como se expôs, a identificação ou “descoberta” do valor comercial do murmuru foi resultado da pesquisa desenvolvida, como bem demonstra tanto o relatório de atividade, elaborado pelo CPI, como o relatório geral, elaborado por FÁBIO. Além desses dois

documentos, já por si bastantes, há mais elementos nos autos que provam que a pesquisa promovida pelo CPI indicou o potencial mercadológico do murmuru. O artigo “Os Ashaninka do Rio Amônia no rumo da sustentabilidade”, elaborado por vários autores, entre eles, FÁBIO e Francisco Piyáko, consigna:

[...] a Tawaya [empresa de FÁBIO, também corré], criada em 1996, [...] nasceu como consequência de um processo de pesquisa e levantamento de produtos florestais, levada a cabo pelos Ashaninka em parceria com a ONG Núcleo de Cultura Indígena [antiga denominação do CPI] [...] no período de 1992 a 1995. A palavra “Tawaya” é o nome Ashaninka do igarapé Amoninha (afluente do rio Amônia) [...]. (f. 40 do anexo I, vol. 1)

A prova testemunhal também confirma que a viabilidade econômica do murmuru foi detectada durante o período da pesquisa. O professor da UNICAMP Daniel Barrera Arrelano declarou:

Em aproximadamente 1992 foi procurado pelo Sr. Fábio Dias, que representava o Centro de Pesquisas Indígenas - CPI, para analisar umas amostras e dar sua opinião técnica sobre as potencialidades de *utilização comercial* dessas amostras.[...] lhe foram apresentadas cerca de 10 a 12 amostras, sendo que todas elas já eram conhecidas e relatadas na literatura técnica. Aduz que opinou pela potencialidade comercial de duas ou três dessas amostras; dentre elas: murmuru (muru-muru, murumuru), buriti e patoá. Relata que posteriormente a este trabalho, foi novamente procurado pelo Sr. Fábio para que expusesse de maneira prática como se dava a obtenção dos óleos de uma dessas amostras habilitadas, ao que se lembra foi o buriti (sabe que não foi o murmuru). O depoente relata que promoveu a exposição dessas informações a *duas pessoas da aldeia Ashaninka*. (f. 1.139. Sem grifo no original).

Esse relato de Daniel Barrera se harmoniza com as demais provas dos autos, e revela como aquele encontro se deu *durante* a pesquisa, que a finalidade do encontro era avaliar o potencial comercial das espécies, que FÁBIO estava acompanhado de duas pessoas da comunidade Ashaninka etc. Por sinal, esta informação, de que havia dois indígenas acompanhando FÁBIO, ressoa no depoimento de Moisés Pinhanta (mídia de f. 1.784).

Há mais. Na publicação de 1996, constante do anexo III, p. 44²¹, do Centro de Pesquisa Indígena, há igualmente a notícia da pesquisa realizada em benefício dos Ashaninka relativamente a óleos vegetais. Por fim, a tese de doutorado “índio não é todo igual”, de 2002, do antropólogo José Pimenta, apresentada perante a UnB, teve como objeto de pesquisa a comunidade Ashaninka. No cap. VIII há um item, 8.3, dedicado à relação entre os Ashaninka e FÁBIO. O objetivo do item é examinar como o conceito de desenvolvimento sustentável foi apreendido e interpretado pelos índios, mas relata com detalhes a pesquisa objeto desta ação e vários diálogos com lideranças indígenas e também com FÁBIO. A narrativa ali constante não destoa do relato encontrado nestes autos, mas se torna excepcional meio de prova porque as declarações foram colhidas para outra finalidade, por terceiro estranho a este processo e

²¹ Há cópia das páginas referidas a f. 186/7, anexo I.

contemporâneas à divergência entre as partes. José Pimenta deixou a aldeia em 2000. Na p. 398 da tese (constante do anexo IV) consta:

Ambos os produtos [buriti e gordura de murmuru] são abundantes na região e integravam o conjunto de espécies que foram pesquisadas na aldeia indígena. No entanto, os Ashaninka do rio Amônia não trabalham com o buriti, que é coletado por populações rurais nas proximidades de Cruzeiro do Sul. Por enquanto, eles só participam do fornecimento de murmuru para a TAWAYA e, junto com a empresa, projetaram a comercialização de um sabonete à base desse produto.

Logo adiante, p. 400, consignou:

[...] a idéia de produzir essências e sabonete para a comercialização surgiu com o projeto do CPI no qual Fábio era apenas um pesquisador da ONG a serviço da comunidade, **contratado para encontrar alternativas comerciais sustentáveis para os índios.** (sem grifo no original).

José Pimenta, em sua tese, também traz a fala de FÁBIO, que, no geral, não se afasta da versão exposta em juízo:

Fábio indicou que as informações levantadas com a comunidade indígenas poderiam ter sido coletadas com várias populações tradicionais, indígenas ou não, do Alto Juruá e mesmo em outras regiões amazônicas. Para ele, a pesquisa foi realizada em conjunto com a comunidade e os Ashaninka se beneficiaram muito dos dados levantados, mas não podem reivindicar hoje direitos tradicionais sobre o uso desses produtos pesquisados. (p. 405. Sem grifo no original).

FÁBIO, já em 2000, oferecia a mesma versão apresentada em Juízo, qual seja, de que as informações relativas ao murmuru não constituem conhecimento tradicional, eis que públicas e já disseminadas. Porém, já não estamos discutindo se aquele conhecimento é ou não tradicional, mas se a informação quanto ao potencial econômico do murmuru foi obtido durante a pesquisa para a qual foi contratado e cujos resultados pertenciam, por força do contrato por FÁBIO assinado, aos Ashaninka e ao CPI. Se a informação acerca da viabilidade econômica do murmuru foi obtida durante a pesquisa, de nada vale a alegação de que as informações relativas ao murmuru eram públicas. Também não é relevante a informação de que FÁBIO poderia fazer tal pesquisa em qualquer outra comunidade do Alto Juruá ou mesmo da Amazônia, como por exemplo, na ilha de Marajó. O que verdadeiramente importa é que a informação sobre a viabilidade comercial do murmuru foi obtida por FÁBIO na pesquisa que desenvolveu para o CPI e Ashaninka sob condição de exclusividade de uso quanto aos resultados.

Em arremate desse ponto: as provas são conclusivas e definitivas para demonstrar que a informação não só sobre o especial caráter emoliente do murmuru, mas, principalmente, sobre sua viabilidade comercial, foi obtida durante a pesquisa por ele desenvolvida para os Ashaninka, cujos resultados, por força de contrato, pertencem aos Ashaninka. Contra essa

assertiva é inútil a alegação, mesmo que verdadeira, de que as informações sobre o murmuru, inclusive seu caráter hidratante, estavam disponíveis e disseminadas em livros e artigos técnicos. É igualmente irrelevante a alegação de que outras pessoas e empresas poderiam descobrir, e provavelmente o fizeram, o enorme potencial comercial do murmuru a partir do artigo publicado por Daniel Barrera ou pelas notícias do sucesso obtido por FÁBIO e sua fábrica de sabonetes: é irrelevante porque não se pode imputar a essas empresas a ação de descumprimento de contratos que asseguraram sigilo e exclusividade. Uma empresa da área de cosméticos poderia, por exemplo, contratar uma consultoria para realizar pesquisa idêntica, concluindo pela viabilidade comercial de várias espécies, ou mesmo poderia iniciar sua pesquisa a partir das notícias sobre uma pequena empresa que iniciava suas atividades no extremo ocidental da Amazônia, supostamente em aliança com os índios. Porém, essa consultoria, por seus membros, não poderia se apropriar da pesquisa desenvolvida e patrocinada pela empresa que a contratou, se assim um contrato estabelecia.

Afirmado que FÁBIO obteve a informação sobre a viabilidade econômica do murmuru na pesquisa desenvolvida para os Ashaninka, segue que estes têm direitos de propriedade, não só sobre os benefícios resultantes de tal informação, mas sobre qualquer benefício obtido por FÁBIO decorrente daquela pesquisa, na forma da Lei 9.279/96:

Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

A lei 9.279/06, nos dispositivos acima transcritos, equaciona a questão relativa à patente e sua titularidade, cujos detalhes serão já analisados, mas nada diz quanto aos outros benefícios, que não só a patente, pleiteada auferidos por FÁBIO. Se a viabilidade comercial do murmuru foi obtida em pesquisa patrocinada pelo CPI e em favor dos Ashaninka, segue que FÁBIO não poderia se apropriar, licitamente, dos resultados de pesquisa a que se obrigou a guardar sigilo e exclusividade quanto à sua aplicação, incidindo, também, o disposto no art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

O PEDIDO DE REGISTRO DO NOME E A PATENTE

Sob o fundamento de que houve apropriação indevida de conhecimento tradicional, diz o Ministério Público Federal que FÁBIO e sua empresa não têm direito à exclusividade do uso do nome TAWAYA nem à patente do sabonete de murmuru. TAWAYA é o nome, na língua Ashaninka, do rio “Amoninha”, afluente do rio Amônia, próximo à aldeia Ashaninka, e, portanto, integraria o patrimônio imaterial Ashaninka.

A circunstância de TAWAYA ser um vocábulo da língua Ashaninka não impede seu uso por terceiros enquanto marca. O uso de inúmeras palavras indígenas como marcas comerciais é tão comum que às vezes nem as percebemos como tais: baré, tuchaua, aymoré, caramuru, tupã, cariri, poty, caiapó, jurema, iracema, ipanema, peroba, jandira etc.

Impugnou-se também o direito de Fábio e de sua empresa a obter a patente para a invenção, consubstanciada no sabonete produzido à base da gordura de murmuru, pelo mesmo fundamento: este direito pertence aos indígenas, ou porque decorre de conhecimento tradicional ou porque foram eles os empreendedores da pesquisa.

Este Juízo está limitado ao objeto e causa de pedir delineados na petição inicial, sendo-lhe vedado decidir sobre questão não posta em debate, estando, portanto, impedido de decidir se no pedido de direito de propriedade para produtos como sabonetes, óleos hidratantes, xampus e outros há atividade inventiva, novidade ou aplicação industrial, requisito para a patente (art. 8, Lei 9.279/96). Os produtos submetidos a exame constam de várias publicações, de vários manuais sobre como elaborar sabonetes e sabões, por exemplo. Talvez uma empresa acrescente um pouco mais, um pouco menos de gordura vegetal, uma ou outra essência aromática, mas não há, a rigor, maior diferença entre a receita para fazer sabonete constante dos livros e artigos de 60, 70 anos atrás e a constante dos pedidos de patentes. De qualquer forma, esse juízo deverá ser feito pelo INPI em face do disposto no art. 8º e ss. da Lei 9.279/06.

Uma vez reconhecido que a pesquisa promovida pelos Ashaninka identificou o potencial de mercado da gordura de murmuru em razão de sua emoliência e poder de hidratação, e assentado que FÁBIO não poderia fazer uso do resultado de tal pesquisa sem prévia autorização dos Ashaninka, segue que eventual produto resultante daquela pesquisa deverá ser patenteado em nome dos Ashaninka, por sua associação. FÁBIO não poderia pedir a patente de nenhum produto cuja viabilidade comercial ou industrial decorra daquela pesquisa, pelo menos até decorrido o prazo prescricional geral de 10 anos do fim daquelas

pesquisas. Em decorrência, o pedido de patente realizado por FÁBIO DIAS em 2003 deverá ser alterado para que conste dele a associação APIWTXA como requerente.

OS VALORES DA INDENIZAÇÃO

Quando a patente é desenvolvida por um empreendedor, este se torna seu legítimo proprietário, na forma da lei. Em decorrência, a patente requerida por FÁBIO junto ao INPI somente poderia ser deferida mediante apresentação de autorização expressa da APIWTXA (associação dos Ashaninka que subscreveu os contratos e termos de cooperação). Há, porém, a questão da indenização relativa aos benefícios auferidos por FÁBIO por utilizar indevidamente os resultados de pesquisa que desenvolveu em nome de terceiro. O Ministério Público Federal pleiteou o montante de 50% (cinquenta por cento) do lucro bruto obtido por FÁBIO nos anos de exploração e pelos próximos cinco anos, a contar da data do trânsito em julgado.

Em princípio, caberia aos Ashaninka 100% do lucro obtido com os sabonetes, sob a premissa de que esse lucro foi obtido indevidamente através da apropriação de um direito dos Ashaninka, nos exatos termos do art. 884, CC, já transcrito. Todavia, os autos demonstram algumas particularidades mercedoras de atenção quando da aplicação da norma. Essa norma deve considerada como prevendo essa pena de restituição plena no caso de quem se apropriou de um direito alheio. Seria sua hipótese abstrata, genérica, própria de toda norma. Sua aplicação, porém, deve observar outras condições fáticas, concretas, não incluídas enquanto proposição legal, ou, em outros termos, devemos sopesar, além da legalidade que nos orienta à aplicação plena daquele dispositivo legal, a incidência de outros princípios que se mostrem – na espécie – tão importantes e imperativos quanto o da legalidade, como a equidade. Se FÁBIO não pode se locupletar do patrimônio alheio, o terceiro também não pode se locupletar de FÁBIO.

Embora seja certo que a viabilidade econômica do murmuru tenha sido identificada na pesquisa, FÁBIO, depois da realização desta, muito contribuiu para a construção comercial da imagem associada ao sabonete fabricado por sua empresa, TAWAYA, numa relação mútua de enriquecimento e ganhos. FÁBIO agregou ao murmuru a imagem de sustentabilidade, mas o fez relacionando seu produto aos Ashaninka e ao ideal de vida e desenvolvimento em harmonia com a natureza enquanto discurso dessa comunidade indígena. Não se afirma que isso seja uma verdade, uma utopia ou uma interpretação

equivocada de um agir comunitário. Não é aqui o espaço próprio para esse debate²². Importa, para esse processo, reconhecer que o discurso de que é possível viver em harmonia com a natureza, de gerar riquezas e renda sem destruir a floresta foi identificado, bem ou mal, como próprio dos Ashaninka, disso louvando-se o marketing da TAWAYA.

FÁBIO extrapolou os limites dados pela pesquisa. Construiu toda uma rede de fornecedores, com inclusão dos ribeirinhos, investiu em publicidade, embalagens e maquinário adequado para aproveitamento, em escala industrial, da gordura do murmuru. Sem dúvidas que o fez por interesse próprio, mas, apesar disso, contribuiu para a divulgação da causa Ashaninka, em alguma proporção. FÁBIO assim também somou para a construção de um mercado e isso foi reconhecido pelos Ashaninka, quando disseram e reafirmaram por várias vezes que propuseram uma participação em 25% da TAWAYA. Nesse sentido as declarações de Moisés e Francisco Pinhanta (f. 244 do anexo I), inclusive admitindo que o percentual maior se devia ao maior investimento financeiro por parte de FÁBIO (algo em torno de R\$ 2,3 milhões²³). José Pimenta, na sua tese, refere diálogo com Moisés no qual este informava que a composição societária da TAWAYA seria 25% para Moisés, 25% para Margarete e 50% para FÁBIO (p. 244 da tese constante do anexo IV). Não há nada que justificasse a percepção por Moisés, ou de outro membro da comunidade, do valor devido em detrimento da comunidade como um todo, exceto, por óbvio, aquiescência da comunidade, se assim autorizasse. Mas não há notícia de que a comunidade tenha sido consultada ou mesmo que tivesse ciência daquela proposta. De qualquer forma, aquela proposta não foi assinada, mas é indicativa de um acordo²⁴.

Também na tese de José Pimenta consta a notícia de que FÁBIO investiu inicialmente 300 mil reais na instalação da fábrica e que naquele ano, 2000, havia 500 fornecedores entre ribeirinhos, seringueiros, pequenos agricultores e índios das margens do Juruá e de seus afluentes (p. 398 da tese). Essas informações delineiam a participação decisiva de FÁBIO na construção de um mercado e de uma rede de fornecedores, na criação, enfim, de

²² JOSÉ PIMENTA, na tese já referida, faz uma excelente discussão sobre o tema, no item 8.3 de sua pesquisa.

²³ F. 179, anexo I.

²⁴ Há autores que endossam a tese de que deve ser respeitado o sistema de liderança próprio de cada grupo, e que não seria correto impor formas legais de representação a grupos indígenas. SANTILLI sustenta esse ponto de vista à luz de uma noção de pluralismo jurídico, ou coexistência de várias ordens normativas num mesmo espaço (obra cit., p. 225). O tema é imensamente controvertido e suscita agudas questões, porque envolve a discussão da validade de acordos que colocam em desvantagem alguns indivíduos do grupo. No caso o problema não é se a diferença cultural deve ser respeitada, mas saber se toda e qualquer diferença cultural deve ser respeitada, especialmente quando discrimina segundo a lógica interna do próprio grupo, de modo que ao aceitar certas "culturas" e costumes também pode-se acolher enormes injustiças no interior do grupo cultural na perspectiva do indivíduo que é prejudicado. Para uma abordagem do tema à luz de uma teoria da justiça: Álvaro de Vita: **o liberalismo igualitário, sociedade democrática e justiça internacional**, especialmente cap. 5: multiculturalismo; BRIAN BARRY: **culture and Equality: an egalitarian critique of multiculturalism**.

um produto comercial, evidenciando esforços e benefícios mútuos entre os envolvidos. Acrescente-se que há a informação de que houve, por parte de FÁBIO, um investimento total, incluindo a construção do prédio onde funciona a indústria, superior a dois milhões e trezentos mil reais, em valores de 2005 (f. 179, anexo I). A construção de um produto comercialmente viável não depende só de uma boa ideia, e nem mesmo de um bom produto, mas de marketing, recursos financeiros, gestão, fornecimento de matéria-prima, tecnologia etc.

Assim, sopesando-se *a)* os gastos realizados pelo Centro de Pesquisa Indígena para realização da pesquisa; *b)* a apropriação indevida, pelos réus FÁBIO DIAS e sua empresa, da pesquisa patrocinada pelos indígenas; *c)* a proposta de acordo dos indígenas de 25%; *d)* o percentual de 20% do faturamento previsto no art. 26 da Medida Provisória 2.186-16; e *e)* a reconhecida dedicação e o trabalho do próprio Fábio para o êxito do empreendimento, fixo o valor da indenização em 15% do lucro obtido pela empresa Tawaya. Esse percentual deve incidir desde o início das atividades da empresa até o prazo de 15 anos, garantida indenização mínima no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em qualquer hipótese.

OS RESULTADOS DA PESQUISA

O Ministério Público Federal pediu a “devolução aos índios de todo o material pesquisado e produzido pelo demandado Fábio Fernandes Dias”. Este requerido apresentou em juízo uma série de relatórios, com descrição das espécies pesquisadas, resultados dos exames, relação das amostras enviadas a várias entidades e instituições etc. FÁBIO afirmou que tais relatórios já haviam sido entregues tempestivamente a quem de direito, ao CPI que lhe contratou, mas não saberia informar se tais relatórios foram repassados aos Ashaninka. Não houve qualquer impugnação a tais documentos nem à alegação de entrega.

Aliás, não é crível que o CPI tenha pago FÁBIO, ao fim da pesquisa, sem receber os resultados daquela pesquisa, mesmo porque o CPI tinha de prestar contas, e as prestou, ao Consulado da Áustria, financiadora da pesquisa. Em face desse contexto, cabe apenas determinar a entrega de tais documentos aos Ashaninka.

A DEMANDA CONTRA A RÉ CHEMYUNION QUÍMICA LTDA

Segundo a inicial, a ré CHEMYUNION tem responsabilidade pela utilização indevida de parte do patrimônio imaterial Ashaninka e, de qualquer modo, pelo acesso ao

patrimônio biológico brasileiro sem a contraprestação pecuniária devida, porque “usa, ainda que de forma *indireta*, o conhecimento tradicional obtido pelo Demandado Fábio junto aos Ashaninka”. Admite a petição inicial que “Chemyunion nem chega a fazer a extração da gordura de murmuru ela própria”, pois recebe a gordura de duas empresas, uma das quais a ré FÁBIO F. DIAS (ME), f. 12/3. O argumento exposto na petição inicial é desenvolvido e se torna mais claro na petição do Ministério Público Federal ao replicar as contestações, quando então expôs: “o elos de ligação entre os ashaninka e a Chemyunion são o demandado Fábio e o prof. Dr. Barrera Arellano” [sic] (f. 588).

Eis a síntese da alegação: FÁBIO acessou espuriamente o conhecimento tradicional dos Ashaninka, compartilhando esse conhecimento com o prof. Daniel Barrera. Esse professor, além de publicar um artigo sobre o murmuru e apresentar FÁBIO à CHEMYUNION, desenvolve alguns produtos à base de murmuru, inclusive subscrevendo o respectivo pedido de patente (f. 282, anexo I). Como o acesso *inicial* de FÁBIO foi espúrio, o acesso indireto também o seria.

A CHEMYUNION admite que conheceu FÁBIO através do prof. Dr. Daniel Barrera, e que este professor sugeriu a utilização da gordura do murmuru como emoliente, visando estudar a hidratação da pele/cabelos. CHEMYUNION nega, todavia, que tais fatos caracterizem acesso indevido.

O Ministério Público Federal argumenta que tanto o acesso *direto* como o *indireto* são regidos pela Convenção sobre Diversidade Biológica e pela MP 2.186/01. As rés sustentam que essas normas somente regem o acesso *direto*. Expuseram, entre outros argumentos, que o próprio Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão encarregado pela normatização do acesso (art. 10 da MP 2.186/01), está paralisado pela discussão sobre o tema, sem chegar a consenso²⁵.

Há boas razões para a controvérsia. Cada opção interpretativa traz consequências complexas, porque tem efeitos que extrapolam as fronteiras brasileiras, ao envolver tanto a Convenção sobre Diversidade Biológica quanto outros acordos internacionais subscritos pelo Brasil, como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ou TRIPS, como é mais conhecido na sua sigla em inglês. A discussão não é decorativa. Se o Brasil, pelos órgãos competentes, decidir que o acesso indireto também

²⁵ No anexo IV, f. 15 e ss há informação sobre um seminário realizado em 2006 pelo CGEN para discussão do assunto, com exposição das várias questões implicadas.

sujeita-se à mesma regulamentação do acesso direto, na prática isso pode colocar as empresas e os pesquisadores brasileiros em desvantagem frente aos símiles estrangeiros.

Num exemplo prático: alguém acessa um conhecimento tradicional de modo indevido, e o publica em artigo numa revista ou o disponibiliza na internet ou outro fórum público. Empresas e pesquisadores do mundo inteiro o acessam e o desenvolvem, aplicam, obtém benefícios e lucros com aquela informação, embora não saibam que sua fonte é espúria. Os pesquisadores brasileiros estariam submetidos à legislação mais severa e onerosa do que seus concorrentes estrangeiros, pois teriam de se sujeitar ao regime de repartição de benefícios com o titular daquele conhecimento surrupiado, e seus concorrentes não estariam obrigados a tanto, pela singela razão de que a lei brasileira tem aplicação só até a fronteira.

No mundo globalizado e altamente competitivo deste século, o assunto só poderá ser equacionado adequadamente através de tratados entre os países, com estabelecimento de um regime uniforme. Nesse cenário, qualquer opção interpretativa trará efeitos amargos, em alguma medida, em detrimento de um dos segmentos implicados (populações tradicionais, pesquisadores, empresas, desenvolvimento de biotecnologias, medicamentos etc.). Não é crível, pelas consequências econômicas, que um país imponha a seus governados a um regime mais severo: será uma decisão essencialmente política, e isto significa que os responsáveis por tal medida deverão responder politicamente perante sua sociedade e eleitores por suas escolhas, e se essas escolhas protegeram suas minorias, suas populações tradicionais, seus índios, sua pesquisa, seu mercado ou suas empresas.

Todavia, diante desse debate instaurado nos autos, o Ministério Público Federal ficou-se mudo. Omitiu-se de enfrentar as sérias objeções oferecidas pelas demandadas, perdendo especial oportunidade de mostrar que suas razões são superiores. Preferiu insistir na sua proposição de que tanto o acesso direto e o indireto são regidos pela norma. É, sem dúvida, uma interpretação possível e defensável. A crítica não é dirigida à sua essência, mas à ausência de oferecimento de razões para aceitá-la. No Direito moderno valem razões, mais do que bandeiras e palavras de ordem, porque nenhum intérprete do Direito, seja governamental ou não, pode afirmar que tem acesso a uma verdade superior e acima do debate. Como diz Aulis Aarnio, “numa sociedade moderna, exigimos não só decisões dotadas de autoridade, mas sim razões”²⁶.

²⁶ “en una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones”. Tradução livre. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.

A despeito do intenso debate, a legislação oferece, em seu conjunto, uma solução para o caso na perspectiva das empresas, dos pesquisadores, de quem quer desenvolver um produto, uma técnica e patenteá-los. Desde a contestação a ré NATURA vem enfatizando que não há regulamentação para o acesso *indireto*. Alegou, para demonstrar que o *acesso indireto* não se encontra regulamentado, que o próprio CGEN e o Ministério do Meio Ambiente compartilham de tais dúvidas e perplexidades (f. 1730/1), que outros países regulamentaram expressamente a matéria distinguindo entre acesso direto e indireto, que juristas de renome também assim compreendem etc. Em síntese, sustenta que a legislação apenas contempla o acesso direto, não se reportando ao acesso indireto.

Contudo, isso é *uma* interpretação possível da MP 2.186. Parte desse raciocínio se funda na circunstância de que, quando se referiu à exploração, a norma explicitou que tanto a *exploração* direta como a indireta se submeteriam ao mesmo regime (art. 9, III). No caso do acesso, não há aquela distinção, daí se concluindo que a norma apenas se refere ao acesso direto. Em princípio, a circunstância de a norma *não* diferenciar não implica, necessariamente, que apenas quis se referir ao acesso direto. A norma consignou apenas “acesso”, não distinguindo entre acesso direto ou indireto. A sugestão de que a expressão “acesso” compreende apenas o acesso “direto” é uma interpretação, tanto quanto a proposição que vislumbra na expressão *também* o acesso indireto. De fato, sem acrescentar nada, seria possível a interpretação inversa, afirmando-se, por exemplo, que onde o legislador não distinguiu não caberia ao intérprete fazê-lo, em prestígio ao velho brocardo latino “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”.

Como já se expôs, esses conceitos contestados ou interpretativos não são resolvidos invocando-se velhos brocardos e regras de hermenêuticas já incapazes de oferecer respostas justificadas diante de normas controvertidas. Em face de tais conceitos devem-se expor as razões que nos conduzam à interpretação que melhor se harmonize com os princípios que subjazem àquelas normas, com seu propósito e história. Imaginemos que alguém se apodere, arditamente, de um medicamento indígena para rara doença e torne acessível sua fórmula na internet, sem indicar sua fonte. Inúmeras empresas, em todo o mundo, o acessariam e dele se beneficiariam financeiramente. Pouco tempo depois, mostra-se, com plena certeza, que se tratou de conhecimento tradicional indevidamente subtraído. As empresas e pesquisadores até poderiam invocar ignorância, ausência de culpa ou dolo, mas isso não retiraria a obrigação delas de partilhar (em alguma medida) os benefícios que auferiram com a comunidade que detinha o conhecimento tradicional.

Sem dúvida que no exemplo o acesso foi indireto, mas essa circunstância não se mostra capaz de afastar o dever de partilha, de afastar certa eiva ou nódoa da empresa que se recusasse a partilhar. Os demandados manejam vários outros argumentos, entre os quais a ausência de regulamentação, ou prévia indicação de quanto se deve pagar na hipótese do acesso indireto, ou mesmo se a partilha nessa hipótese deve ser diferente, quanto a valores, do acesso direto. Esse argumento confunde duas questões diferentes. Uma é decidir se a norma contempla *também* o acesso indireto; outra, bem diferente, é se esse acesso está regulamentado. Do ponto de vista das empresas, dos pesquisadores, todavia, essa discussão assume uma dimensão bem menor. A MP 2.186/01 exige, para concessão do direito de propriedade industrial sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, que o requerente informe a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando o caso (art. 31).

Na prática, isso impõe aos interessados que, quando o produto ou processo derivar de amostra do patrimônio genético, *sem conhecimento associado*, deve assim indicar e se submeter à regulamentação do CGEN. Se este conselho regulamentar ou não, a obrigação do interessado resta satisfeita, pois a demora na regulamentação por parte do Estado não poderá obstar o exercício de seu direito à pesquisa e invenção. Talvez o conselho regulamente fixando tratamento diferenciado para quem teve acesso indireto em maior ou menor medida, com culpa maior ou menor (ou mesmo inexistente), ou talvez fixe uma alíquota uniforme, um percentual; várias soluções são possíveis, mas, insista-se, a obrigação do interessado estará satisfeita ao se submeter à partilha a ser regulamentada pelo CGEN. Uma objeção possível a esta proposição é que a comunidade, cujo conhecimento tradicional foi acessado indiretamente, ficaria numa situação de prejuízo em face da ausência de regulamentação. Esta objeção pode ser afastada, concretamente, porque diante da hipótese de acesso indireto, de alguém se beneficiar de um conhecimento tradicional obtido indiretamente, é possível seu debate judicial, com utilização das várias ações disponíveis, individuais e coletivas.

Todavia, no presente caso, mesmo admitindo que o acesso indireto *também* deve se submeter aos princípios da CDB, restou reconhecido que não houve demonstração de acesso direto ou indireto ao conhecimento tradicional Ashaninka, e que o saber sobre o caráter emoliente e hidratante do murmuru, bem como seu manejo, estava disseminado e era anterior ao contato destes com FÁBIO, como examinado no tópico anterior.

Ao examinar a demanda contra FÁBIO, foi afastada a alegação de que houve acesso ao conhecimento tradicional, porque ali se reconheceu que o conhecimento sobre a

gordura de murmuru e sua característica emoliente e hidratante era *anterior* à pesquisa de que participou FÁBIO, constando de vários livros e artigos ao longo dos anos, com referência expressa ao uso de murmuru para fabricação de sabonetes e xampus. Se restou reconhecido que o conhecimento sobre o murmuru era disseminado, resta prejudicada a alegação de acesso indireto ao conhecimento tradicional atribuída a essa ré.

Por outro lado, a circunstância de a CHEMYUNION, e várias e várias outras empresas, comprarem gordura de murmuru de FÁBIO, ou de ter sido informada do caráter emoliente de sua gordura pelo prof. Daniel Barrera, diretamente ou em razão do artigo publicado em 1997, não enseja sua responsabilidade, exceto se houvesse demonstração de que participou dolosamente ou culposamente do acesso a informações obtidas em pesquisa de mercado com a cláusula de exclusividade, ou seja, se houvesse prova de que sabia que estava obtendo informações protegidas contratualmente por cláusula de sigilo. O artigo de Daniel Barrera sobre o murmuru foi publicado em 1997; FÁBIO foi apresentado por esse professor à CHEMYUNION por volta de 2001, quando então passou a fornecer *in natura* o óleo de murmuru para essa empresa. Conforme se lê no depoimento do professor de f. 1.139, FÁBIO, por volta de 2000 ou 2001 o procurou novamente, interessado em empresas que poderiam adquirir aquela gordura, com indicação de “inúmeros interessados”.

Mesmo o suposto elo entre os Ashaninka, FÁBIO e CHEMYUNION — que, segundo a petição inicial, se deu através do prof. Daniel Barrera — não se revelou consistente. Daniel Barrera publicou o artigo em 1997, em coautoria com uma aluna, supostamente a partir de castanhas de murmuru oriundas do Pará (f. 1.139). Se é certo que não há como se aferir a veracidade desse depoimento, também não há razões para rejeitá-lo, principalmente porque ele se coaduna com o contexto geral probatório, que indica que Daniel Barrera manteve breve contato com FÁBIO por volta de 1992, somente retomando contato em 2000 ou 2001 (f. 1.139, f. 178, 244, ICP).

O que se extrai dos autos é que FÁBIO, ao perceber — em razão da pesquisa — a viabilidade comercial do murmuru, tentou divulgar suas características a fim de construir mercado e clientela para o produto que então comercializava: a gordura de murmuru *in natura* e, nesse propósito, encontrou vários interessados, entre os quais a ré.

Afastada a hipótese de tradicionalidade do conhecimento sobre o murmuru e seu caráter emoliente, rejeita-se a imputação de acesso indireto. Por outra, não existindo prova de que CHEMYUNION, por seus representantes, colaborou culposa ou dolosamente para que FÁBIO descumprisse as cláusulas de exclusividade e sigilo a que estava submetido, ou que

tenha se locupletado indevidamente à custa de outrem, segue que não deve responder pela falta contratual e pelo enriquecimento ilícito daqueloutro.

A DEMANDA CONTRA A NATURA

O Ministério Público Federal atribuiu também à NATURA o acesso indireto ao conhecimento tradicional. Diversamente dos outros réus, em nenhum momento o Ministério Público Federal alegou que a NATURA teve qualquer contato com os Ashaninka e sua cultura, e até reconhece que esta empresa obtém o murmuru em comunidade localizada no Estado do Amazonas, no interior de unidade de conservação, a milhares de quilômetros dos Ashaninka. A petição inicial narra que FÁBIO, durante sua pesquisa, teve contato com o professor Daniel Barrera, bem como lhe mostrou algumas castanhas de murmuru. Este professor, passado alguns anos, publicou um artigo sobre as características do murmuru. Porém, como a NATURA “utilizou como fonte de informação de aplicação do ativo murumuru obra de Barrera-Arellano [...]”, restaria configurado o acesso indireto. Acresceu ainda a petição inicial: “Ademais, não é digno de crença que, como gigante do ramo, a NATURA não tivesse obtido dados a partir dos resultados das pesquisas junto aos Ashaninka” (f. 13).

Dois argumentos alicerçam, assim, o pedido em relação à NATURA. O último pressupõe que, por ser esta empresa uma “gigante” do setor de cosméticos, é inverossímil que não tenha obtido dados a partir dos resultados das pesquisas junto aos Ashaninka. Trata-se de uma presunção destituída de maior fundamento, por demais frágil para merecer acolhimento. A presunção de que uma empresa teve acesso a dada pesquisa exigiria, para ser aceita, a indicação de razões, indícios que tornassem razoável pensar que aquela pesquisa foi disponibilizada para várias empresas; ou, quando menos, algum motivo para desse modo se concluir. A atribuição de responsabilidade exige bem mais do que presunções no formato “non sequitur”.

Quanto ao primeiro argumento, há consenso quanto ao fato, isto é, a NATURA efetivamente utilizou o artigo de Daniel Barrera, entre outras publicações, no desenvolvimento de seu produto à base da gordura de murmuru. O Ministério Público Federal afirma existir aí acesso indireto, porque FÁBIO seria a origem remota das informações que embasaram aquele artigo. NATURA sustenta que a MP 2.186/01 não disciplina o acesso indireto, apenas o acesso direto.

O tema foi discutido no item anterior, quando expusemos as razões que nos levam a aceitar que também o acesso indireto está contemplado pela MP 2.186/01, e que a ausência de regulamentação por parte do CGEN não afastaria a incidência daquela norma. Todavia, uma vez rejeitada a alegação de que o conhecimento sobre o murmuru se caracterizava como tradicional, eis que constava de várias publicações anteriores à pesquisa, tem-se como consequência que não se pode imputar à NATURA a conduta de acessar, indiretamente, conhecimento tradicional indígena relativo ao murmuru. Ainda que a NATURA tivesse obtido o conhecimento sobre o caráter emoliente exclusivamente no artigo publicado pelo prof. Daniel Barrera, a circunstância de este professor ter publicado tal artigo com base em amostras oriundas do Pará, e de ter revisitado antigas publicações, enfatizando as propriedades químicas dessa gordura, afasta, em relação à NATURA, a pecha de acesso indireto a conhecimento de que eram titulares os Ashaninka.

O argumento central exposto pelo Ministério Público Federal na petição inicial, atinente ao acesso indireto, não se mostrou persuasivo inclusive para ele próprio, o autor da ação. Na mesma ocasião em que teve ciência de que a NATURA utilizava murmuru em alguns de seus produtos, houve também a informação de que outras empresas também utilizavam a mesma gordura (f. 178 do ICP). Todavia, a despeito de ter informação de que outras empresas também utilizavam o murmuru, somente propôs a ação contra a NATURA e a CHEMYUNION. Posteriormente veio aos autos a informação de que várias e várias outras empresas fazem uso da gordura de murmuru, mas não há notícia de que houve propositura de ações similares contra elas. Ou o argumento é consistente, e todas as empresas que supostamente tiveram acesso direto deveriam ser acionadas, ou o argumento não é consistente o suficiente, não podendo, isoladamente, fundamentar a propositura de ação contra nenhuma empresa.

Tal como em relação à CHEMYUNION, cabe examinar se a quebra de sigilo por parte de FÁBIO quanto aos dados que obteve em pesquisa realizada sob a cláusula de exclusividade, pode ser estendida à NATURA. Quando examinamos essa alegação em relação à CORRÉ CHEMYUNION, constatamos que essa empresa obteve informações do prof. Daniel Barrera, professor a quem FÁBIO mostrou, anos antes, algumas amostras de murmuru. Todavia, foi afastada a responsabilidade da CHEMYUNION pela circunstância de que não houve sequer indícios de que essa empresa tenha colaborado para que FÁBIO violasse as obrigações contratuais que assumiu. Já agora, em relação à NATURA, com muito mais razão, impõe-se excluir a responsabilidade, porque sequer cogitou-se que ela tenha tido qualquer contato com FÁBIO, com Daniel Barrera ou com os Ashaninka.

A NATURA afirmou, desde a fase de investigação, que obteve a informação sobre o caráter emoliente e hidratante do murmuru através da literatura técnica, e que a pesquisa se desenvolveu em laboratórios próprios, com técnicos próprios. Apresentou alguns documentos, produzidos por si mesma, para comprovar que as pesquisas destinadas a apurar a viabilidade comercial do murmuru tiveram início em 1999 (f. 781/808 e 1.710). Esses documentos são unilaterais, sem datas ou assinaturas ou outros dados que pudessem indicar o momento de sua elaboração, e podem, no máximo, servir como início de prova. De todo modo, diante da ausência de prova de envolvimento dessa empresa quer no acesso direto, quer na violação de cláusulas de sigilo por parte de FÁBIO, impõe-se a rejeição dos pedidos em relação a ela.

A DEMANDA CONTRA O INPI

O Ministério Público Federal quer que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI seja compelido a conferir patente do que tiver se originado a partir de acesso ao conhecimento tradicional, independentemente da data em que se deu o acesso, somente após informação da origem do conhecimento tradicional e realizada a repartição equânime dos benefícios. Baseia seu pleito no art. 31 da MP 2.186/01, argumentando que “ao condicionar a concessão de direito de propriedade industrial à observância da Medida Provisória, o art. 31 transcrito remete aos arts. 24 e seguintes do mesmo diploma, os quais tratam da repartição dos benefícios [...]”.

O INPI alega que já cumpre as disposições da MP 2.186/01, e que inclusive o tema está regulado pela Resolução 134/06, exigindo-se, já no formulário de pedido, a declaração da origem do conhecimento tradicional. Contudo, diz não ser de sua competência controlar a repartição da exploração econômica do produto patenteado quanto à sua justiça e equidade, pois a repartição dos benefícios é ato posterior à concessão do direito de propriedade, materializado com o resultado da atividade empresarial (f. 274).

As partes, ao interpretarem o mesmo arcabouço jurídico, chegam a conclusões conflitantes. O Ministério Público Federal compreende que cabe ao INPI fiscalizar se houve o acesso ao conhecimento tradicional e também se houve repartição. Quer mais: à f. 1.649 sustenta que o INPI, ao receber pedidos de patentes obtidos a partir do acesso a amostra de componente do patrimônio genético, como no caso do murmuru, deve proceder a “uma devida diligência”, oficiando previamente o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN – e à Fundação Nacional do Índio – FUNAI – e também verificando previamente a existência do consentimento prévio informado previsto na CDB.

O INPI, interpretando a mesma norma, conclui que lhe cabe solicitar que a parte interessada informe se houve acesso a conhecimento tradicional, indicando – se o caso – a origem, não lhe cabendo verificar se houve a repartição, dado que só seria possível repartir quando e se houver algum resultado.

É certo que a CDB assegura a repartição de benefícios, e a MP 2.186/01, no art. 31, determina que a concessão do direito de propriedade industrial de processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético é “condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso”.

A interpretação do Ministério Público pressupõe uma presunção, explicitada na f. 1.649, qual seja, a de que “por força dos princípios contidos na Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB – e da Medida Provisória 2.186-16/01, *deve-se presumir a existência de conhecimentos tradicionais quando do trato de produtos exóticos da biodiversidade* [sic]” (sem itálico no original). O Ministério Público Federal não esclarece quais os princípios, dentre tantos albergados na CDB, amparam seu argumento; não diz por que devemos presumir conhecimento tradicional em cada “produto *exótico*”²⁷ da biodiversidade”. Todavia, embora não tenha sido exposta uma razão, podemos compreender aquela proposição como a afirmação de que todo produto relacionado com alguma espécie nativa decorre de um conhecimento tradicional, isto é, um produto que utilize amostra do patrimônio genético na sua elaboração teria sua origem remota em algum conhecimento tradicional, e, portanto, essa é a razão para o INPI exigir a origem do conhecimento e a repartição de benefícios.

Essa interpretação não se mostra plausível. É que se conferirmos um alcance muito extenso a essa proposição (de que todo produto remonta a algum conhecimento tradicional), é fato que podemos partir de qualquer produto e o revertermos a algum conhecimento tradicional do qual ele, em algum momento, se desdobrou, dado que a evolução do conhecimento não se dá por saltos ou geração espontânea, mas por um acúmulo de erros e acertos, de reinterpretções de saberes anteriores, de novas aplicações de velhos produtos e métodos, de novas perspectivas sobre um mesmo objeto. Mas, nesse caso, a presunção de que todo produto provém de algum conhecimento tradicional seria absoluta, e todo e qualquer produto ou técnica deveria esclarecer seu ancestral evolutivo, mesmo que remoto. A norma,

²⁷ “Exótico” é aquilo que não é indígena; estrangeiro, segundo o dicionário Aurélio. Opõe-se a “autóctone” (indígena, nativo). O contexto da afirmação parece indicar que o autor da frase se referiu a “autóctone”, e não a “exótico”.

mesmo lida em conjunto, não permite essa interpretação tão elástica, e nem é isso sugerido pelo Ministério Público Federal.

A MP 2.186/01 oferece outra possibilidade interpretativa, talvez não tão ambiciosa, mas capaz de harmonizar os conflitantes princípios que lhe inspiraram. Em seu conjunto, ela permite a seguinte leitura. O patrimônio genético brasileiro pertence à sociedade brasileira, em toda sua extensão, e tem como titular a União. O acesso a esse patrimônio se dá na forma regulada pela MP 2.186/01 e, de modo especial, depende de autorização prévia do CGEN (arts. 2º, 27, 28 e 29). Se uma espécie do patrimônio genético brasileiro está associada a algum conhecimento tradicional, o acesso a esse conhecimento se dá mediante autorização prévia do titular (comunidade local ou indígena) desse conhecimento, também submetida à apreciação do CGEN. Em qualquer caso há necessidade de prévio consentimento, tanto quanto de repartição dos benefícios com a União (ainda não regulado), ou com o grupo ou comunidade titular do conhecimento, segundo acordo específico.

Conforme a MP 2.186/01, quando se tratar de produto ou técnica obtida através de amostra do patrimônio genético nacional com conhecimento tradicional associado, o requerente deve informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado. Abrem-se duas hipóteses: a) se o requerente reconhece que sua invenção ou patente decorre de um conhecimento tradicional deve assim informar no próprio formulário disponibilizado pelo INPI, elaborado em consonância com a Resolução 134/06, simplesmente assinalando a opção ali indicada (cópia desse formulário se encontra a f. 281) e respondendo às questões lá expostas: número e data da autorização do acesso e origem do material genético; b) se o requerente não reconhece que sua invenção decorre do acesso a conhecimento tradicional a Resolução 134/06 se limita a exigir que declare ter observado a MP 2.186/01. A divergência entre o MPF e o INPI ocorre, com maior intensidade, nesta hipótese (embora também ocorra na primeira). O MPF sustenta que o INPI deve partir da presunção de que toda invenção lastreada em amostra do patrimônio genético decorre de um conhecimento tradicional, pelo que o INPI deve diligenciar para identificar o titular desse conhecimento, somente concedendo o direito de propriedade após a demonstração desse acesso; já para o INPI, se o requerente não informar eventual acesso ao conhecimento tradicional, nada mais lhe resta fazer.

O procedimento adotado pelo INPI, para a hipótese de algum interessado informar que seu invento funda-se em conhecimento tradicional, determina que o requerente informe a data da autorização do acesso e origem do material genético. Ocorre que a legislação exige

um pouco mais: exige que além de informar o acesso e a autorização, prove a partilha de benefícios, como acordou a repartição de benefícios com os titulares do conhecimento a que teve acesso (MP 2.186/01, arts. 2º, 28, IV c/c 31).

Talvez se diga que a autorização a ser informada no formulário já pressupõe um plano de repartição. É possível que seja assim, mas não necessariamente. Uma empresa, uma ONG, uma pessoa física pode pedir autorização para acessar o conhecimento de uma comunidade quilombola, sabendo de antemão que há uso de ervas medicinais, mas ignorar maior detalhamento acerca de quais ervas são usadas e da finalidade de cada erva. Na pesquisa identifica espécies de altíssimo valor comercial e medicinal, quando só então haverá condições para que a comunidade delibere, de modo esclarecido e verdadeiramente informado, sobre os benefícios que deseja receber por compartilhar com o interessado aquele saber.

Por outro lado, a interpretação do INPI, de que a repartição de benefícios somente pode ocorrer no futuro, a partir dos resultados concretos, e que, portanto, ele não poderia exigir essa repartição por ocasião do requerimento, constitui uma interpretação bem restritiva da norma. Independentemente de o acesso gerar renda ou não, o só acesso pressupõe partilha (arts. 2º, 25, 28, MP 2.186/01). A comunidade interessada poderá (deverá) criar uma cláusula de reserva, resguardando para definição de novos percentuais ou novas formas de partilha dependendo de resultados futuros, mas, nos termos estritos da legislação, quem acessa deve previamente estipular alguma forma de partilha.

Em suma: na hipótese de o interessado reconhecer que acessou o conhecimento tradicional, além de indicar o número da autorização de acesso e a origem, deve apresentar acordo quanto à repartição de benefícios. Não se exige que o INPI elabore juízo de valor quanto ao acordo; essa avaliação, nos termos da MP 2.186/01, cabe ao CGEN (art. 29).

Resta-nos deter na hipótese de o interessado admitir que seu invento foi obtido através de acesso a amostra do patrimônio genético, mas declarar *que não houve* acesso a conhecimento tradicional. Aqui a divergência é mais rotunda. O INPI sustenta que nada lhe cabe fazer, além de pedir que o requerente informe o número e a data da autorização de acesso (Resolução 134/06, art. 2, parágrafo único). O MPF, diferentemente, vê na norma uma exigência de diligência por parte do INPI. As partes, nesse particular, não negam que também nesse caso vigem as mesmas disposições e regime, ou seja, o acesso ao patrimônio genético pressupõe, entre outros requisitos, partilha (art. 2º, MP 2.186/01). O CGEN ainda não

regulamentou como deve ocorrer a repartição de benefício quando há acesso a amostra do patrimônio genético sem conhecimento tradicional associado..

O CGEN tem competência, entre outras, para estabelecer critérios para autorização de acesso, critérios para a criação de base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado (art. 11, II, *b* e *d*). A norma lhe concedeu instrumentos para verificar se um invento obtido a partir de amostra do patrimônio genético envolve ou não conhecimento tradicional. Tomemos o caso da NATURA, exposto nestes autos. Ela requereu a patente de produtos à base de murmuru e informou que acessou amostra do patrimônio genético, mas não acessou conhecimento tradicional, e solicitou ao CGEN autorização de acesso ao patrimônio genético, bem como fez uma consulta para que fosse esclarecido: com quem devia tratar a repartição de benefício quando a área de acesso é uma unidade de conservação (Ibama, ICMBIO, União?); como deve ocorrer a partilha nesta hipótese? (documento intitulados pela NATURA como 2, Anexo VII).

O CGEN, caso estruturado segundo determina a MP 2.186/01, teria condições de pesquisar junto ao seu banco de dados e verificar se havia qualquer notícia de que aquele saber sobre o murmuru era ou não tradicional e pertencente a alguma comunidade. Em caso afirmativo, poderia condicionar a regularidade do acesso a prévio acordo sobre a repartição de benefícios com a população interessada; em caso negativo, se o CGEN anuísse que a pesquisa que deu origem ao produto louvou-se em conhecimento já disseminado, poderia homologar e se limitar às questões suscitadas pela NATURA concernente a quem pagar e como pagar.

O exemplo acima põe em relevo um dado importante: quem tem os meios para realizar as diligências necessárias ao esclarecimento acerca do acesso a conhecimento tradicional é o CGEN, não o INPI. Não há, para este instituto, qualquer disposição legal que lhe atribua a competência para tanto nem lhe confira a estrutura necessária. Extrai-se que a legislação optou por criar um ato complexo de registro, com a necessária participação de dois entes: o CGEN e o INPI. Aquele Conselho tem a competência e os meios para verificar se um produto foi obtido mediante acesso a conhecimento tradicional ou não, ou, quando menos, possui mais condições para essa verificação; já o INPI, compelido a exigir a autorização de acesso e a somente conceder direito de propriedade quando houver repartição de benefícios (aprovada pelo CGEN), obriga o interessado a buscar aquele Conselho e submeter a exame seu produto.

É certo que o CGEN não regulamentou inúmeras questões, aumentando as dificuldades para um assunto já bastante controvertido. Mas essa ausência de regulamentação não lhe retira a competência, e nem a transfere a outrem.

Algumas premissas podem ser assentadas. É condição para atribuição do direito de propriedade a repartição de benefícios na hipótese de produto obtido mediante acesso a amostra do patrimônio genético, com ou sem conhecimento tradicional associado. *Em qualquer hipótese é exigida a intervenção do CGEN, que tem a competência para autorizar o acesso ao patrimônio genético bem como regulamentar e aprovar a repartição de benefícios.*

Em decorrência dessas premissas, o INPI somente pode conceder direitos de propriedade industrial mediante a comprovação de que o CGEN anuiu à repartição de benefícios, ou, quando menos, que o interessado apresentou proposta de repartição. Essa condição não se satisfaz apenas com a indicação do número da autorização de acesso, mas com expressa demonstração da repartição *se* o produto decorrer de conhecimento tradicional. No caso de o produto decorrer de acesso a amostra do patrimônio genético sem conhecimento tradicional associado, aquela exigência de repartição se encontra fortemente prejudicada pela ausência de regulamentação, pois o CGEN não regulou a matéria até a presente data. Esse fato não retira a obrigação de qualquer interessado de solicitar a autorização de acesso e de solicitar repartição de benefícios a esse Conselho (como a NATURA procedeu, de modo exemplar), e, por outro lado, não o impede de usufruir os direitos daí decorrentes, porque a mora da regulamentação não lhe pode ser atribuída, nem deve por ela responder.

O procedimento adotado atualmente pelo INPI, que consiste basicamente em exigir o preenchimento de um formulário no qual o interessado declara se houve ou não acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional, não cumpre adequadamente o comando legal. Esse procedimento falha porque, dadas as incertezas e complexidade relacionadas à matéria — parte delas expostas nesta sentença — a pessoa interessada no registro teria enorme dificuldade de responder corretamente à pergunta formulada pelo INPI, podendo facilmente entender, equivocadamente, que nada deveria repartir com a União ou com alguma comunidade tradicional. Essa situação ganha relevo se considerarmos o contexto de altíssima competitividade em que geralmente está imerso tal pessoa. Supõe-se, neste caso, a existência de uma dúvida genuína e sincera por parte do interessado. Este, ainda assim, poderia ser demandado pela União ou por alguma comunidade tradicional, as quais lhe exigiriam, de forma legítima, aquela repartição, mas agora com todo o peso das sanções

previstas na legislação, especialmente quanto à indenização de, no mínimo, 20% do faturamento bruto previsto no art. 26 da Medida Provisória 2.186-16.

Vê-se assim que a Resolução INPI 134/06 não possibilita o pleno cumprimento da MP 2.186/01 ao simplesmente exigir que o interessado declare ter observado as exigências legais. Se a norma é clara ao exigir que um produto para obter direito de propriedade industrial deve observar a MP 2.186/01, se essa norma exige acordo quanto à repartição de benefícios e prévia autorização de acesso homologadas, uma e outra, pelo CGEN, segue que é requisito para a concessão de patente a demonstração de que o interessado apresentou plano de repartição ao CGEN para fins de homologação.

O INPI deve então exigir a demonstração de que o interessado na patente apresentou plano de repartição ao CGEN, para fins de homologação sempre que o produto ou processo decorrer de acesso a amostra do patrimônio genético, com ou sem conhecimento tradicional associado. Talvez o CGEN permaneça paralisado e não regulamente o tema; ou poderá homologar o plano de repartição; não importa: a paralisação do poder público não pode nem paralisar o processo de concessão de patente nem possibilitar o descumprimento da legislação. Mesmo que no futuro se verifique vários pedidos pendentes de homologação, por falta de regulamentação ou outro motivo, junto ao CGEN, esse só fato será positivo, ao permitir visualização de um problema, suas causas e instaurar um debate público sobre como solucioná-lo.

A antecipação dos efeitos da tutela

Nesse tópico restou assentado que a MP 2.186/01 determina a repartição dos benefícios sempre que houver produto originado do acesso à amostra do patrimônio genético nacional, e que o acesso será sempre autorizado pela União, nos termos do art. 2º. A exigência, pelo INPI, de mera declaração de que houve observância, pelo interessado, das disposições da MP 2.186/01 relativas ao acesso ao patrimônio genético, tal como previsto na Resolução 134/06, configura um cumprimento meramente formal ou uma aparência de cumprimento da norma. Em observância ao art. 31, o INPI deve exigir que o interessado demonstre que apresentou ao CGEN acordo quanto à repartição de benefícios, ou, se houver dúvidas, por exemplo, quanto a quem tem atribuição para subscrever o acordo, consultar aquele conselho sobre como deve proceder.

A correção do procedimento consubstanciado na Resolução INPI 134/06 deve ser imediata em razão do caráter cogente e peremptório da norma e do prejuízo (advindo da

ausência de repartição) daí resultante, configuradores tanto da plausibilidade do pedido quanto de sua urgência.

O DANO MORAL

O Ministério Público Federal pediu a condenação dos réus em danos morais, em montante a ser fixado por este Juízo, ao argumento de que a apropriação indevida de amostra do patrimônio genético nacional e, em particular, do conhecimento tradicional Ashaninka afetou “a imagem indígena e imagem brasileira”, as quais passam a ser vistas sob a pecha de “trouxas”, “de tolos, de parvos, pessoas que não aproveitam suas potencialidades” (f. 23). Diz existir “no caso, uma lesão moral direta e indireta. Isso porque, além da situação de serem ‘passados para trás’ no acesso ao seu conhecimento, nunca é demais lembrar que, conforme já se mencionou alhures, o murmuru não é somente um vegetal para os Ashaninka, mas sim um antepassado dos mesmos, uma pessoa que se transformou em árvore”, pelo que “a situação de lesão a direito personalíssimo, portanto, é inconteste” (idem). Sustentou que “os fatos que atingiram o conhecimento tradicional, ora negado pelo Demandado, atinente à comunidade Ashaninka. Também atingiu, de modo difuso, o direito dos cidadãos à integridade do patrimônio genético nacional, que foi vulnerabilizado ao guardar para si o Demandado os resultados de sua prospecção [...]” (f. 24).

O conceito de dano moral é um dos, senão o mais, controvertido do direito. É utilizado para os mais diferentes fins, mostrando-se um conceito ainda em depuração e em construção no direito, cujo uso oscila demasiadamente para oferecer uma definição minimamente plausível. É possível ver seus contornos definidos como uma tensão entre o princípio da segurança jurídica, pelo qual se exige que se discrimine com antecedência quais as consequências e sanções que dada categoria de atos autoriza, evitando surpresas, e o princípio da proteção integral, pelo qual se aspira que todas as dimensões da personalidade sejam asseguradas em sua integridade e indenizadas sempre que malferidas. Sua delimitação torna-se mais confusa porque se espraiou o vício de descrever uma situação e simplesmente lhe atribuir um dano moral, de si e per si, sem mostrar porque dada situação deve ser compreendida como um dano moral, como se se tratasse de algo cristalino e indubitável, estimulando verdadeiras aventuras judiciais.

Dano moral é devido porque causa dano à imagem? Ou porque causa dor, sofrimento, mesmo que poucas pessoas saibam? Qualquer dor e qualquer sofrimento são indenizáveis? Ou é uma questão de intensidade da dor? Erro de árbitro de futebol, em jogo

decisivo, causa dano moral ao torcedor²⁸? Aborrecimento, chateação ensejam dano moral? Batida de carro, que tanto aborrecimento traz, configura lesão moral? Um contrato descumprido implica, além das sanções contratuais, dano moral? Desfazer um acordo gera dano moral? Se o acordo for um casamento ou noivado? A demora no atendimento num órgão público ou numa concessionária de serviço público é indenizável? O dano moral só é exigível quando não houver sanção prevista em lei para a situação, tal como uma sanção residual, heroica? Todas essas questões e milhares de outras oferecem uma tímida noção da complexidade desse conceito, e, em decorrência, da necessidade de uma exposição de razões convincentes para caracterizar uma situação como causadora de dano moral.

Na hipótese dos autos, afirma-se que o acesso indevido ao conhecimento tradicional e sem a repartição de benefícios causaram dano moral. A MP 2.186/01, ao dispor sobre as sanções cabíveis a quem acessar indevidamente, não elencou a indenização por danos morais (art. 26), e excetuou, ali, apenas as sanções administrativas (art. 30) e penais. A despeito desta disposição, é razoável supor que o dano moral possa ocorrer, em situações em que o acesso indevido provoca consequências desastrosas. Porém, no caso dos autos, essa discussão deve ser encerrada diante da rejeição da alegação de que houve acesso ao conhecimento tradicional Ashaninka, ao se definir que o conhecimento relativo ao murmuru era disseminado.

Todavia, como o Ministério Público Federal na petição inicial sustentou que a utilização do conhecimento era indevida não só pelo acesso ao conhecimento tradicional, mas também pela circunstância de que a pesquisa foi promovida pelos Ashaninka, pertencendo-lhe os resultados, impõe-se apreciar se a conduta de FÁBIO, ao violar as cláusulas contratuais assecuratórias do sigilo e exclusividade das informações, caracterizou dano moral, e, em caso positivo, se as demais réis podem ser também responsabilizadas.

Examinando a jurisprudência sobre o tema, verifica-se que a tendência é reconhecer a existência de dano moral quando as consequências do ato de descumprimento extrapolarem as consequências mais ou menos previsíveis para o caso, e afetar, em medida significativa, a incolumidade física, psíquica ou moral do grupo ou indivíduo. Um contrato de assistência médica, se descumprido, pode não resultar maiores consequências, se imaginarmos, por exemplo, que a empresa crie dificuldade para uma consulta médica de rotina, mas poderá, o mesmo descumprimento, implicar dano moral se resultar agravamento

²⁸ Não é ficção, existindo vários casos, bem ilustrando a banalização do instituto. Entre outros: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109513 acesso em 7.5.2013.

de uma doença ou impedir o atendimento em caso de urgência; se uma empresa não cumpre o contrato de fornecimento de bolo para alguém que o revende em fatias ou lanches, resolve-se seu inadimplemento com pagamento da sanção então prevista, ou dos lucros cessantes, mas esse mesmo fato poderá ensejar outra avaliação se o bolo se destinasse, hipoteticamente, a uma festa memorável (15 anos, bodas, casamento etc.).

Se, por um lado, afirmou-se, nesta sentença, a violação de cláusula contratual, por outro, não houve demonstração de que esse fato tenha atentado contra a imagem dos Ashaninka ou dos indígenas em geral. Em especial quanto aos Ashaninka, ao contrário, não há o menor indício de que houve afronta à imagem de uma comunidade indígena que se notabiliza por seu esforço de criar um novo paradigma de sustentabilidade e de relacionamento com a sociedade de seu entorno, com preservação de sua identidade cultural. Também não há prova de que a violação contratual tenha abalado a estrutura social da comunidade. Ilustrativamente, já foi apreciado, nesta Seção Judiciária, ilícitos que provocaram a degradação dos costumes na comunidade ao esfacelar ou ameaçar a própria cultura que une e identifica um grupo, como exemplificam as ações civis públicas envolvendo extração mineral em território Kaxarari²⁹ e madeireira em terras Ashaninka³⁰, eventos que levaram ou intensificaram a prostituição, o alcoolismo, a fuga de membros do grupo etc. Certamente o fato em si depõe sim contra a imagem de FÁBIO, ou de qualquer outro acusado de se apropriar indevidamente de patrimônio alheio, e, ao mesmo tempo, emoldura, acertadamente, aquele que sofre a apropriação na condição de vítima.

A alegação de que fatos dessa natureza fazem os indígenas ou os brasileiros ser vistos como parvos, tolos ou trouxas não se reveste de maior densidade para ser reconhecida como causadora de dano moral, pela ausência de prova de sua faticidade, pois não se promoveu prova de que os fatos, como um todo, tenha tido maiores efeitos na comunidade (perspectiva interna) ou levaram as pessoas (quais? Quantas?) a ver os índios e os brasileiros como tolos e ingênuos (visão externa). É mais plausível inclusive outra leitura, e vê-los como grupo que, apesar das dificuldades extremas para manter seus valores e formas de vida, oferecem singular exemplo de resistência cultural.

²⁹ Autos n. 96.0002121-0/3ª vara SJ/AC. Nesta ação houve laudo antropológico *judicial* que narra danos de ordem moral e cultural causados pela exploração irregular.

³⁰ O laudo antropológico (f. 339, anexo I, vol. 2) alude aos efeitos sociais e morais causados pela ação dos madeireiros, como alcoolismo, prostituição, migração de farias famílias etc. (f. 339), objeto da ação ACP 960001206-7/AC.

III

Pelas razões expostas,

i) **rejeito os pedidos** em relação às rés NATURA COSMÉTICOS S/A e CHEMYUNION QUÍMICA LTDA;

ii) **acolho parcialmente** os pedidos para:

a. Condenar, solidariamente, Fábio Fernandes Dias e sua empresa Tawayá (Fábio F. Dias ME), ao pagamento de indenização aos Ashaninka correspondente a 15% do lucro obtido pela referida empresa. Esse percentual deve incidir pelo prazo de 15 (quinze) anos a contar do início das atividades da empresa, garantida indenização mínima no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em qualquer hipótese;

b. Determinar ao INPI que retifique o pedido de patente sob n. PI0301420-7, em nome de Fábio Fernandes Dias, para que conste a Associação Ashaninka do Rio Amônia (APIWTXA) como requerente;

c. Determinar o desentranhamento dos documentos relacionados à pesquisa patrocinada pelo Centro de Pesquisa Indígena, apresentados pelo demandado Fábio Fernandes Dias, da f. 86 (numeração manuscrita) ou 81 (numeração original) à f. 110 (manuscrito) ou 105 (original) do Anexo VIII, os quais deverão ser encaminhados ao Ministério Público Federal para que providencie sua entrega aos Ashaninka;

d. Condenar o INPI na obrigação de fazer para que, a partir de 30 dias da intimação desta, somente conceda direitos de propriedade industrial sobre processo ou produto obtido a partir de amostra do patrimônio genético, com ou sem conhecimento tradicional associado, quando o interessado demonstrar, além da prévia autorização de acesso, acordo quanto à repartição de benefícios e a submissão de uma e outro a exame pelo CGEN.

A substituição determinada no item “b” deste dispositivo não interfere nem condiciona o necessário juízo a ser realizado pelo INPI quanto à (in)existência dos requisitos de novidade e atividade inventiva (art. 8º, L. 9.279/06), cabendo a essa Autarquia decidir livremente.

Retifique-se a autuação, incluindo-se a Funai no polo ativo, na condição de assistente simples do Ministério Público Federal.

Sem custas e sem honorários.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oficiem-se aos relatores dos agravos interpostos, comunicando a prolação desta sentença, e ao CGEN, para ciência.

Rio Branco – Acre, 22 de maio de 2013.



Jair Araújo Facundes
Juiz Federal
