

A “NOVA” LEI N.º 13.123/2015 NO VELHO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE: ENTRE RETROCESSOS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS



Organizadoras
Eliane Cristina Pinto Moreira
Noemi Miyasaka Porro
Liana Amin Lima da Silva

A “nova” Lei n.º 13.123/2015 no velho Marco Legal da Biodiversidade:

Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais

ORGANIZADORAS

Eliane Cristina Pinto Moreira

Noemi Miyasaka Porro

Liana Amin Lima da Silva

FOTO CAPA

Igor Alexandre Pinheiro Monteiro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

M835a Moreira, Eliane Cristina Pinto (Org.).

A “NOVA” LEI N.º 13.123/2015 NO VELHO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE: Entre Retrocessos e Violações de Direitos Socioambientais./ Eliane Cristina Pinto Moreira (Org.); Noemi Miyasaka Porro (Org.); Liana Amin Lima da Silva (Org.). - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.
280 pp.:

ISBN 978-85-63522-37-5

1. Direito Ambiental. 2. Lei N.º 13.123/2015. I. Moreira, Eliane Cristina Pinto (Org.). II. Noemi Miyasaka Porro (Org.) III. Liana Amin Lima da Silva (Org.) IV. Título

CDD 341.347

CONSELHO EDITORIAL DA EDITORA PLANETA VERDE MEMBROS

1. José Rubens Morato Leite 2. Antonio Herman Benjamin 3. José Eduardo Ismael Lutti 4. Kamila Guimarães de Moraes 5. Solange Teles da Silva 6. Heline Sivini Ferreira 7. Ana Maria Nusdeo 8. Tatiana Barreto Serra 9. Luiz Fernando Rocha 10. Eladio Luiz da Silva Lecey 11. Sílvia Cappelli 12. Paula Lavratti 13. Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira 14. Patrícia Amorim Rego 15. Marcelo Henrique Guimarães Guedes 16. Patrícia Faga Iglecias Lemos 17. Alexandre Lima Raslan 18. Vanêscia Buzelato Prestes 19. Álvaro Luiz Valery Mirra 20. Marga Inge Barth Tessler 21. Jarbas Soares Junior 22. Sandra Cureau 23. Giorgia Sena Martins 24. Dalila de Arêa Leão Sales e Silva 25. Analúcia de Andrade Hartmann 26. Eliane Moreira 27. Alexandra Faccioli Martins 28. Andrea Lazzarini 29. Ivan Carneiro Castanheiro 30. Marcia Dieguez Leuzinger 31. Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray 32. Patryck Araujo Ayala 33. Ubiratan Cazetta 34. Jose Heder Benatti 35. Fernando Reverendo Vidal Akaoui 36. Guilherme Jose Purvin de Figueiredo 37. Annelise Monteiro Steigleder 38. Ana Maria Moreira Marchesan 39. Carolina Medeiros Bahia 40. Danielle de Andrade Moreira 41. Elizete Lanzoni Alves 42. Fernando Cavalcanto Walcacer 43. Melissa Ely Melo 44. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto 45. Ricardo Stanziola Vieira 46. Rogério Portanova 47. Vladimir de Passos de Freitas 48. Zenildo Bodnar 49. Nelson Roberto Bugalho 50. Marcelo Goulart 51. Letícia Albuquerque 52. Claudia Lima Marques 53. Gilberto Passos de Freitas 54. Marcelo Abelha Rodrigues 55. Branca Martins da Cruz

Aos povos indígenas, quilombolas,
comunidades tradicionais e agricultores
e agricultoras familiares do Brasil.

À Juliana Santilli (*in memoriam*), que nos convidou a distinguir o velho do novo, preparando-nos a essas leituras sobre a “nova” lei que já nasce velha:

“Os novos direitos rompem com os paradigmas da dogmática jurídica tradicional, contaminada pelo apego ao excessivo formalismo, pela falsa neutralidade política e científica e pela excessiva ênfase nos direitos individuais, de conteúdo patrimonial e contratualista, de inspiração liberal. Os novos direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário quanto do ponto de vista de sua concretização” (SANTILLI 2005, p.57).

SUMÁRIO

CONSELHO EDITORIAL DA EDITORA PLANETA VERDE	
MEMBROS.....	3
PARTICIPANTES DO ESTUDO	9
APRESENTAÇÃO	
Noemi Miyasaka Porro	23
PREFÁCIO	
Prof. Dr. José Rubens Morato Leite.....	27
COM A PALAVRA, OS MOVIMENTOS SOCIAIS	
Lourdes Cardozo Laureano.....	32
Cláudia Regina Sala de Pinho.....	36
Ewésh Yawalapiti Waurá.....	43
Oriel Rodrigues de Moraes	45
Silvanete Matos Carvalho.....	48
Almires Martins Machado	58
VISÃO GERAL DA LEI N.º 13.123/15	
Eliane Cristina Pinto Moreira	66
A LEI N.º 13.123/2015 E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM NORMAS INTERNACIONAIS	
Sheilla Borges Dourado	74
CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, CONSULTA PRÉVIA E DIREITOS TERRITORIAIS	
Carlos Frederico Marés de Souza Filho.....	94
VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI: VÍCIO CONGÊNITO	
Liana Amin Lima da Silva e André Halloys Dallagnol	117
VIOLAÇÃO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO LIVRE, PRÉVIO E FUNDAMENTADO NA LEI N.º 13.123/2015	
Igor Alexandre Pinheiro Monteiro, Vera Lucia Marques Leite e Barbara Ferreira Araujo	126
VIOLAÇÃO AO DIREITO À REPARTIÇÃO JUSTA E EQUITATIVA DE BENEFÍCIOS	
Tiago Martins e Nathália Tavares de Souza Almeida	137
ESTABELECIMENTO DE ISENÇÕES PARA AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO	
Igor Alexandre Pinheiro Monteiro	146

ESTABELECIMENTO DE ISENÇÕES PARA PESQUISAS João Paulo Rocha de Miranda.....	152
INCERTEZAS QUANTO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL DE ORIGEM NÃO IDENTIFICÁVEL Luciano Maciel	160
PREVISÕES DE ISENÇÕES EM RAZÃO DO “ACESSANTE” Tiago Martins e Nathália Tavares de Souza Almeida	162
OFENSA AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL NO PEDIDO DE PATENTE Bruno Mileo	164
OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE PRESERVAR A DIVERSIDADE E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO DO PAÍS E FISCALIZAR AS ENTIDADES DEDICADAS À PESQUISA E MANIPULAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO Liz Beatriz Sass.....	169
PARTICIPAÇÃO DOS ENTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NO REGIME DE ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS: OFENSA AO PACTO FEDERATIVO QUANTO AOS BENS DE SUA DOMINIALIDADE E À REPARTIÇÃO EQUITATIVA DOS BENEFÍCIOS Rodolpho Zahluth Bastos.....	177
DESRESPEITO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE ASSEGURAR O MEIO AMBIENTE SADIO E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA BIODIVERSIDADE Ana Paula Rengel Gonçalves e Paula Galbiatti Silveira.....	187
ESTABELECIMENTO DE UM SISTEMA DE DESONERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: ANISTIA E RUPTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL SOLIDÁRIA Taysa Schiocchet, Eroulths Cortiano Jr, André Luiz Arnt Ramos, Rodolfo Souza Da Silva, Gabriel Tabatcheik e Guilherme Athaides Guimarães	192
INOBSERVÂNCIA DA OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PROTEGER O PATRIMÔNIO CULTURAL Carla Arouca Belas	208
DO DÉFICIT DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO CGEN E NO FNRB Isabele Bruna Barbieri e Leticia Albuquerque.....	219

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS APORTADAS PELA LEI N.º 13.123/2015 COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO DOS DIREITOS HUMANOS	
Eliane Cristina Pinto Moreira	231
CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLAÇÕES APONTADAS: EFEITO DAS INCONVENCIONALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI N.º 13.123/2015	
Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Denison Melo de Aguiar, Daniela Freitas Chaves, Caio Henrique Faustino da Silva, Isabella Dominiak Soares, Adrieda Rachel Garcia Pena, Kesia Tereza Rodrigues Barbosa e Marlison Alves Carvalho	241
POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO PERANTE O STF	
Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Denison Melo de Aguiar, Daniela Freitas Chaves, Caio Henrique Faustino da Silva, Isabella Dominiak Soares, Adrieda Rachel Garcia Pena, Kesia Tereza Rodrigues Barbosa e Marlison Alves Carvalho	242
POSSIBILIDADE DE ACIONAR O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	
Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Denison Melo de Aguiar, Daniela Freitas Chaves, Caio Henrique Faustino da Silva, Isabella Dominiak Soares, Adrieda Rachel Garcia Pena, Kesia Tereza Rodrigues Barbosa e Marlison Alves Carvalho	253
POSSIBILIDADE DE ACIONAR O SISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT	
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne e Liziane Paixão Silva Oliveira	261
VINCULAÇÃO DO SISTEMA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADES DAÍ DERIVADAS	
Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Denison Melo de Aguiar, Daniela Freitas Chaves, Caio Henrique Faustino da Silva, Isabella Dominiak Soares, Adrieda Rachel Garcia Pena, Kesia Tereza Rodrigues Barbosa e Marlison Alves Carvalho	271
À GUISA DE CONCLUSÃO: A LEI 13.123/2015 COMO UM ESPELHO DO TEMPO E DA EROSÃO DE DIREITOS	
Nurit Besunsan.....	276

PARTICIPANTES DO ESTUDO

ENTREVISTADAS/OS

LOURDES CARDOZO LAUREANO. Farmacêutica, graduada pela UFG (1979). Especialista em Saúde Pública pela ENSP/Fiocruz (1985). Mestre em Biologia, UFG (2001). Coordenadora técnica da Articulação Pacari – Plantas Medicinais do Cerrado. E-mail: a.pacari@terra.com.br.

CLÁUDIA REGINA SALA DE PINHO. Pantaneira. Coordenadora da Rede de Comunidades Tradicionais Pantaneira. Graduada em Ciências Biológicas. Mestre em Ciências Ambientais – UNEMAT. E-mail: claudiapantanal@gmail.com.

EWÉSH YAWALAPITI WAURÁ. Etnia: Yawalapiti/Waurá. Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso - Campus Araguaia/Barra do Garças/MT. E-mail: ewesh_wy@hotmail.com.

ORIEL RODRIGUES DE MORAES. Quilombola de Ivaporunduva (Vale do Ribeira, SP). Membro da Coordenação Nacional de Comunidades Quilombolas (CONAQ). Advogado. Membro do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). E-mail: orielrodrigues@gmail.com.

SILVIANETE MATOS CARVALHO. Secretária Executiva da Associação em Áreas de Assentamento do Maranhão - ASSEMA. E-mail: gentedefibra@assema.org.br.

ALMIREZ MARTINS MACHADO. Liderança Indígena Guarani. Graduado em Direito pela UNIGRAN/MS. Mestre em Direitos Humanos e Doutor em Antropologia pela UFPA. E-mail: ateguara@gmail.com.

GRUPOS DE PESQUISA E AUTORES

GRUPO DE PESQUISA “DIREITO E CONHECIMENTO”, DO NÚCLEO DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E DESENVOLVIMENTO RURAL DA UFPA

NOEMI MIYASAKA PORRO. Engenheira agrônoma e antropóloga, pesquisadora e professora no Programa de Pós-Graduação em Agriculturas Amazônicas, do Núcleo de Ciências Agrárias e Desenvolvimento Rural, da Universidade Federal do Pará. E-mail: noemi@ufpa.br.

ANNY LINHARES. Bacharel em Turismo e mestre em Agriculturas Familiares e Desenvolvimento Sustentável, no Programa de Pós-Graduação em Agriculturas Amazônicas, do Núcleo de Ciências Agrárias e Desenvolvimento Rural, pela Universidade Federal do Pará. E-mail: annyufpa@outlook.com.

GRUPO DE PESQUISA “DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS”, DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA UFPA

ELIANE CRISTINA PINTO MOREIRA. Pós-Doutoranda em Direito na UFSC. Doutora em Desenvolvimento Sustentável pelo NAEA/UFPA. Mestre em Direito pela PUC/SP. Promotora de Justiça. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPA. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais”, da UFPA. Associada e integrante da diretoria do Instituto O Direito Por Um Planeta Verde. E-mail: moreiraeliane@hotmail.com.

LUCIANO MACIEL. Doutorando em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos dos Povos e Comunidades

Tradicionais”, ICJ/UFPA. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: advlucianomoura@gmail.com.

**GRUPO DE PESQUISA “MEIO AMBIENTE:
SOCIEDADES TRADICIONAIS E SOCIEDADE
HEGEMÔNICA” (PUCPR) E CENTRO DE
PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO
SOCIOAMBIENTAL (CEPEDIS)**

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO. Professor Titular de Direito Socioambiental da PUCPR. Doutor em Direito pela UFPR. Foi Procurador Geral do Estado do Paraná e do INCRA, Presidente da Fundação Cultural de Curitiba, Da FUNAI e do BRDE. Publicou, entre outros, os livros: *Renascer dos povos indígenas para o Direito; Os bens culturais e sua proteção jurídica; A função social da terra e A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Líder do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR). Diretor-Presidente do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). E-mail: carlosmares@terra.com.br.

LIANA AMIN LIMA DA SILVA. Doutoranda em Direito Socioambiental (PUCPR). Bolsista da Fundação Araucária. Foi bolsista PDSE/CAPES, com estágio de doutorado na Universidad Nacional de Colombia. Mestra em Direito Ambiental (UEA). Desde 2010, integra o corpo docente (professora colaboradora) da Licenciatura Indígena em Políticas Educacionais e Desenvolvimento Sustentável, turmas Baniwa, Tukano e Yanomami (Centro Universitário Indígena do Alto Rio Negro, UFAM). Advogada. Pesquisadora associada do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Associada e integrante da diretoria do Instituto O Direito Por Um Planeta Verde. E-mail: lianalima@gmail.com.

NÚCLEO DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL DO CESUPA

TIAGO FERNANDO RAMOS DE OLIVEIRA MARTINS. Advogado, graduado e mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), professor universitário, assessor jurídico da Associação das Comunidades Tradicionais de Bailique (ACTB - Amapá) e Coordenação das Associações das Comunidades Quilombolas do Pará (MALUNGU). É consultor de protocolos comunitários a Povos e Comunidades Tradicionais, coordenador do Núcleo de Propriedade Intelectual (NUPI-CESUPA), onde pesquisa e efetua ações acadêmicas em prol da proteção e fomento do conhecimento e territorialidade tradicional, principalmente na Amazônia. Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PA - subseção Castanhal/PA. E-mail: tifemartins@gmail.com.

NATHÁLIA TAVARES DE SOUZA ALMEIDA. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Integrante da equipe do Núcleo de Propriedade Intelectual (NUPI-CESUPA), atuando com pesquisa sobre proteção do conhecimento tradicional, notadamente na Amazônia. E-mail: ntavaresalmeida@gmail.com.

GRUPO DE PESQUISA “BIODIVERSIDADE, SOCIEDADE E TERRITÓRIO NA AMAZÔNIA – BEST AMAZÔNIA” - NÚCLEO DE MEIO AMBIENTE E INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA UFPA

RODOLPHO ZAHLUTH BASTOS. Doutor em Geopolítica pela Universidade de Paris 8. Professor do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal no Pará

(UFPA). Membro do Programa de Pós-Graduação em Gestão de recursos naturais e desenvolvimento local na Amazônia (PPGEDAM). Pesquisador associado do Laboratoire Caribéen de Sciences Sociales (LC2S). Co-coordenador da rede JAM-BU-RNP (Junction Amazonian Biodiversity Units Research Networking Program). E-mail: rodolpho.bastos@gmail.com.

**POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS EM
TEMPO DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS:
ADAPTAÇÃO, PERSISTÊNCIA E RESISTÊNCIA
EM TERRAS E TERRITÓRIOS PANAMAZÔNICOS
- REEXISTERRA - NAEA/UFPA**

IGOR ALEXANDRE PINHEIRO MONTEIRO. Advogado. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido NAEA/UFPA. Ativista na defesa dos Povos e Comunidades Tradicionais. Atualmente, pesquisa sobre protocolos comunitários, empoderamento social e comunidades tradicionais. E-mail: igorapmonteiro@gmail.com.

**GRUPO DE PESQUISA DIVERSIDADE
CULTURAL, TERRITÓRIO E NOVOS DIREITOS
NA AMAZÔNIA DA UFOPA**

BRUNO MILEO. Advogado, bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), doutorando em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra (UC). Professor da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA), membro do Grupo de Pesquisa Diversidade Cultural, Território e Novos Direitos na Amazônia. Membro do Programa de Extensão Patrimônio Cultural na Amazônia. E-mail: bmileo@yahoo.com.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS E DIREITO AMBIENTAL DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS - CLÍNICA DHDA/UEA

SÍLVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental - PPGDA e do curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional. Professora corresponsável da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia - CNPq. Advogada. E-mail: silviamsloureiro@gmail.com.

DENISON MELO DE AGUIAR. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Professor Universitário da Universidade do Estado do Amazonas e do Centro Universitário do Norte - UNINORTE/LAUREATE. Coordenador do Núcleo de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade do Estado do Amazonas. Professor da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: denisonaguiarx@gmail.com.

DANIELA FREITAS CHAVES. Economista pela Universidade Federal do Amazonas. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: danielafchaves@gmail.com.

CAIO HENRIQUE FAUSTINO DA SILVA. Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Pesquisador visitante junto à Brock University pelo programa ELAP.

Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos na Amazônia - CNPq. E-mail: chfsilva.ch@gmail.com.

ISABELLA DOMINIAK SOARES. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: isabela.dominiak@gmail.com.

ADRIEDA RACHEL GARCIA PENA. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: adriedarachel@hotmail.com.

KESIA TEREZA RODRIGUES BARBOSA. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: kesia.trb@gmail.com.

MARLISON ALVES CARVALHO. Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: marlisoft@gmail.com.

**GRUPO DE PESQUISA MUNDO DIREITO “OS
DESAFIOS ORIUNDOS DA FRAGMENTAÇÃO DO
DIREITO INTERNACIONAL” - UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ**

TARIN MONTALVERNE. Doutora pela Universidade de Paris V e Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de Paris V. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em direito da UFC. E-mail: tarinfmontalverne@yahoo.com.br.

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA. Doutora pela Universidade d'Aix Marseille III. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. E-mail: lizianepaixao@gmail.com.

**GRUPO DE PESQUISA EM DIREITOS HUMANOS,
BIODIVERSIDADE E EMPREGOS VERDES
(GPDBIO) DA UFMT - CAMPUS DO ARAGUAIA**

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA. Professor de Direito Ambiental e Agrário da UFMT - Araguaia. Doutorando em Direitos Humanos pela UFPA. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Advogado e zootecnista. Líder do Grupo de Pesquisa GPDBio/CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa "Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais", ICJ/UFPA. Presidente da Comissão de Meio Ambiente da 2ª subseção da OAB-MT. Membro do Conselho Curador da ESAMT. E-mail: jpr.miranda@gmail.com.

**CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS E MEIO
AMBIENTE DA UFMT**

VERA LUCIA MARQUES LEITE. Professora de Direito Agrário e de Prática Jurídica na FD/UFMT. Mestre em Educação pela PUC/Rio, em 1990. Advogada desde 2000. Doutoranda em Direito - área de concentração: Direitos Humanos - Programa Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT. E-mail: vlmleite@terra.com.br.

BÁRBARA FERREIRA ARAUJO. Pós-graduanda em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC Minas. Advogada. E-mail: barbara@depieri.adv.br.

GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO AMBIENTAL E ECOLOGIA POLÍTICA NA SOCIEDADE DE RISCO - UFSC

JOSÉ RUBENS MORATO LEITE. Professor Titular dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Pós-doutor pela Universidad Alicante, Espanha, 2013/2014; Pós-doutor pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University - Sydney – Austrália, 2005/2006. Doutor em Direito Ambiental pela UFSC, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e mestre em Direito pela University College London. Membro e Consultor da IUCN – The World Conservation Union – Commission on Environmental Law (Steering Committee); Presidente do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”; coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, do CNPq. Publicou e organizou várias obras e artigos em periódicos nacionais e estrangeiros. É membro do Conselho Científico da Revista de Direito Ambiental da Editora Revista dos Tribunais, além de ser sócio-fundador da Aprodab - Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Foi tutor do PET/MEC. Bolsista e Consultor Ad Hoc do CNPq e FAPESC. Prêmio Pesquisador Destaque da Universidade Federal de Santa Catarina. 2011. Membro Eleito do Governing Board (Conselho Administrativo) da IUCN Academy of Environmental Law (2015 a 2018). E-mail: jrmorato@ccj.ufsc.br.

ANA PAULA RENGEL GONÇALVES. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisas Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco - GPDA. Bolsista CNPq. E-mail: apengelgoncalves@gmail.com.

PAULA GALBIATTI SILVEIRA. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Mestre e doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos Grupos de Pesquisas Jus-Clima e Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco - GPDA. E-mail: paulagalbiatti@hotmail.com.

OBSERVATÓRIO DE JUSTIÇA ECOLÓGICA - UFSC

ISABELE BRUNA BARBIERI. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista da CAPES-PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE), grupo de pesquisa cadastrado no CNPq. E-mail: isabele@ibbadvocacia.adv.br.

LETICIA ALBUQUERQUE. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do Observatório de Justiça Ecológica (OJE), grupo de pesquisa cadastrado no CNPq. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), com estágio de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (FDUC), bolsista CAPES. Mestre em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). E-mail: let_albuquerque@yahoo.com.br.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS - BIOTECJUS DA UFPR E GRUPO DE PESQUISA VIRADA DE COPÉRNICO/UFPR

TAYSA SCHIOCCHET. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFPR. Professora visitante da Université Paris X.

Advogada. Pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos - Biotecjus (CDH|BTJ). Doutorado em Direito (UFPR/2010), com período de estudos doutorais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne (CAPES) e na FLAC-SO, Buenos Aires (NIH/EUA). Pós-Doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM/2012). Tem experiência na área de Direitos Humanos e Bioética, com ênfase em Novos Direitos, Pesquisas Jurídicas Empíricas e Ações Extensionistas. Integra a equipe do Blog Fala Direito Comigo (www.fala-direitocomigo.com.br). E-mail: taysa_sc@hotmail.com.

EROULTHS CORTIANO JR.. Coordenador do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Graduação (1987), Mestrado (1994) e Doutorado em Direito pela UFPR (2001). Professor Associado (Graduação, Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado em Direito pela Università degli studi di Torino.

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR (2016). Bacharel em Direito pela mesma instituição. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, eixo de Contratos e Responsabilidade Civil. Visiting researcher junto ao Max Planck Institut-für ausländisches und internationales Privatrecht (2016). Advogado em Curitiba.

RODOLFO SOUZA DA SILVA. Advogado. Mestre em Direito Público pela UNISINOS (RS). Especialista em Direito Processual pelo CIESA (AM). Graduado em Direito pela UFAM. Assistente de Pesquisa – Nível Mestrado do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos - BioTecJus (CDH/BTJ). Email rsouzasilva@gmail.com

GABRIEL TABATCHEIK. É jornalista formado pela Universidade Positivo e mestre em sociologia pela UFPR. Atual-

mente, é graduando de Direito pela UFPR. Integrante da Clínica de Direitos Humanos/Biotecjus. gabrieltaba@gmail.com

GUILHERME ATHAIDES GUIMARÃES. Graduando em Direito pela UFPR. Integrante da Clínica de Direitos Humanos / Biotecjus.guigathaides@hotmail.com

GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO AUTORAL E INDUSTRIAL - GEDAI/UFPR

LIZ BEATRIZ SASS. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com estágio de Doutorado na Universidade de Alicante (Espanha). Possui Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002). É professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS e do Programa em Pós-Graduação em Direito - Mestrado Profissional Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Atua como pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, vinculado à Universidade Federal do Paraná. E-mail: lizssas@hotmail.com.

DEMAIS COLABORADORES

ANDRÉ HALLOYS DALLAGNOL. Advogado Popular da organização de Direitos Humanos, Terra de Direitos; membro do GT-Biodiversidade da Articulação Nacional de Agroecologia, do Grupo de Estudos em Agrobiodiversidade do NEAD/MDA, da Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), e suplente, pela sociedade civil, no Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). E-mail: andrehld@terradedireitos.org.br.

CARLA AROUCA BELAS. Docente do Mestrado Profsis-

sional em Preservação do Patrimônio Cultural do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - PEP/IPHAN (desde 2012). Doutora pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade - CPDA/UFRRJ (2012). Desenvolve pesquisas e possui publicações sobre os temas: propriedade intelectual, proteção aos conhecimentos tradicionais e patrimônio cultural. Principais trabalhos: Coordenação do Setor de Propriedade Intelectual do Museu Paraense Emílio Goeldi (2002-2004); Coordenação do Inventário de Referências Culturais da Ilha do Marajó (2004-2007); Pesquisadora do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular no Rio de Janeiro (2007-2008); Consultora do Programa de Promoção do Artesanato de Tradição Cultural - PROMOART (2009-2013); Coordenação da Pesquisa de Revalidação do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras como Patrimônio Cultural do Brasil (2015-2016). E-mail: carla_belas@yahoo.com.br.

SHEILLA BORGES DOURADO. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2000), Especialização em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004), Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2009) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2014). Desde 2008, é pesquisadora no Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia (PNCSA/UEA) em projetos desenvolvidos com movimentos sociais representantes de Povos e Comunidades Tradicionais na Amazônia brasileira. E-mail: sheilla.dourado@gmail.com.

NURIT BESUNSAN. Coordenadora Adjunta do Programa de Política e Direito Socioambiental do Instituto Socioambiental (ISA). Graduação em Biologia pela Universidade de Brasília (1986), Pós-Graduação em História, Sociologia e Filosofia da

Ciência, na Universidade Hebraica de Jerusalém (1988), Graduação em Engenharia Florestal pela Universidade de Brasília (1993), Mestrado em Ecologia (1997) e Doutorado em educação (2012) pela Universidade de Brasília. E-mail: nurit@socioambiental.org.

APRESENTAÇÃO

Noemi Miyasaka Porro

Este conjunto de textos é uma iniciativa de pesquisadores, vinculados a universidades ou a organizações da sociedade civil, mas, sobretudo, cidadãos indignados ante a aprovação da Lei n.º 13.123, de maio de 2015. Esta indignação decorre de nossa atuação junto a Povos e Comunidades Tradicionais, na qual temos constatado evidências de que direitos já conquistados por esses sujeitos serão violados sob o manto deste novo marco legal.

Assim, nos manifestamos, reconhecendo que as cumulativas afrontas ao conhecimento tradicional e a sua renovação cotidiana têm implicações inestimáveis para todas as sociedades e para nosso planeta. A violação dos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais tem consequências vitais para os direitos de toda humanidade presente e futura, nas suas mais diversas e complexas dimensões.

Portanto, o objetivo desta iniciativa é convidar as organizações de Povos e Comunidades Tradicionais para mais uma reflexão, apresentando estes textos como subsídios preliminares para essa discussão. Neste sentido, reconhecemos, desde aqui, que os textos não são fruto de pesquisas exaustivas, nem

têm pretensão de serem conclusivos, mas são aportes colhidos em distintas áreas do conhecimento, movidos pela motivação política de transformar as relações de poder no campo jurídico.

Essas breves interpretações sobre a Lei partem de posições e epistemologias diferenciadas. Alguns dos autores a rejeitam integralmente, partindo do princípio de que foi aprovada ilegalmente e não merece esforços de aperfeiçoamento, que significariam coadunar com a violação. Outros autores, reconhecendo que, no atual Estado de Direito, rejeitá-la é alternativa fora do leque de opções realistas, empenham esforços para uma implementação menos danosa.

Essas diferenças, no entanto, não impedem uma reflexão compartilhada, porque visa à nossa mobilização para uma potencial ação pública, a ser definida e liderada por Povos e Comunidades Tradicionais. Mesmo com as diferenças, reconhecemos entre nós uma plataforma comum: *a motivação de justiça*. Citando Laura Nader (2002):

A história da evolução das leis nos mostra que a motivação de justiça é, embora não seja a única, uma poderosa força em moldar a lei. Isto é, existem bases empíricas em afirmações de que a lei pode ser feita para servir a justiça; sem a motivação de justiça não existe a legitimação social da lei (p. 217).

A Lei n.º 13.123, de 2015, não tem a legitimação social, pois não foi feita por demanda daqueles cujos modos de fazer, criar e viver renovam o conhecimento tradicional e deveriam ser seus principais usuários. Ao contrário, os usuários da Lei são pesquisadores e empresários públicos e privados, a serviço de indústrias que se beneficiarão desses conhecimentos, com o objetivo de diminuir seus custos em pesquisa e desenvolvimento.

Porém, acreditamos que a Lei ainda pode ser feita para servir a justiça, e há uma profunda motivação para sua transformação. Na sua concepção da Teoria do Usuário da Lei, Lau-

ra Nader (2002) sugere que “a direção da lei é em grande medida dependente de quem pode e quer usar a lei, um processo do usuário que pode expandir ou contrair conforme os ventos das mudanças políticas” (p. 15). Porém, é exatamente devido a esse caráter político que a autora contradiz o senso comum de que só se transforma em Lei aquilo que favorece os usuários que já são poderosos o suficiente para fazer a Lei.

Essa estudiosa da Antropologia do Direito analisou casos empíricos para concluir que, quando os usuários da lei são poderosos governos ou grandes corporações, a lei se torna hegemônica porque eles comandam os principais instrumentos do Estado e da propaganda privada. A autora também reconhece que, quando os usuários da lei são a parte subordinada – o povo, este não fala a partir de uma posição dominante. A Lei n.º 13.123, de 2015, é exemplo acabado dessa conclusão. Porém, longe de perder a motivação de justiça, Laura Nader (2002) também afirma que Povos e Comunidades Tradicionais podem desmascarar a harmonia coercitiva das relações envolvidas nas diversas formas de biopirataria, revertendo essa hegemonia legalizada e gerando “legitimidade ao construir seus discursos, os quais, em nenhum sentido, deveriam ser vistos como utópicos” (p. 216).

De fato, contra todas as evidências, movimentos sociais fundados em seu conhecimento tradicional têm se engajado em esforços contra-hegemônicos, se não tanto no espaço público, mas na concretude de seu cotidiano em modos de vida tradicionais. O próprio fato de existirem socialmente e viverem suas próprias tradições no presente comprova sua efetividade. E, afinal de contas, se esses esforços contra-hegemônicos não fossem relevantes, por que estariam poderosas empresas farmacêuticas e de cosméticos gastando seu tempo e dinheiro na aprovação de uma Lei para amparar seus interesses?

Assim, mesmo cientes do poder expresso na Lei n.º

13.123, de 2015, elaborada e proposta por poderosos usuários, já aprovada em regime de urgência devido às vicissitudes de um governo desnorteado no atual Estado de (falta de) Direito, não abrimos mão da luta por um outro Brasil possível, ainda neste mundo mesmo.

PREFÁCIO

A presente publicação é fruto de uma importante articulação entre diversos grupos de pesquisa e movimentos sociais envolvidos na defesa de direitos de povos e comunidades tradicionais. Para sua articulação foram envolvidos mais de 40 participantes e 15 grupos de pesquisa localizados no Pará, Amazonas, Mato Grosso, Paraná, Santa Catarina, Ceará, Maranhão, Goiás, Rio de Janeiro e Brasília.

Neste estudo é realizada uma apreciação da Lei n.º 13.123/15 que regulamenta o acesso e uso do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, bem como a repartição de benefícios daí decorrentes.

O entendimento aqui apresentado é de que esta lei deveria estar de acordo com o cenário jurídico internacional, principalmente a Convenção de Diversidade Biológica, Protocolo de Nagoya, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e acordos da FAO, entretanto não há alinhamento entre suas disposições e as mencionadas normas internacionais.

Um dos pontos mais graves presentes tanto na Lei n.º 13.123/15 quanto no Decreto n.º 8.772/16 que a regulamentou é o desrespeito aos direitos de Consulta Prévia, Consentimen-

to Prévio, Livre e Informado e Repartição de Benefícios, ao violar estes direitos também são violados os direitos de autodeterminação e direitos sobre os territórios indígenas, quilombolas e territórios de comunidades tradicionais e agricultores tradicionais que possuem estreita relação com estes direitos.

A violação ao Direito à Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado ocorreu desde o processo de elaboração da Lei e do Decreto, o que faz com estas normas possuam vícios de origem gravíssimos, tanto que diversos povos e comunidades tradicionais protestaram durante a tramitação – que, em relação à lei, se deu em regime de urgência na Câmara dos Deputados e no Senado Federal –, por não terem sido consultados através de processo de Consulta Livre, Prévia e Informada e não terem suas reivindicações consideradas durante a discussão do, ainda, projeto de lei.

O estudo evidencia que no texto da lei existem várias hipóteses de isenção da consulta prévia e da repartição de benefícios, podemos citar como exemplos as isenções para agricultura e alimentação (art. 9º, §3º), para pesquisas (art. 12, II), para o conhecimento tradicional de origem não-identificável (art. 9º, §2º) e isenções em razão do “acessante” que basicamente significam que os povos indígenas e comunidades tradicionais não terão seu direito a consulta quando o acesso se der nesses casos, contrariando claramente a Convenção 169 da OIT e deixando-os vulneráveis à biopirataria e à repartição desigual dos recursos provenientes do acesso.

Além disso, todo o produto ou processo resultante do acesso ao patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, para ser protegido pelo sistema de propriedade intelectual, deve observar as limitações impostas por direitos coletivos à cultura e ao ambiente, porém

a lei não se importou com isto, incorrendo em grave violação ao Princípio da Função Social da Propriedade e a Propriedade Intelectual.

Outro grave problema está na ausência de previsão da necessidade de consulta e Consentimento Prévio Informado para o acesso ao patrimônio genético existentes em territórios tradicionais e assentamentos, além de unidades de conservação e terras particulares, além da ausência de previsão de repartição de benefícios direta com estes atores. Esta isenção ofende, sobretudo, os direitos territoriais e também o pacto federativo decorrente da supressão da participação dos estados quando do acesso ao patrimônio genético existente em bens de sua dominialidade, em razão da lei instituir um processo que ignora sua participação, como nas previsões dos arts. 3º, parágrafo único, 7º e 13 da Lei n.º 13.123.

Ao estabelecer estas normas que não asseguram a devida verificação do uso sustentável da biodiversidade e basear-se em sistemas de liberação quase total do acesso e uso do patrimônio genético o Estado brasileiro não observou sua obrigação de assegurar o Meio Ambiente Sadio e estabeleceu uma proteção deficiente da biodiversidade e do patrimônio cultural, contrariando as disposições do art. 225 da Constituição Federal.

Deve-se ressaltar, ainda que esta lei estabelece um sistema de desoneração da Responsabilidade Civil Ambiental, ao anistiar as irregularidades cometidas por usuários na vigência da Medida Provisória n.º 2.186-16/01 (art. 41) e ao promover a ruptura da responsabilidade civil ambiental solidária.

Outra grave situação também tratada no estudo consiste na inobservância da obrigação do Estado de proteger o Patrimônio Cultural, como definem os art. 215 e 216 da Cons-

tituição Federal, o Decreto nº. 6.040/07, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e Convenção 169 da OIT, que criam obrigações à proteção dos conhecimentos tradicionais baseados na visão de que os mesmos integram o Patrimônio Cultural do país.

É grave também que os problemas de participação dos povos e comunidades tradicionais no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), que conta com 21 membros, porém apenas três representantes de entidades ou organizações representativas dos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, quando tal composição deveria ser, pelo menos, paritária (art. 7º da Lei n.º 13.123/16).

Tudo isto representa um grave retrocesso que é vedado pelos tratados de direitos humanos que proíbem o retrocesso de direitos sociais e ambientais.

Perante esta situação muitas medidas podem ser adotadas pelos povos e comunidades tradicionais a fim de defender seus direitos, tanto no direito interno, quanto do direito internacional, no âmbito de tribunais nacional e internacional, tais como a possibilidade de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, além de também contar com o Sistema de Acompanhamento da Convenção 169 da OIT.

Devendo-se lembrar que as instituições e empresas que atuam no Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação devem observar as normas constitucionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, como ocorre com o Protocolo de Nagoya, o qual o Brasil não é signatário, mas deve observar suas regras em caso de manter relações com países signatários, gerando, portanto, responsabilidades as quais a lei passou por cima ao cometer as irregularidades citadas.

Por último, há a necessidade de buscar normas efetivas, eficazes e justas são temas importantes e indispensáveis na sociedade atual, neste sentido, esta pesquisa que tem como alvo uma conformação mais sistêmica, transdisciplinar e que buscasse repensar os modos que vivemos na atualidade, sempre pautado por um olhar pluralista que vise uma maior justiça ecológica.

Florianópolis, 1 de dezembro de 2016.

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite

COM A PALAVRA, OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Inciaremos este estudo com entrevistas¹ realizadas com integrantes de movimentos sociais vinculados ao tema, oportunizando que expressem suas visões sobre o tema e, desta forma, nos guiem na análise da legislação.

LOURDES CARDOZO LAUREANO

ARTICULAÇÃO PACARI - PLANTAS MEDICINAIS DO CERRADO

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/15 no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

O processo de elaboração e aprovação da Lei 13.123/15, no que se refere à participação das comunidades locais, foi imensamente prejudicial e excludente. As comunidades que tiveram a oportunidade de acompanhar o processo de formulação da lei, desde 2001, foram surpreendidas com um projeto de lei que foi enviado ao Congresso para ser avaliado sem nos consultar. Outras comunidades sequer sabiam que existiu uma medida provisória e que se esperava um projeto de lei para

¹ Exceto quando diferentemente assinalado, todas as entrevistas foram concedidas às organizadoras do livro durante o mês de setembro de 2016.

substituir a MP2186/2001. Estas tiveram ainda mais dificuldade de compreender o processo. Foi uma subtração de nossos direitos de sermos consultados sobre a elaboração de uma lei que nos afeta diretamente, que diz respeito ao nosso dia a dia, que abrange o nosso modo de vida, nosso conhecimento tradicional e nosso território. Sabemos que temos o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado. Nada disso foi cumprido. As comunidades somente foram incluídas no processo quando a lei já estava passando pela etapa de regulamentação através de oficinas regionais de capacitação sobre a lei, mas estas oficinas não foram consultadas, as comunidades não conheciam a lei, as oficinas foram realizadas para que povos indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais e agricultores familiares pudessem conhecer minimamente o teor dos artigos que seriam regulamentados. Já os usuários, o setor da indústria, principalmente, foram convidados para participar e dar opiniões em diversas reuniões. Não é certo, não foi justo, desde o começo.

2. Como você vê as previsões da lei que isentam os usuários de conhecimentos tradicionais associados de obterem o consentimento prévio informado das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação?

A lei traz um glossário que define termos os quais beneficiam os usuários. Nós não aceitamos o conceito de “conhecimentos tradicionais não identificados”. Para nós, comunidades detentoras do conhecimento tradicional, não existe um conhecimento tradicional “não identificável”, porque não dissociamos o patrimônio genético do conhecimento tradicional. Como podem conceituar um conhecimento tradicional associado não identificável sem ter consultado as detentoras desse conhecimento? Sem saber que estratégias temos para identificar o

nosso conhecimento? Conhecimento tradicional, para nós, se não tem “dono”, tem herdeiros. O nosso conhecimento não é mercadoria, mas uma herança familiar, coletiva e ancestral. Esse conceito foi a pedra fundamental para ocorrer o acesso ao conhecimento tradicional sem consentimento prévio!

3. Você considera corretos os limites impostos para a repartição de benefícios?

Também considero incorreto estabelecer limites, a começar porque não fomos consultadas; depois, a questão de agregação de valores e a definição que deram para que um elemento seja o principal elemento de agregação de valor [...] o conhecimento tradicional sempre será um fator principal de agregação de valor!!!! Também, o produto intermediário é uma aberração! As porcentagens de repartição de benefícios foram todas calculadas sem nos consultar. No acordo setorial para os usuários, a escolha da modalidade de repartição de benefícios ficou somente para o usuário!

4. Esta é uma lei de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

Não, esta é uma lei de proteção do mercado da biodiversidade, de reserva de mercado. Não há um artigo que proteja os conhecimentos tradicionais. Os órgãos de controle previsto não têm capacidade institucional sequer para dar conta das demandas existentes, não temos um órgão próprio para proteção dos conhecimentos tradicionais. Nem se discutiu um sistema *sui generis*...

5. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

Consulta pública aos Povos e Comunidades Tradicionais, povos indígenas e agricultores familiares; promoção de intensa mobilização sobre os termos de consentimento prévio livre e informado, incorporação dos termos de autoidentificação como povos indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais,

agricultores familiares. Ao conceituar esses termos, a lei nos destituiu de direitos, esvaziou o conteúdo político de nossas próprias identificações. Feito isso, essa lei deixará de dialogar com a lei nacional de Povos e Comunidades Tradicionais, com os marcos legais da agricultura familiar, e com os marcos legais dos povos indígenas. Esta lei não converge com os marcos legais relacionados com Povos e Comunidades Tradicionais, como, por exemplo, com o Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos. Este programa do Ministério da Saúde, da área farmacêutica, é o responsável por criar o medicamento “produto fitoterápico tradicional” para que as indústrias possam fabricar. Essa concessão foi um absurdo porque, certamente, agregarão valor ao produto pelo fato de ser “tradicional”, e somente as indústrias é que poderão fabricar. Nós denunciemos, na consulta pública que a ANVISA colocou na internet, mas a consulta foi relâmpago, e o Ministério da Saúde logo arrumou argumentos para justificar essa reserva de mercado. Quer dizer, as políticas não somente não convergem, como se contradizem, e subtraem direitos.

Enquanto isso, raizeiras, detentoras de conhecimento tradicional, que preparam remédios caseiros e fazem o uso sustentável e conservam a biodiversidade local, promovendo saúde e prevenindo doenças, contribuindo para o bem-estar das pessoas, doando, trocando ou vendendo os remédios caseiros em sua comunidade, tecendo uma rede de atenção solidária à saúde comunitária, são impedidas de exercer o direito de praticar a medicina tradicional, por ação da vigilância sanitária.

6. Quais as principais perdas de direitos derivadas desta lei?

Ficamos de fora na tomada de decisão. Não teremos qualquer órgão destinado a nos apoiar quando necessitarmos de assistência jurídica e técnica sobre temas que tivermos dificuldade. Não tem controle social, não temos condições

materiais para a rastreabilidade de nosso conhecimento que for acessado. A lei cuidou de colocar tudo em bancos de dados, e não nos concedeu sequer um Centro de Referências para o Conhecimento Tradicional, que nós tínhamos reivindicado. Não sabemos e nem saberemos como rastrear o nosso conhecimento depois que ele foi acessado. O conceito de “acesso” também é uma perda. Liberou geral para entrar em contato com o nosso conhecimento. Basta um cadastro... a partir daí, só se configura em “acesso” se render economicamente... um absurdo!

7. Comentários adicionais

A lei não discutiu nem nos orientou sobre propriedade intelectual, nem mencionou a possibilidade de um sistema *sui generis* de proteção do conhecimento tradicional. Este tema nos interessa bastante, e necessitamos de formação sobre isso.

Outra preocupação nossa relaciona-se com os gestores públicos locais (prefeitos, vereadores, juízes, professores, igrejas etc). Estes atores, que têm peso no cumprimento da lei e na tomada de decisão, também não participaram do processo de construção dessa lei, e precisariam de formação para se posicionarem quando forem demandados localmente pelas comunidades. Somente temos o MPF para recorrer.

CLÁUDIA REGINA SALA DE PINHO

COORDENADORA DA REDE DE COMUNIDADES TRADICIONAIS
PANTANEIRA

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/15 no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

A participação de Povos e Comunidades Tradicionais (PCTs) no processo de elaboração da referida Lei foi quase inexistente, não porque os PCTs não quisessem participar da

elaboração, mas porque não soubemos, não nos convocaram e, também, não nos consultaram de acordo com a Convenção n.º 169 da OIT. Ao menos nos foi comunicado, por meio da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, sobre a proposição, para que exercêssemos o poder de participação. Quando soubemos, ela já tinha sido enviada à Câmara dos Deputados pelo executivo, pela mesma instituição que era, à época, a secretaria executiva da CNPCT.

Depois deste fato, coube a nós, PCTs, correr atrás do prejuízo e, até mesmo, provocar o poder executivo, dizendo que queríamos participar do processo, que queríamos ser ouvidos, na época do PL, que nos dizia respeito e implicava diretamente em nossas vidas.

Esta proposição foi realizada junto ao MMA na COP - CDB, na Coréia do Sul, pelas representações de PCTs que lá se encontravam. Na ocasião, o secretario executivo do MMA se dizia muito arrependido de não ter ouvido a Comissão e as suas representações.

Propusemos, então, uma reunião na Comissão, para que a Instituição se posicionasse acerca da forma como se daria a participação da CNPCT nas discussões sobre o PL.

Mesmo insistindo na participação ativa, a nossa participação não foi a mais adequada, pois, no âmbito da Comissão, este não era um tema de domínio da grande maioria das lideranças. Mesmo que houvesse uma tentativa de discussão sobre o tema no âmbito da CNPCT, o tema está distante da nossa realidade e, portanto, também as nossas bases sequer tinham ouvido falar no referido PL. Assim, houve a necessidade de aprofundarmos o debate sobre o tema. Mas, como o PL foi colocado no regime de urgência, nos dispusemos a articular com os deputados federais, para que nossa voz fosse ouvida naquela casa. Algumas reuniões depois, o PL foi votado sem

considerar nossas proposições.

Quando foi submetida ao Congresso Nacional, nossa articulação e mobilização foi mais contundente, pois no âmbito da CNPCT foi criado um GT sobre o PLS, convidando e unindo forças com os povos indígenas e agricultores familiares, os três segmentos que estavam sendo afetados pelo PLS. Foi um momento importante, pois os três segmentos ao qual a lei se refere se uniram para fazer ecoar as vozes junto aos senadores.

Realizamos muitas reuniões com os senadores, e, principalmente, com o relator do PLS, e ainda foi organizado, pelo Senado, um seminário para debater o tema. Foram mais de 20 emendas sugeridas ao PL pelo relator e duas audiências públicas. Mesmo assim, a temática é, além de técnica, jurídica, o que dificultava nossa compreensão e a sua prática no nosso dia a dia.

Após aprovada a referida Lei, no dia da sanção pela presidenta Dilma, estávamos no Palácio do Planalto quando ela mencionou que, no processo de regulamentação, seria considerada a participação de Povos e Comunidades Tradicionais. A nossa ida nesta cerimônia foi alvo de crítica, até mesmo pelos movimentos afetados pela lei, pois a nossa posição, enquanto CNPCT, era dizer ao governo federal que, apesar de não sermos ouvidos, de não considerarem muitas das nossas reivindicações, estávamos sempre dispostos a brigar pelos nossos direitos.

No processo de regulamentação, tivemos uma melhor participação, pois, apoiados pelo MMA, realizamos oficinas nacionais com objetivo de conhecer a Lei e suas implicações nas nossas vidas, bem como discutir de que forma poderíamos nos apropriar do debate, sem que o governo brasileiro utilizasse esse mecanismo da oficina como consulta aos Povos e Comunidades Tradicionais. Foi uma discussão inicial, porém primordial, pois, à medida que os PCTs iam conhecendo seus di-

reitos, também havia indignação e cobrança para que o MMA considerasse as proposições no decreto de regulamentação.

O decreto de regulamentação não levou em consideração muitas de nossas propostas, que foram perdas irreparáveis na Lei, com garantia mínima de participação de PCTs no espaço do CGEN, dos sujeitos da Lei, o que representaria reconhecimento do papel que desenvolvemos na conservação, preservação, manejo e garantia da agro e biodiversidade nacional.

2. Como você vê as previsões da lei que isentam os usuários de conhecimentos tradicionais associados das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação?

Em relação a conhecimentos tradicionais não identificados, este foi um dos pontos que perdemos na proposição da Lei, pois temos a convicção de que todo conhecimento, de alguma forma, é identificado, e, que em todo patrimônio genético a ser explorado, sempre há conhecimentos tradicionais. Este não reconhecimento vai contra o que a mesma lei objetiva: proteção aos conhecimentos tradicionais.

O conhecimento tradicional pode não ser de apenas uma comunidade, mas é tradicional. Assim, a repartição iria para o Fundo Nacional de Repartição de Benefício - FNRB, onde pretendemos atuar efetivamente.

3. Você considera corretos os limites impostos para a repartição de benefícios?

A repartição de benefícios não ficou como propomos, porque a Lei deixou brechas para que os usuários que quiserem acessar reduzam os valores, ou, ainda, fiquem isentos da repartição de benefícios presentes nos artigos 2º, XVI, XVIII, 17, §3º, 18, §1º, e 25, §3º.

Em se tratando da exploração econômica de produto aca-

bado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, a brecha novamente fica a cargo dos usuários, e poderá se dar nas modalidades monetária ou não monetária. Ainda, em relação ao acesso ao patrimônio genético, o usuário poderá optar, no momento da notificação do produto, por uma das modalidades de repartição de benefícios.

Na modalidade não monetária, a grande discussão que fizemos nas oficinas regionais foi que, preferencialmente, esta se daria com a efetiva participação dos PCTS, povos indígenas e agricultores familiares, mas próximo do local de origem do Patrimônio Genético. Este tema será ainda amplamente discutido no CGEn, por meio da Câmara Temática e do Fundo de Repartição de Benefícios.

Ainda no caso de acesso a recursos genéticos, o veto presidencial amenizou a discrepância na repartição de benefícios não monetária, ficando fora da lei a possibilidade das indústrias escolherem o destinatário final.

4. Esta é uma lei de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

Não considero de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais, pelo simples fato de gerir sobre o patrimônio genético dissociado dos conhecimentos tradicionais. É uma lei que protege o patrimônio genético, garantindo o acesso, principalmente, dos usuários sobre os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade, desconsiderando o protagonismo de PCTs e agricultores familiares no processo de manejo, proteção e disseminação da biodiversidade. A nossa vontade sempre foi reconhecer que somos os guardiões da biodiversidade e que nossos conhecimentos tradicionais são heranças de nossos ancestrais e de nossos descendentes, sem deixar de lado que somos dinâmicos no tempo e no espaço, inovando e

criando alternativas de sobrevivência e adaptação ao longo do tempo. E essa Lei convida à exploração econômica dentro de visões e estratégias embasadas no capitalismo verde, de mercantilização da Natureza e no avanço da fronteira desumanizadora sobre nossos conhecimentos tradicionais, ancestrais e históricos, transformando bens comuns em recursos monetários ou mercadoria.

5. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

A lei não faz distinção e não garante quando o usuário for oriundo de Povos e Comunidades Tradicionais, no caso das farmácias tradicionais, produtos tradicionais que serão comercializados, pois sempre lutamos pelo direito de comercializar, ou doar, trocar e outras formas, a nossa produção, que, originalmente, tem conhecimento Tradicional Associado, que resultaria no fortalecimento das nossas práticas e da medicina tradicional.

Faltou garantir, de fato e de direito, o reconhecimento de Povos e Comunidades Tradicionais, Povos indígenas e agricultores familiares na gestão de recursos genéticos e agrobiodiversidade do nosso País, a começar pelo respeito às nossas proposições ao longo do PL e, depois, na discussão do Decreto de regulamentação.

6. Quais as principais perdas de direitos derivadas desta lei?

Retrocesso jurídico no conceito de População Indígena, que contraria os marcos legais e a luta e conquista histórica dos Povos Indígenas e, ainda, das comunidades tradicionais e agricultor tradicional, contrariando o conceito já estabelecido de agricultores familiares reconhecidos na Lei da Agricultura familiar 11.326/2006.

Outra perda significativa foi no termo origem não identificável, onde muito dos nossos conhecimentos tradicionais não

se impõe a apenas uma comunidade; portanto, ele não pode ser comparado a um conhecimento público, como se não tivesse origem e “donos”. Assim, o acesso a estes conhecimentos necessita, sim, de consentimento prévio, livre e informado a todos os envolvidos.

Ainda vale mencionar, em relação aos elementos principais de agregação de valor ao produto, considerarmos que deveria garantir a repartição de benefícios, em qualquer elo da cadeia produtiva, não só no produto final, mas quando este elemento conferir ou dar consistência às características funcionais, ou, até mesmo, apelo mercadológico ao produto final ou intermediário.

7. Comentários adicionais

Ainda temos a prerrogativa, de quando não nos sentirmos confiantes com os usuários que quiserem nossos conhecimentos, de negar o acesso. Mas considero importante ressaltar que o conhecimento e a disseminação de informações são elementos essenciais para garantir que os PCTs possam decidir sobre essa questão.

A construção de uma aliança entre os Povos e Comunidades Tradicionais, Povos Indígenas e Agricultores Familiares foi crucial para a articulação, mobilização e andamento das discussões acerca desta lei e do seu decreto de regulamentação, o que possibilitou uma vitória significativa no pedido de veto, mesmo sendo atendidos somente três dos nove solicitados à Presidenta Dilma.

Precisamos, enquanto Povos e Comunidades Tradicionais, garantir que haja cada vez mais a participação destes segmentos no espaço do CGEN, bem como conhecimentos e informações sobre assuntos relacionados à Lei. Ainda trago, nesse conjunto, que somente o rastreamento das informações que estarão no cadastro (SisGen) possibilitará que nossos conheci-

mentos não sejam ignorados e, tão pouco, sejamos usurpados das repartições de benefícios que nos confere a Lei.

EWÉSH YAWALAPITI WAURÁ

ETNIA YAWALAPITI/WAURÁ

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/15 no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

Sabemos que, em quaisquer elaborações de leis ou projetos governamentais relativos aos povos indígenas, estes nunca tiveram uma participação efetiva sequer para discutir e debater sobre quais as reais finalidades e benefícios que trarão aos povos. Talvez tiveram os órgãos governamentais de representação, como a FUNAI, mas que seguem o mesmo pensamento do governo, que se omite a prestar quaisquer esclarecimentos aos povos que realmente sofrerão o impacto.

Na elaboração da referida lei, não foi diferente. Os povos não tiveram sequer participação efetiva, ou estavam sabendo da tramitação desta lei. Muitas pessoas só ficaram sabendo após já ter sido publicada a lei. Percebe-se, portanto, mais uma vez, que o governo continua desrespeitando e passando por cima de qualquer vontade, não só dos povos indígenas, como, também, de comunidades tradicionais que se encontram na mesma situação – mesmo diante das garantias de consulta prévia resguardada pela Convenção 169, da OIT, da qual o Brasil é signatário.

2. Como você vê as previsões da lei que isentam os usuários de conhecimentos tradicionais associados de obterem o consentimento prévio informado das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação?

No que concerne à isenção: embora não identificáveis, se os conhecimentos tradicionais foram obtidos em determinado local ou região, tem que se consultar necessariamente os povos que habitam aquela região, não simplesmente ignorar a comunidade, até porque, se não são identificáveis, não significa que aquilo não seja de ninguém só porque não houve registros ou publicação em artigos. De certa forma, aquele conhecimento tradicional vai ser de algum povo, com ou sem registros. Essas são previsões de lei, que, mais uma vez, fere consulta prévia de ter um livre acesso sem, ao menos, precisar de um consentimento prévio. Na minha concepção, essa é uma das previsões, que só tende a favorecer os usuários a obterem uma vantagem em relação aos povos sobre seus conhecimentos tradicionais. O mesmo ocorre com conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação, porque, de qualquer forma, o conhecimento teve origem da comunidade daquela localidade ou região.

3. Você considera corretos os limites impostos para a repartição de benefícios?

Quanto aos limites de repartição dos benefícios, vimos que a lei é bastante restritiva e desproporcional na distribuição dos benefícios que visam ao lucro apenas àqueles que exploram economicamente os produtos daquele acesso. E, certamente, as comunidades tradicionais acabam perdendo mais uma vez com isso, uma vez que não terão os mesmos benefícios dos que exploram os produtos oriundos dos conhecimentos tradicionais.

4. Esta é uma lei de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

É claro que, na ótica jurídica, seria uma proteção à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais, para diminuir a exploração ilegal e biopirataria, o que tem ocorrido constante-

mente; o que faria com que a exploração pelas pesquisas científicas ocorresse nos limites estabelecidos pela lei. Todavia, na ótica política e econômica, seria mais uma estratégia de infiltração de exploração sem limites das grandes empresas cosméticas, farmacêuticas e bancadas de agronegócios. Percebe-se que esta lei está voltada mais para a exploração econômica, não levando muito em consideração os verdadeiros detentores dos conhecimentos tradicionais.

5. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

Embora a lei coloque participações aos detentores dos conhecimentos tradicionais, ainda há muitas restrições. A participação deve começar a partir da construção da própria lei e deveria haver todo e qualquer envolvimento quando se tratar dos seus interesses. Se a lei foi criada para desburocratizar o marco legal da biodiversidade e conhecimentos tradicionais, nada mais seria justo do que abranger todos, e, não, apenas unilateralmente. Portanto, a lei deveria ter previsto todo e qualquer envolvimento dos povos interessados.

6. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

As principais perdas dos direitos derivados desta lei são, sem dúvida, a desvalorização dos conhecimentos tradicionais. É retirado o direito de propriedade sobre determinados conhecimentos que haviam se preservado ao longo do tempo. E quando perdem, não são correspondidos satisfatoriamente.

ORIEL RODRIGUES DE MORAES

QUILOMBO IVAPORUNDUVA, VALE DO RIBEIRA-SP

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/15 no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

Primeiramente, há de se considerar a participação. Às vezes, acontece que quem participa de um debate importante

no caso da lei não consegue acompanhar o debate em pé de igualdade nos palavreados técnicos, que, muitas vezes, são utilizados no âmbito desses debates. Os quilombos geralmente saem prejudicados, porque não foram devidamente instruídos do que estava em jogo. Sendo assim, nossa participação acaba sendo uma pseudoparticipação.

Digo de outra maneira: o debate sobre conhecimentos tradicionais associados a patrimônio genético ainda não foi incorporado pelos quilombos Brasil afora.

2. Como você vê as previsões da lei que isentam os usuários de conhecimentos tradicionais associados de obterem o consentimento prévio informado das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação?

Uma diminuição de direitos de garantias de resguardar direitos, que é o grande debate da CDB. Além de que, o entendimento sobre o consentimento, que tem que ser livre prévio e informando. A ideia de livre é que os detentores de CTA estivessem suficientemente esclarecidos na hora de aceitarem compartilhar seus conhecimentos.

3. Você considera corretos os limites impostos para a repartição de benefícios?

Em parte, eu particularmente acho a Medida Provisória anterior mais benéfica para o povo quilombola do que a Lei no limite que restringe mais o acesso à CTA.

Esses limites da Lei foram prejudiciais para os detentores e não para quem acessa CTA, porque conseguiram se isentar de cumprir a consulta livre prévia informada aos povos detentores.

4. Esta é uma lei de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

A meu ver, não. Ela parece que mais permite do que dá proteção. Contudo, no momento em que atravessa o Brasil, numa leitura em que o meio ambiente passa a ser o grande vetor econômico e que tudo deve ser apropriado economicamente para favorecer o capital, chego a pensar que as grandes empresas de fármacos e cosméticos ficaram bastante satisfeitas.

5. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

O consentimento livre, prévio e informado, considerando a diversidade de recursos biológicos relacionada a patrimônio genético, em que os detentores nem conhecem seus direitos.

São saberes muitas vezes ancestrais, que carecem de maior proteção e não devem ser apropriados pelo capital.

6. Quais as principais perdas de direitos derivadas desta lei?

Perdemos o direito de dizer não, na medida em que não estamos suficientemente esclarecidos diante da oferta de repartir benefícios. A proposta do Fundo vai colocar indígenas, quilombolas e demais parentes disputando migalhas.

7. Comentários adicionais

Sobre o Fundo Nacional de Meio Ambiente, nunca conseguimos saber exatamente de que se trata, razão pela qual minha discordância relacionada ao tema.

Os protocolos comunitários são questões que ainda não foram discutidas no seio das comunidades e carecem de maior debate sobre a metodologia mais adequada às realidades das diversidades de povos indígenas, quilombolas e demais Povos e Comunidades Tradicionais.

SILVANETE MATOS CARVALHO²

ASSOCIAÇÃO EM ÁREAS DE ASSENTAMENTO DO MARANHÃO

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/2015, no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

Bom dia, meu nome é Silvianete, eu trabalho na ASSEMA, na secretaria executiva, e, aqui, o que a gente conseguiu compreender é que esse processo de elaboração não se deu a partir de troca de ideias, de experiências em consultas com os grupos detentores do conhecimento tradicional, com os movimentos. Ele foi feito muito, em grande parte, pelas empresas, que estavam participando diretamente, e por parte do governo. A gente sentiu muita falta de ter espaço para discutir a Lei, para que as pessoas das comunidades opinassem sobre o que estava sendo acordado como Lei, porque, afinal de contas, são pontos que mudam a vida das pessoas, não é? Em relação ao acesso ou não do conhecimento tradicional, dizem respeito diretamente à vida das pessoas que têm relação com esse patrimônio genético, então a Lei pareceu autoritária, não é? Foi feita sem consulta e as comunidades se sentiram bem excluídas do processo.

2. Vocês chegaram a debater sobre isso aqui na ASSEMA?

Sim, a gente tem representantes, por exemplo, no CONSEA, na Comissão de Povos e Comunidades Tradicionais e acesso aos outros grupos, que estão mais no centro das informações em Brasília, como exemplo. E o que a gente ouvia de comentários era por grupos de e-mail, por algum documento repassado, tipo assim: “O quê que tá acontecendo?”. “Tá

² Entrevista concedida à pesquisadora Anny Linhares, membro do Grupo de Pesquisa Direito e Conhecimento (UFPA), em setembro de 2016, em Pedreiras, Maranhão.

acontecendo isso, isso, isso”. “O que está em debate?” “Tá em debate retirar artigo tal e colocar tal ideia”, mas sempre coisas que já estavam acontecendo dentro de um grupo pequeno, nunca tipo uma consulta: “O que que o movimento acha disso?”, “o que que a comunidade, as quebradeiras de coco, por exemplo, acham disso?” Então, ouvíamos falar do que já estava acontecendo, o que estava em disputa entre o grupo que estava discutindo.

3. A ASSEMA não recebeu nenhum convite para participar das discussões oficialmente?

Não, oficialmente não. A gente participou de outras discussões paralelas, da universidade com outros movimentos, mas nunca diretamente nesse grupo. Acho que, talvez, o Ronaldo tenha participado, porque o Ronaldo é representante do grupo de agricultura orgânica, nosso representante do grupo de agricultura orgânica. Acho que ele esteve, no máximo, em um encontro em que se discutiam essas questões.

4. Aqui no Maranhão mesmo?

Não, em Brasília. Aqui no Maranhão a gente não teve nenhuma discussão sobre isso.

5. Certo. Como você vê as previsões da Lei que isenta os usuários de conhecimentos tradicionais associados em terem o conhecimento prévio informado das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e à alimentação?

Eu acho que parecem duas perguntas em uma, não é? Na primeira parte, a nova Lei isentou, ou seja, não é mais obrigatório, aos usuários, o conhecimento tradicional obter o consentimento prévio, não é? Então, isso foi um retrocesso completo em relação ao que tinha na Medida Provisória e em relação ao que vem acontecendo, porque, na verdade, legitimou

uma prática que as empresas e os laboratórios já adotavam. Na verdade, eles já faziam isso, eles já... primeiro, obtinham o conhecimento, desenvolviam um produto, faziam uma pesquisa e desenvolviam um produto e só depois é que iam protocolar junto ao CGEN e faziam todo o processo que deveriam ter feito antecipadamente. Ou seja, ninguém desconfia, do nada, que um ativo da biodiversidade vai dar como bom hidratante, ou como bom lubrificante, como bom... entendeu? Ninguém desconfia do nada, então, já existe alguma informação prévia que esse pesquisador, essa empresa detém, que ele vai só aprofundar. Eles já faziam isso e a Lei legitimou isso; agora ela desobriga completamente, não é? Então, isso foi muito ruim para as comunidades, porque as poucas vitórias que se tinham, isso dito em relação à repartição de benefícios de empresas que tinham agido sem esse consentimento prévio, elas foram por água abaixo agora, não é? Porque a gente não tem uma referência. Estão perdoadas, as empresas estão perdoadas. Na verdade, “elas agiram certo” e, agora, a Lei legitimou. Então, para as comunidades, ficou mais uma vez uma desigualdade na luta pela conservação do conhecimento tradicional. Já era desigual a luta entre empresas e comunidades pela falta de informação, pela falta de instrumento jurídico que orientasse, pela falta de comunicação; já era desigual e, agora, ficou mais ainda, porque não há mais a obrigação [de obter consentimento prévio]. Mas, agora, por outro lado, as comunidades também não têm obrigação de entregar o seu conhecimento para as empresas. Assim, o que eu acho que as comunidades teriam que fazer agora é decidir o que é inegociável, por exemplo: eu tenho um conhecimento tradicional enquanto quebradeira de coco babaçu, as quebradeiras têm esse conhecimento e elas precisam decidir, entre elas; elas têm o livre arbítrio para decidir e dizer “olha, eu sei disso, mas eu não sou obrigada a falar”, então, eu acho que o instrumento com que a gente tra-

balha agora, a gente do movimento trabalha, é isso, por quê? Porque nós não temos mais proteção, não temos mais garantia de repartição de benefício, nem de que esse conhecimento vai ser conservado para outras populações futuras, outras comunidades futuras, não é? Para sua cultura, para os seus descendentes, então, há coisas que as quebradeiras dizem: “Ah! Eu sei fazer isso com o babaçu, mas eu não vou ensinar, pra quê? O que que eu vou ganhar com isso?”. Eu acho que também é um trunfo que as comunidades têm – agora, claro que isso depende muito do grau de consciência que cada comunidade vai ter, porque tem comunidade... o normal das comunidades é a hospitalidade com as pessoas que vêm de fora, é repartir o seu conhecimento, é transmitir. O normal é que as pessoas façam isso, porque elas não maldam, não têm maldade para elas ensinarem como é que faz um determinado remédio, um determinado alimento que é bom, porque é um conhecimento que elas estão passando e vai ajudar outras pessoas, então elas não têm maldade nisso, mas as empresas têm, as empresas, os laboratórios, e a gente está dizendo, conversando com as comunidades: “olha, o conhecimento que vocês têm é de vocês, vocês devem compartilhar esse conhecimento com aquelas pessoas em quem vocês confiam, aquelas pessoas que... vocês têm que entender para que é que esse conhecimento está sendo utilizado principalmente, não é?” Mas é muito difícil, porque, na maioria das vezes, falam tranquilamente.

6. Até pela maneira também como as empresas vão chegando...

Vão chegando, querendo comprar as pessoas, fazendo trocas, tipo assim, compara que “antes você vendia... você nem vendia sua amêndoa e agora eu tô aqui com um contrato pra venda da sua amêndoa, do seu mesocarpo sempre, sua renda vai aumentar”. Então é uma forma de burlar né? De esconder a

verdadeira intenção e de comprar mesmo, de subornar, eu diria que subornar! Na verdade, o termo é suborno, não é? Porque a pessoa pensa que você tem uma intenção e, na verdade, é outra, em troca disso me dá uma coisa e pronto.

7. Um valor ínfimo, perto dos lucros que a empresa pode ter...

É, que a comunidade não tem nem ideia, não é? Não tem nem ideia de que uma simples informação que você deu sobre uma erva, uma raiz ou uma fibra, a empresa pode utilizar para auferir lucros altíssimos e a comunidade nunca vai saber, muito menos vai ter acesso àquele produto.

8. Exatamente. Você considera correto os limites impostos pela repartição de benefícios?

Eu ainda não entendi o que é esse “limite”. Ah! O limite percentual e tudo?

9. Não, porque agora houve algumas mudanças sobre a maneira como os benefícios são repartidos...

Do fundo? Que tem a questão do fundo.

10. Isso, exatamente.

Tá.

11. Agora não é mais direto para as comunidades...

Sim, sim, entendi. É, na Medida Provisória anterior a empresa... só para ver se é isso... o próprio grupo detentor do conhecimento ou que deu acesso à matéria-prima, ele recebia isso em benefício dele ou do grupo coletivo, ou de alguma coisa assim. Agora não, agora foi criado um fundo onde esse benefício vai para um fundo. Eu... assim... eu acho que a ideia do fundo pode ser boa, mas, também, pode ser ruim – dependendo de como esse fundo vai ser gestado, como é que vai ser a política de acesso desse fundo? O grau de burocratização de acesso desse fundo? Então, a pergunta é: quem pode, do ponto

de vista mesmo de ter condições, acessar? Porque, a exemplo de outros fundos que já existem, é altamente burocrático. Assim, não quero dizer que não tenha que ser transparente. Acho que tem que ser transparente, não precisa ser burocrático excessivamente, você pode ter um fundo com acesso tranquilo e transparente, mas alguns fundos, ele são para pessoas, para grupos ou organizações que têm uma estrutura administrativa; às vezes tem que ter legalidade jurídica, fiscal, capacidade de administrar, capacidade de execução. Assim, as comunidades, algumas, poderão ter isso, mas a maioria delas não têm. A gente vê que, para acessar uma própria política pública, se não houver alguém ajudando, organizando ou atentando para os problemas que podem ter ou não em relação àquele tipo de recurso – pode ser uma armadilha – elas podem ficar, por exemplo, inadimplentes e nunca mais ter acesso a nada. Então, vai depender muito de como o fundo vai ser gestado, que tipo de instrumento legal vai ser utilizado para dar acesso, porque eu tenho muito medo de que as comunidades que realmente têm os conhecimentos e que vão alimentar esse fundo não tenham acesso nenhum! Pode ficar lá um fundo milionário, paradinho, ano após ano, e, simplesmente, dizer assim: “Ah, o fundo foi criado e ninguém acessa”. Mas, por que ninguém acessa? É como se você tivesse uma política extremante burocrática para ser acessada, o que torna a tarefa inviável. Ela fica, então, engavetada. É um tipo de política que não serve para nada, é como os fundos, há muitos fundos que não servem para nada, que ficam ali paradinhos, ano após ano.

12. E não beneficia a comunidade diretamente do conhecimento...

Pior é isso, principalmente isso, não beneficia diretamente a comunidade que teve o acesso.

13. Esta é uma Lei de proteção à biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

Eu acho que é uma Lei de comercialização dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade porque ela mais incentiva o comércio do que a proteção. Quando você vê a desobrigação de ter o conhecimento prévio, quando você vê a desobrigação de contribuição direta com a comunidade, percebe que há vários pontos da Lei em que o incentivo à comercialização das riquezas da biodiversidade é maior do que a proteção, talvez alguma política, alguma proposta ou alguma ideia que vá ser implementada pelo fundo vá conseguir proteger. Mas, assim, eu vejo uma coisa complicada, porque é como se a responsabilidade de proteger o conhecimento tradicional e patrimônio genético ficasse na mão só da comunidade. Então, a empresa vai lá, atua de acordo com a Lei, ganha o dinheiro dela, dá um pouquinho de dinheiro e diz: “tá aí, agora o dinheiro tá aí no fundo, vocês acessam, se virem pra resolver o problema que eu [empresa] causei”, não é? Por exemplo, o fundo pode ter um projeto de mitigação dos riscos ou de proteção dos conhecimentos tradicionais, mas a empresa vai continuar fazendo a mesma coisa lá do outro lado. É preciso considerar que a responsabilidade de proteger aquilo que está sendo ameaçado não é da empresa, é da comunidade que está lá e que sempre o protegeu, não é? Então, eu acho que a legislação não protege, ela comercializa.

14. Certo. E o que esta Lei deveria ter previsto e não previu?

Isso, a proteção é a lacuna. Eu acho que uma coisa que ela deveria ter previsto é justamente o contrário do que está aí; é um benefício direto para aquela comunidade que está sendo acessada, para aquele conhecimento que está sendo acessado, de responsabilidade aí compartilhada, responsabilidade do go-

verno, responsabilidade da empresa, da empresa que acessou e da comunidade. Deveria haver diferentes formas de proteção, de empoderamento das comunidades, de autoestima, proposta de desenvolvimento socioeconômico, inclusive das comunidades. Acho que deveria, também, prever políticas, não é? Políticas de proteção aos territórios que têm essa sócio-biodiversidade, políticas públicas mesmo, que possam estar sob domínio dos estados, da União, que pudesse ter uma visão mais ampla sobre essa biodiversidade. Políticas, também, que pudessem desenvolver os arranjos produtivos, não é? A partir delas, você pode ter, por exemplo, o babaçu, o açaí, a castanha-do-Pará, ..., mas as políticas de desenvolvimento da cadeia produtiva deles, no sentido de uma economia viva, renovável e sustentável, você não tem. A gente teve o plano nacional da biodiversidade e os planos estaduais, mas ambos quase não saíram do papel, estão lá, no MMA. Um pouquinho se arrastou nos dois primeiros mandatos populares do Lula e da Dilma, depois, pronto: engavetou-se e hoje estão... não sei nem o que vai acontecer, porque há várias outras leis, que passam por cima do plano é como se não existisse mais plano.

15. Está só no papel...

Está só no papel, então, as políticas... a Lei deveria prever políticas públicas de proteção.

16. Quais as principais perdas de direitos derivadas dessa Lei? Até comentastes algumas.

Em relação à perda de direitos da comunidade, não é? Retrocessos, não é? Porque, na verdade, na Medida Provisória, as comunidades que tiveram essas relações com as empresas já tinham tido acesso ao benefício direto e feito inúmeras melhoras dentro da sua comunidade, então perdeu esse direito. Agora não tem mais a obrigação de consentimento prévio e direito de implementar retornos para a sua própria comunidade. Está

perdido, não é? O direito, também, de participação direta, já que não tem mais a obrigação de consentimento prévio, então as comunidades não sabem mais o que está acontecendo, não sabem dizer o que vai acontecer. Por exemplo, a cooperativa pode vender um óleo ou um mesocarpo; como ela vende, ela é um empreendimento comercial. É coletivo, mas é comercial, e ela vai continuar a vender, mas ela não tem mais como saber o que está acontecendo com sua matéria-prima porque as empresas não têm mais a obrigação de protocolar e nem de informar. Me parece que, com relação a isso, há uma diferença entre conhecimento tradicional e patrimônio genético. Quando é conhecimento tradicional, eles precisam protocolar, não é isso? E quando é patrimônio genético, não. Ocorre, aí, uma perda significativa do direito que a gente sempre discutiu – desde quando houve os casos com a cooperativa com relação à Natura, e, agora, com a CRODA, também, com as duas cooperativas [COPAESP e COPALJ], foi desassociado o patrimônio genético do conhecimento tradicional. Então, assim, eu não consigo explicar para as quebradeiras que o fato de elas quebrarem a amêndoa e produzirem o óleo, não tem nada a ver com o conhecimento que elas acumularam, que foi passado de gerações até chegar a elas. Por exemplo, eu não sei fazer nada disso, não é? Muitas pessoas que estão nas comunidades não sabem também, são outros grupos, não é? As comunidades foram se misturando, mas há um grupo que detém esse conhecimento, de qual é a palmeira boa, de qual é o coco bom. Então, não consigo entender. Porque acessar a amêndoa, acessar o óleo, acessar o mesocarpo, é acessar praticamente o conhecimento que fez com que aquele produto ficasse daquela forma, o manejo, como é que conserva as palmeiras, não é? Uma perda de direito foi essa: desassociar o patrimônio genético do conhecimento tradicional foi um retrocesso muito grande, muito grande, porque, na prática, uma coisa não existe sem a outra;

se você não tiver o conhecimento de conservação, você não vai ter o babaçu.

17. Verdade. E isso é muito forte, né? Você quer fazer algum comentário livre?

Eu acho que é interessante a gente sempre relembrar o seguinte: embora tenha a Lei, nem tudo está perdido, porque as leis estão aí, mas se elas não servem para as populações, para as comunidades, não precisa seguir essa Lei, não é? Então, eu acho que o movimento social, as comunidades tradicionais não devem se acomodar só porque há uma lei como essa. Por exemplo, se uma empresa chegar, de acordo com a Lei, mas eu não reconheço essa lei como legítima para proteger o meu conhecimento, nem o meu patrimônio genético, a própria comunidade da qual faço parte pode construir a “lei” dela, que, na verdade, são as boas leis. Elas sempre vieram depois de uma boa prática, dos protocolos comunitários, das conversas, dos acordos que as comunidades têm entre si. Isso foi o que deu origem às boas leis, leis que são, de fato, executadas, mas as leis que são criadas por cima disso, ou entre gabinete, ou entre juristas, ou entre empresas que defendem seu próprio interesse, são leis que não representam as populações, as comunidades. Então, eu acho que as comunidades tradicionais e os movimentos têm todo o direito de levantar, sim, uma bandeira paralela, de construir seus protocolos de convivência paralela a essa Lei. Não precisa aceitar essa Lei! Porque ela não representa os direitos, não defende o direito das comunidades! A Lei vai servir para quem a cria, então, se as comunidades não fizeram essa Lei, acho que elas têm total direito de desconhecê-la. Neste ponto, acho que a ASSEMA, junto com as organizações, cooperativas, associações, quebradeiras de coco, juventudes que têm relação direta com o extrativismo do babaçu, devem apoiar esse movimento paralelo, paralelo à Lei, porque nós não ve-

mos nenhuma vantagem, nem uma sintonia entre essa Lei e o que as comunidades estão vivendo hoje e suas necessidades. Isso é muito, muito, muito ruim. Nós tivemos recentemente uma formação, mas que enfocou justamente isso, não é? Perda de direito. Aqui foi assim. E nós? Estamos sempre perdendo.

18. Está certo, obrigada!

ALMIRES MARTINS MACHADO

LIDERANÇA INDÍGENA GUARANI

1. Como você avalia o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 13.123/15, no que se refere à possibilidade de participação das comunidades?

A elaboração do que hoje é a Lei 13.123/15 não levou em conta outro interesse senão o das grandes empresas de fármacos e da academia; os primeiros rascunhos do que foi apresentado eram muito piores do que se lê na lei aprovada. Se a atual é ruim, imagine as primeiras propostas, que tomavam as comunidades provedoras do conhecimento tradicional associado à biodiversidade como um gigantesco banco de memória, onde se entra e acessa o que bem se entender, sem nenhuma satisfação ou contrapartida.

Quando íamos participar das Conferências das Partes (COPs), eventos da ONU, no Fórum Indígena Internacional, que é um órgão assessor da secretaria da Convenção da Biodiversidade (CDB), não tínhamos o que argumentar em relação à forma como o Brasil estava agindo quando se tratava da substituição da MP 2186-16, pois o projeto de lei, e, hoje, a atual 13.123, corria em algo semelhante a segredo de Ministérios. Ninguém de nós, povos indígenas ou comunidades tradicionais, tinha acesso ao mesmo e assim foi por bom tempo; chegou pronta.

O governo, as empresas de fármacos e a academia tiveram

cerca de 150 reuniões para discutir o projeto de lei. Conosco, povos indígenas e comunidades tradicionais e outros, foram somente 06 (seis) reuniões, contando a última, em outubro de 2015. Em protesto e repudiando tal ato do governo, quando nos convocaram para tão somente justificar o que já estava pronto e aprovado, abandonamos o recinto da reunião, para não compactuarmos com o normaticídio de nossos direitos, entre os quais a propriedade intelectual.

Dessa forma, nossa participação foi mínima ou quase nula na elaboração da mesma e, em relação à consulta, foi aberta a sugestões e pareceres de todo e qualquer cidadão interessado no tema, porém, pela internet. Se, nas cidades grandes, a internet é ruim, imagine para quem mora nas aldeias, quilombos, Resex, entre outros, onde nem mesmo tem energia elétrica. Participação e consulta livre, prévia e informada, praticamente nada.

2. Como você vê as previsões da lei que isentam os usuários de conhecimentos tradicionais associados de obterem o consentimento prévio informado das comunidades nos casos de conhecimentos tradicionais não identificados e conhecimentos tradicionais associados à agricultura e alimentação?

Penso que tudo foi planejado tendo como objetivo favorecer tão somente os usuários, considerando que, em se tratando de patrimônio genético em condições *in situ*, dificilmente estará na condição de “não identificável”, seja na forma de produto acabado ou intermediário.

Agrava-se a situação, quando se tenta suprimir o direito do agricultor, seja ele indígena ou de comunidade tradicional, de ter sua roça ou plantação, com semente crioula, para dar o monopólio às grandes fornecedoras de sementes geneticamente modificadas, criando uma escravidão tecnológica, conside-

rando que as mesmas só germinam uma vez; depois, se quiser plantar novamente, a semente à disposição seria a transgênica ou híbrida. Quanto aos bancos de germoplasma, não estavam claras as formas de acesso por parte desses agricultores tradicionais. A produção de alimento orgânico ou sem ser geneticamente modificado estaria, desse ponto de vista, comprometido, agravando a fome que já assola muitas partes do mundo.

Da forma como está na lei, esse acesso por parte dos usuários é um nítido não, ao direito de dizer **não**, para o acesso a esse conhecimento tradicional associado à biodiversidade pelos usuários.

3. Você considera corretos os limites impostos para a repartição de benefícios?

Não. Devem ser revistos.

4. Esta é uma lei de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais?

Não protege a biodiversidade e nem os conhecimentos tradicionais associados a esta, pois, os que com ela convivem, perderam o direito ao silêncio, de dizer não ao acesso.

5. O que esta lei deveria ter previsto e não previu?

São muitas falhas, mas concordamos com a pauta que foi levada pelo Ministério Público e que causava muita discussão nas oficinas regionais.

PONTOS DE DESTAQUE PARA A REGULAMENTAÇÃO DA LEI n.º 13.123/2015:

- Composição do CGEN (paridade dentro do governo e na sociedade civil).
- Composição do CG-FNRB (paridade entre governo e PCTs).
- Disponibilização de assessoria técnica e jurídica aos conselheiros representantes de Povos e Comunidades Tradicionais e agricultores tradicionais (PCTs).

- Competência da Câmara Setorial de PCTs para certificar a (in)existência de acesso a conhecimentos tradicionais associados a patrimônio genético e à identificação da origem do conhecimento tradicional (CT) acessado.

- Especificação do conceito de “origem”, em conformidade com a Convenção de Diversidade Biológica, de tal forma, que a titularidade legítima do conhecimento tradicional presuma a própria origem do conhecimento.

- Fase de validação do cadastro de acesso a patrimônio genético pela Câmara Setorial de PCTs.

- Conceito restritivo de agricultor familiar tradicional.

- Reconhecimento explícito, no decreto, que deriva do direito de consentimento prévio o direito dos provedores de negar o acesso a conhecimentos tradicionais de origem identificável (art. 9º da Lei).

- Reconhecimento explícito, no decreto, do respeito aos conhecimentos tradicionais geneticamente intrínsecos/internalizados.

- Presunção de acesso a conhecimentos tradicionais quando há acesso a patrimônio genético com CTs geneticamente intrínsecos/internalizados.

- Explicitação que as cláusulas legais de isenção ou diminuição da repartição de benefícios não alcançam os casos de existência de conhecimentos tradicionais de origem identificável.

- Explicitação da interpretação *a contrario sensu* do art. 9º, §3º, da Lei, no sentido de que quando o “acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas” for de origem identificável, é necessário o consentimento prévio informado por provedor/detentor do conhecimento.

- Consulta necessária à Câmara Setorial de PCTs (que deve ter poder de veto) nos casos de acordos setoriais que diminuam

o percentual da repartição de benefícios em caso de acesso a PG sem CTA de origem identificável.

- Explicitação do dever de cadastro (dever acessório) para os usuários de PG isentos do dever de repartição.

- Explicitação da responsabilidade subsidiária das empresas intermediárias pela repartição de benefícios, nos casos de inadimplemento das empresas responsáveis pelo produto final.

- Regulamentação estrita dos prazos abertos estabelecidos no arts. 12, §2º e 16, I, §2º da Lei.

- Reconhecimento de que o sigilo empresarial não pode ser de nenhuma forma imposto aos membros da Câmara Setorial de PCTs.

- Explicitar, conforme veto do §10 do art. 17, que é devida a repartição de benefícios ainda em casos de acesso antigo, desde que a exploração econômica seja contemporânea.

- Explicitar que o percentual de repartição de benefício previsto nos arts. 20 e seguintes não alcança os casos de acesso a conhecimentos tradicionais de origem identificável.

- Estipular que o resultado das multas impostas e pagas conforme estabelece o art. 27 da Lei deve ser destinado ao FNRB e o processo deve estar a cargo do IBAMA/MMA, com recurso somente para o CGEN.

- Estipular que os termos de compromisso previstos nos arts. 39 e seguintes da lei devem contar com a anuência da Câmara Setorial de PCTs.

- Estipular que os CURBs vigentes e eficazes no momento da edição do decreto devem ser reformulados no prazo de 90 dias após a publicação do decreto.

6. Quais as principais perdas de direitos derivadas desta lei?

Penso que os dois principais direitos afetados, negados, são:

- a) direito de ser consultados;

b) o direito de dizer não ao acesso e à pesquisa.

7. Comentários adicionais

CARTA ABERTA DA OFICINA NACIONAL EM BRASÍLIA/DF

Nós, Povos Indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais presentes, entre os Veja o que, conjuntamente, decidimos:

Nos dias 19 e 21 de outubro de 2015, na oficina nacional referente à Lei 13.123/2015, que trata sobre acesso aos conhecimentos tradicionais, patrimônio genético e repartição de benefícios, viemos, por meio desta, repudiar a forma como o Estado brasileiro tem conduzido a discussão.

Primeiro, por violar nossos direitos constitucionais garantidos na Carta Magna de 1988, pela legislação ordinária e por Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, tais como Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção da Diversidade Biológica; Convenção sobre a Diversidade de Expressões Culturais; Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direitos dos Povos Indígenas e Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, de forma subversiva e demoníaca em razão desse cenário que ameaça a existência de absolutamente todas as populações indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais, os quais constituem a base da soberania e democracia constitucional do País.

Segundo, por burlar a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, no que concerne ao direito de consulta livre, prévia e informada, também endossado nos acordos acima citados.

Terceiro, pela recusa em nos apresentar a minuta de

que trata a regulamentação da referida lei, o que implica diretamente a obstrução da própria Constituição Federal, além dos acordos internacionais já mencionados.

Portanto, nestes termos, que fique claro que todas as oficinas regionais sobre a referida Lei não podem, tampouco devem configurar, sob hipótese alguma, caráter consultivo, visto que estas não preenchem os requisitos exigidos de como deve ser para uma consulta pública. E, ainda, o desdém com que se referem a nós.

Estamos vivenciando um dos momentos mais genocidas da nossa história, declaradamente por meio de grandes projetos, grilagem de terras, expropriação e invasão, assassinato de lideranças, e muito mais; tudo isso ocasionado pela falta de vontade política clara quanto à regularização, demarcação e titulação dos territórios tradicionais (Terras Indígenas, Territórios Quilombolas, Reservas Extrativistas, Territórios de Fundos e Fechos de Pasto, Territórios das Quebradeiras de Coco Babaçu, Movimento de Catadoras de Mangaba, Território de Povos de Terreiro), inclusive a garantia de Territórios Ciganos a fim de que sejam oportunizados de manterem seus cultivos silvopastoris, expondo-nos a um processo devastador da nossa cultura, perda de identidade e de práticas tradicionais que ameaçam como nunca os PCTS do Brasil.

É inadmissível não ter assegurado nossos direitos consuetudinários de praticar a medicina tradicional e ancestral a partir dos nossos conhecimentos tradicionais. Nossos usos e costumes são passados e repassados de geração em geração a indivíduos escolhidos pela natureza e seguem rigorosamente rituais espirituais impossíveis para outras pessoas absorverem, que não sejam aquelas respaldadas por suas comunidades e, principalmente, por seus guias espirituais.

Nós, povos indígenas, Povos e Comunidades Tradicio-

nais e agricultores familiares repudiamos a PEC 215/2000, na medida em que essa proposta aniquila os direitos territoriais conquistados; e exigimos seu imediato arquivamento.

Repudiamos terminantemente a Lei n.º 13.123/2015 e exigimos, de imediato, que seja feita consulta livre, prévia e informada, conforme rege a Convenção 169, da OIT, bem como demais acordos internacionais ratificados pelo Brasil, de modo que seja revogada a referida lei por ferir princípios constitucionais.

Brasília/DF, 21 de outubro de 2015.

VISÃO GERAL DA LEI N.º 13.123/15

Eliane Cristina Pinto Moreira

Nesta breve apresentação, faremos um voo panorâmico sobre a Lei n.º 13.123/2015, sem aprofundar as críticas ao seu texto. Nesta visão geral, pretendemos familiarizar aqueles que ainda não possuem proximidade com o seu teor, expondo alguns de seus aspectos principais.

Iniciamos pela ementa da lei, que, segundo a técnica legislativa, apresenta de forma sumária seu conteúdo. Nela, temos a informação de que a Lei n.º 13.123/2015 possui como objeto a regulamentação de artigos da Constituição Federal (art. 225, inciso II do §1º e o §4º) e da Convenção sobre Diversidade Biológica (Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§3º e 4º do Artigo 16), promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998.

A Lei menciona, ainda, que suas disposições se referem ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, revogando a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que regulamentou o tema por cerca de 15 anos (se considerarmos a primeira edição da Medida Provisória).

Em suas disposições gerais, a lei indica que seu escopo refere-se a bens, direitos e obrigações relativas ao acesso ao patrimônio genético do País; ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes; ao acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica; à exploração econômica

de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; à repartição justa e equitativa dos benefícios; à remessa, para o exterior, de parte ou do todo de organismos, vivos ou mortos, de espécies animais, vegetais, microbianas ou de outra natureza, que se destine ao acesso ao patrimônio genético; e à implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado aprovado pelo Congresso Nacional e promulgados (art. 1º).

A lei cria uma previsão de atos administrativos cabíveis em razão da natureza da atividade caso esta envolva acesso ao patrimônio genético existente no País ou ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo desse acesso (Art. 3º), de tal forma, que o cadastro será sempre exigível e as autorizações ou notificações (com respectiva repartição de benefícios), segundo seu texto, podem ou não ser cabíveis – dependendo do caso.

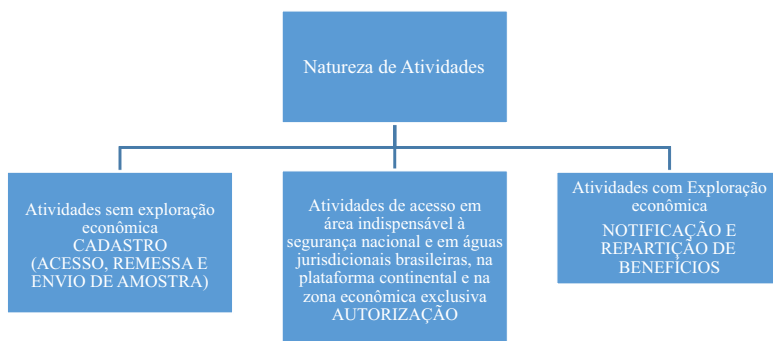


Figura 1: Natureza das atividades a serem exercidas pelos usuários e procedimentos requeridos

O controle destas atividades cabe ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGen, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, que tem participação do governo, do setor

empresarial; setor acadêmico; povos indígenas,³ comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

A lei traz regras de proteção do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de povos indígenas, comunidades tradicionais ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita (art. 8º). Ainda que precariamente, é assegurado o direito de participar da tomada de decisões, no âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País. Também é reconhecido o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético como patrimônio cultural brasileiro, inclusive prevendo a possibilidade de que ele seja depositado em banco de dados.

É importante referir que a lei criou uma indesejável separação radical entre o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais, deixando o conhecimento tradicional intrínseco ao patrimônio genético, por exemplo, totalmente à margem de suas previsões; dentre outros problemas que serão oportunamente levantados no decorrer deste estudo.

Lamentavelmente, a lei só reconhece a obrigatoriedade de obtenção do consentimento prévio informado quando o conhecimento tradicional associado tiver origem identificável (Art. 9º), dando margem a diversas interpretações sobre o que é conhecimento tradicional associado não identificável.

A lei também prevê outras isenções de consentimento prévio, como nos casos de acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas, assumindo que esses casos compreendem o acesso ao conhecimento tradicio-

³ Ressaltamos que a Lei utiliza, erroneamente, a terminologia “populações indígenas” em lugar de “povos indígenas”, já consagrada na Convenção 169, da OIT. Por esta razão, utilizaremos a terminologia povos indígenas ao lado de comunidades tradicionais e agricultores tradicionais – que melhor se amolda ao arcabouço jurídico vigente.

nal associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça. Nesses casos, o texto legal prevê que o acesso não dependeria do consentimento prévio do povo indígena, comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça, violando claramente os direitos humanos destes povos. Assim, a obrigatoriedade ou a isenção do consentimento prévio informado (CPI) dependeria, segundo o texto legal, das situações abaixo:

Obrigatoriedade de CPI	Isenção de CPI	Isenção de CPI
quando ocorrer acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável	quando ocorrer acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável	quando ocorrer acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicionais para atividades agrícolas (atividades de produção, processamento e comercialização de alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas) quando se referir à variedade tradicional local ou crioula ou raça localmente adaptada ou crioula

Figura 2: Critérios para definir a obrigatoriedade ou isenção do Consentimento Prévio Informado

É importante ressaltar que, na nova lei, ocorreu uma supressão indevida do consentimento prévio informado quando se tratar exclusivamente de acesso e uso de patrimônio genético, desconsiderando o conhecimento tradicional intrínseco.

A lei prevê que a comprovação do consentimento prévio informado pode ocorrer por assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou adesão, na forma prevista, em protocolo comunitário. No texto legal deveria constar a expressão determinação de que o parecer de órgão oficial competente será sempre limitado a atestar a ocorrência da consulta prévia e jamais poderá suprimir o consentimento prévio informado.

São garantidos os direitos de povos indígenas, Povos e Comunidades Tradicionais de ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; ter indicada a origem do acesso ao conhecimento

tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei; participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na forma do regulamento; usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das Leis n.º 9.456, de 25 de abril de 1997 e 10.711, de 5 de agosto de 2003; e conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

Ao falar das atividades que são submetidas à Lei, estas são indicadas como:

- acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado;
- remessa para o exterior de amostras de patrimônio genético; e,
- exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado após a vigência desta Lei.

Na Lei, consta que é proibido o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por pessoa natural estrangeira.

A repartição de benefícios só ocorre quando existir a exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado. Ainda assim, a repartição só ocorrerá para benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo procedente

de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado. Ainda que o produto acabado seja produzido fora do País, será repartido, de forma justa e equitativa, sendo que, no caso de produto acabado, o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor (Art. 17). Como se vê, a repartição de benefícios foi muito reduzida nesta Lei, o que leva a graves distorções dos preceitos previstos na CDB e no arcabouço jurídico internacional de forma geral.

Para a Lei, só estará sujeito à repartição de benefícios o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente. Os fabricantes de produtos intermediários e aqueles que desenvolverem processos oriundos de acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado, ao longo da cadeia produtiva, estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios. Quando um produto acabado ou material reprodutivo for resultado de vários acessos distintos, estes não serão considerados cumulativamente para o cálculo da repartição de benefícios.

A Lei isenta da obrigação de repartição de benefícios: as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Também estão isentos os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Outra isenção de repartição de benefícios é o caso de exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo proveniente do acesso ao patrimônio genético de espécies introduzidas no território nacional pela ação huma-

na, ainda que domesticadas. Há uma exceção: as que formem populações espontâneas, que tenham adquirido características distintivas próprias no País; e variedade tradicional local ou crioula, ou a raça localmente adaptada ou crioula.

A Lei estabelece que, quando a modalidade escolhida for a repartição de benefícios monetária decorrente da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético, será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) por acordo setorial previsto no Art. 21. E que, com a finalidade de garantir a competitividade do setor contemplado, a União poderá, a pedido do interessado, conforme o regulamento, celebrar acordo setorial que permita reduzir o valor da repartição de benefícios monetária para até 0,1% (um décimo por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável – prevendo que, para subsidiar a celebração de acordo setorial, os órgãos oficiais de defesa dos direitos de povos indígenas e de comunidades tradicionais poderão ser ouvidos, nos termos do regulamento.

A Lei estabeleceu um sistema de anistia aos que cometeram infrações antes de sua vigência, impondo apenas a obrigatoriedade de regularização. Repetindo a lógica de consolidação de fatos consumados lamentavelmente adotada em outras normativas, tal como o Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012).

Foi criado um Fundo Nacional de Repartição de Benefícios cujo funcionamento ainda não é claro, mas teria o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável.

Como se vê, a Lei n.º 13.123/2015 representou um grande retrocesso do ponto de vista de direitos de povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais. Com efeito, a Lei é um grande sistema de isenções e anistias que claramente viola direitos e que, certamente, merece ser questionados judicial e extrajudicialmente.

A Lei n.º 13.123/2015 foi regulamentada pelo Decreto 8.772/2016 e aguarda-se sua implementação.

A LEI N.º 13.123/2015 E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM NORMAS INTERNACIONAIS

Sheilla Borges Dourado

Este estudo apresenta as incongruências do texto da Lei n.º 13.123/2015 e do decreto que a regulamenta, o Decreto n.º 8.772/2016, com dispositivos de normas internacionais que resguardam direitos de Povos e Comunidades Tradicionais. Estes grupos, que são sujeitos de direitos sobre os seus territórios, recursos e tradições, são designados nas normas jurídicas de diversas formas, a saber: “comunidades locais”, “populações indígenas”, “agricultores”, “povos indígenas”, “povos tribais”, “povos autóctones”, “comunidades indígenas”, entre outras. Adotamos, aqui, a categoria *povos e comunidades tradicionais* em consonância com o Decreto n.º 6.040/2007 vigente no Brasil, segundo o qual se compreende como tais:

Os grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (art. 3º).

As normas internacionais aqui analisadas tratam tanto de direitos humanos individuais e coletivos de Povos e Comunidades Tradicionais – especialmente a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas – quanto tratam diretamente

da proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados, quais sejam: a Convenção sobre Diversidade Biológica, o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e o Protocolo de Nagoya.

Em primeiro lugar, serão apontados os dispositivos dos documentos internacionais que mencionam, especificamente, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, dos recursos genéticos e ao papel de Povos e Comunidades Tradicionais nessa proteção, bem como os seus direitos sobre esse patrimônio material e imaterial. Também serão destacados os dispositivos que resguardam direitos de participação plena e efetiva de Povos e Comunidades Tradicionais nas decisões sobre medidas administrativas e legislativas que possam afetá-los diretamente. O exercício desses direitos pressupõe: a) interesse e esforço por parte dos Estados em promover consultas prévias adequadas e de boa fé e de possibilitar a obtenção de consentimento livre e informado, tendo em vista as especificidades culturais desses povos e comunidades.

No segundo tópico são abordados especificamente os artigos da Lei n.º 13.123/2015 e o decreto regulamentador que dispõem sobre a repartição de benefícios pelo acesso e uso de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais a eles associados. Da mesma forma, esses dispositivos são confrontados com normas internacionais específicas, evidenciando as discrepâncias entre estas e a recente regulamentação nacional.

Finalmente, é defendida a tese de que normas internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção 169 da OIT, são normas cogentes cuja aplicação prevalece sobre outros instrumentos normativos. Nesse sentido, aventa-se a possibilidade do questionamento jurídico do texto e da própria existência da Lei n.º 13.123/2005 perante a obrigatoriedade do cumprimento da Convenção da OIT.

1. Direitos de povos e comunidades tradicionais relativos ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais nas normas internacionais

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) foi o primeiro tratado a reconhecer o direito específico de Povos e Comunidades Tradicionais relativo ao patrimônio genético que conserva e inova e aos conhecimentos que produzem e desenvolvem acerca da biodiversidade. A estreita e tradicional dependência de recursos biológicos que caracteriza o modo de vida de variadas comunidades e povos tradicionais é reconhecida pela CDB, bem como a necessidade de que, entre tais grupos, sejam repartidos equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus recursos.

Essa Convenção está estreitamente ligada ao Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), adotado em 2001. Seus objetivos, conforme o artigo 1º, são a conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização, em harmonia com a Convenção sobre Diversidade Biológica, para uma agricultura sustentável e a segurança alimentar.

Para dar impulso ao cumprimento dos objetivos da CDB e do Tratado da FAO, que preconizam a participação justa e equitativa nos benefícios que derivam da utilização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, foi iniciada a negociação para a definição de um regime internacional.

O Protocolo de Nagoya, adotado em outubro de 2010, promove um regime de acesso e partilha de benefícios que está

ao abrigo da CDB e que funciona de forma complementar a outras entidades do Sistema das Nações Unidas, quais sejam: a Organização Mundial do Comércio e o seu Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (OMC-TRIPS), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), a Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).⁴

O Protocolo ressalta que a consciência pública sobre o valor econômico dos ecossistemas e a diversidade biológica, assim como a distribuição justa e equitativa de seu valor econômico com os “guardiões da diversidade biológica” são os principais incentivos para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.

Segundo esse tratado, no que diz respeito à participação como direito de Povos e Comunidades Tradicionais que pode ser exercido tanto coletiva quanto individualmente, cada Estado (Parte) estabelecerá normas e procedimentos claros para assegurar que sejam acessados conhecimentos tradicionais com o consentimento fundamentado prévio e a aprovação e participação de comunidades indígenas e locais, bem como para requerer e estabelecer condições mutuamente acordadas, que serão apresentadas por escrito.

O Protocolo de Nagoya entrou em vigor em 12 de outubro de 2014. Apesar de o Brasil ter assumido papel destacado nas negociações para a aprovação do texto, esse acordo internacional ainda não foi ratificado pelo Estado brasileiro. Quando enviado pela Presidência da República ao Congresso Nacional, em junho de 2012, pontos considerados polêmicos pela chamada “bancada ruralista” impediram a aprovação do

⁴ Conforme o Relatório do Parlamento Europeu sobre aspectos de desenvolvimento dos direitos de propriedade intelectual em matéria de recursos genéticos: impacto na redução da pobreza nos países em desenvolvimento.

Protocolo de Nagoya pelo Poder Legislativo, requisito indispensável à sua ratificação.

A demora na aprovação do Protocolo de Nagoya contrasta com a pressa com que foi conduzido o processo de tramitação da Lei n.º13.123/2015. Esta Lei tramitou em regime de urgência no ano de 2015 sem atender às normas internacionais vinculantes quanto à participação de titulares de direitos sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Pode-se considerar que o principal vício da Lei n.º 13.123 de 2015 é não atender a um direito humano coletivo de que são titulares os Povos e Comunidades Tradicionais, qual seja, o direito de participar da decisão sobre qualquer medida legislativa que afete diretamente as suas vidas.⁵

Uma inovação jurídica de extrema relevância trazida pela Convenção 169 e replicada nos demais documentos internacionais foi o reconhecimento dos direitos coletivos dos Povos e Comunidades Tradicionais. Esta Convenção é um tratado internacional sendo, portanto, de cumprimento obrigatório para os Estados que a ratificam.

Os direitos humanos, reconhecidos nas normas internacionais, são de exercício individual e coletivo, e o reconhecimento de que esses sujeitos exercem direitos coletivamente pressupõe a existência de especificidades nas identidades culturais e étnicas de Povos e Comunidades Tradicionais. A Convenção 169 afirma direitos relativos à identidade, aos territórios tradicionalmente ocupados e aos direitos de participação, incluindo o da consulta livre, prévia e fundamentada.

⁵ A exigência de participação na forma de consultas prévias a povos indígenas, de obtenção de consentimento livre em procedimentos de boa fé, de termos resultantes de acordos mútuos consta dos documentos internacionais analisados, como se pode verificar no Quadro 1, intitulado Normas internacionais: direitos de povos e comunidades tradicionais sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

Fica flagrante que a Lei n.º 13.123/2015, tendo sido elaborada por representantes de ministérios e por atores subsidiados e apoiados por empresas que utilizam biotecnologia, sem a participação de representantes dos povos e comunidades, afronta diretamente os princípios da Convenção 169 e demais normas internacionais. Esses princípios dizem respeito ao direito de participação de grupos sociais diferenciados nas decisões que possam impactar o seu modo de vida peculiar.

É, portanto, inconcebível, por exemplo, pensar na definição de valores monetários, de condições de pagamento e de isenção de repartição de benefícios sem a participação e o consentimento daqueles que são titulares de direitos reconhecidos em normas positivas desde a década de 1990 e que também são partes nas relações contratuais que têm como objeto o acesso ao patrimônio genético e ao patrimônio cultural.

No quadro abaixo, são apresentados os dispositivos das normas internacionais mencionadas.

Quadro 1. Normas internacionais: direitos de povos e comunidades tradicionais sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais e direitos de participação

Norma	Dispositivos
Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais(1989)	Art. 6º - 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida, que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza – responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Art. 7º - 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente [grifos nossos].

Convenção Sobre Diversidade Biológica(1992)	Art. 8. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: [...] j) em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas [grifos nossos].
Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura (2001)	Art. 9.1. As Partes Contratantes reconhecem a enorme contribuição que as comunidades locais e indígenas e os agricultores de todas as regiões do mundo, particularmente dos centros de origem e de diversidade de cultivos, têm realizado e continuarão a realizar para a conservação e para o desenvolvimento dos recursos fitogenéticos que constituem a base da produção alimentar e agrícola em todo o mundo. 9. 2. As Partes Contratantes concordam que a responsabilidade de implementar os Direitos dos Agricultores em relação aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura é dos governos nacionais. De acordo com suas necessidades e prioridades, cada Parte Contratante deverá, conforme o caso e sujeito à sua legislação nacional, adotar medidas para proteger e promover os Direitos dos Agricultores, inclusive: (a) proteção do conhecimento tradicional relevante aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; (b) direito de participar de forma equitativa na repartição de benefícios derivados da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; e (c) direito de participar na tomada de decisões, em nível nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura. 13.3. “As Partes Contratantes acordam que os benefícios derivados do uso de recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, que sejam repartidos no âmbito do Sistema Multilateral, devem fluir primariamente, diretamente e indiretamente, aos agricultores em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento e em países com economias em transição, que conservam e utilizam, de forma sustentável, os recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura [grifos nossos].

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007)	Art. 19 Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. Artigo 31.1. Os povos indígenas têm o direito a manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias, bem como, assim com a de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais, e as artes visuais e interpretativas. Também têm direito a manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual de seu patrimônio intelectual, seus conhecimentos tradicionais e suas manifestações culturais tradicionais. 2. Conjuntamente com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício destes direitos. Art. 32.2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual [grifos nossos].
--	--

Protocolo de Nagoya (2010)	Art. 5º - 2 Cada Parte deve tomar medidas legislativas, administrativas e de política, conforme adequado, com o objetivo de assegurar que os benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos de que são detentores comunidades indígenas ou locais, conforme a legislação nacional sobre os direitos estabelecidos dessas comunidades indígenas e locais sobre esses recursos genéticos, sejam repartidos de modo justo e equitativo com as comunidades envolvidas, com base em termos mutuamente acordados [...]. 5. Cada Parte tomará as medidas legislativas, administrativas e de política, conforme adequado, para que os benefícios decorrentes da utilização do conhecimento tradicional associado a recursos genéticos sejam repartidos de forma justa e equitativa com as comunidades indígenas e locais detentores desse conhecimento. Essa repartição deve se dar em termos mutuamente acordados. Artigo 7º - Acesso a Conhecimento Tradicional Associado a Recursos Genéticos Em conformidade com a legislação doméstica, cada Parte tomará medidas, conforme adequado, com o objetivo de assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos detido por comunidades indígenas e locais seja acessado com consentimento prévio informado ou com aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados [grifos nossos].
-----------------------------------	---

Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016)	Artigo XXVII - Proteção do Patrimônio Cultural e da Propriedade Intelectual 2. A propriedade intelectual coletiva dos povos indígenas compreende, <i>inter alia</i>, os conhecimentos e expressões culturais tradicionais entre os quais se encontram os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos, os desenhos e procedimentos ancestrais, as manifestações culturais, artísticas, espirituais, tecnológicas e científicas, o patrimônio cultural material e imaterial, assim como os conhecimentos e desenvolvimentos próprios relacionados com a biodiversidade e a utilidade e qualidades de sementes, as plantas medicinais, a flora e a fauna. 3. Os Estados, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, adotarão as medidas necessárias para que os acordos e regimes nacionais ou internacionais provejam o reconhecimento e a proteção adequada do patrimônio cultural e a propriedade intelectual associada a tal patrimônio dos povos indígenas. Na adoção dessas medidas, se realizarão consultas destinadas a obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas. Art. XXIII - Participação dos povos indígenas e aportes dos sistemas legais e organizativos indígenas. 1. Os povos indígenas têm direito à participação plena e efetiva, através de representantes eleitos por eles em conformidade com suas próprias instituições, na adoção de decisões nas questões que afetem seus direitos e que tenham relação com a elaboração e execução de leis, políticas públicas, programas, planos e ações relacionadas com os assuntos indígenas. 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperação de boa fé com os povos indígenas interessados por meio de suas instituições representativas antes de adotar e aplicar medidas legislativas ou administrativas que os afetem, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado [grifos nossos].
--	---

O Quadro 2, a seguir, denominado Normas internacionais: vigência no Brasil, demonstra os acordos e tratados e sua vigência no Brasil. Observe-se que as Declarações, diferentemente dos Tratados e Convenções, são documentos sem poder vinculante no plano internacional. Consistem em diretrizes de cumprimento voluntário pelos Estados e não são submetidas,

no Brasil, à aprovação pelo Congresso Nacional ou à ratificação pelo Poder Executivo.

Quadro 2. Normas internacionais: vigência no Brasil

	Norma Internacional	Agência ONU	Adoção	Ratificação pelo Brasil	Promulgação no Brasil
1	Convenção sobre Diversidade Biológica	PNUMA	1992	1994	Decreto 2.519/1998
2	Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura	FAO	2001	2006	Decreto 6.746/2008
3	Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais	OIT	1989	2002	Decreto 5.051/2004
4	Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas	ONU	2007		
5	Protocolo de Nagoya	PNUMA	2010		
6	Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas	OEA	2016		

2. Violações da Lei n.º 13.123/2015 e do Decreto n.º 8.772/2016 às diretrizes internacionais sobre repartição de benefícios

Os textos da Lei n.º 13.123/2015 e do seu decreto regulamentador, o Decreto 8.772/2016, privilegiam os usuários (pesquisadores e empresas) e facilitam os cálculos da repartição de benefícios sob números pré-definidos. A aclamada segurança jurídica parece significar apenas a segurança financeira das empresas que exploram biotecnologia. A expressão “justa e equitativa”, empregada, nas normas internacionais, para caracterizar a forma pela qual a partilha de benefícios deveria

se realizar, nos termos da CDB, do Tratado da FAO e do Protocolo de Nagoya, é subtraída de quase todas as menções à repartição de benefícios no texto da nova lei. É flagrante que a Lei n.º 13.123/2015, assim definida, não tem possibilidade de ser justa nem equitativa.

No capítulo V, o artigo 17 apresenta diversos exemplos de afronta aos direitos à repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais a eles associados. O *caput* institui que apenas a exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo será passível de repartição de benefícios. Segundo o parágrafo 1º, independentemente de quem antes tenha realizado o acesso, exclusivamente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, estará sujeito à repartição de benefícios. A mensagem é clara, reforçada no parágrafo 2º, segundo o qual os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios.

A pergunta é se o conhecimento tradicional, incorporado ao processo produtivo em fase da cadeia anterior ao resultado final, do produto acabado, não teria valor econômico. Ou se, para facilitar os cálculos, a medida foi instituída para favorecer as corporações, que são usuárias de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais associados. A nova lei desonera claramente e facilita o acesso aos usuários.

O parágrafo 3º define que, se o produto acabado ou material reprodutivo for o resultado de acessos distintos, não serão eles computados cumulativamente para o cálculo da repartição de benefícios. Os parágrafos 4º e 5º também tratam dos variados casos de isenção da obrigação de repartição de bene-

fícios.⁶ A lei elege as situações em que cabe ou não à repartição de benefícios, sendo que nenhuma das alternativas elencadas na norma jurídica foi discutida com representantes de povos e comunidades, os titulares desse patrimônio natural e cultural.

Se a repartição de benefícios é vista como um estímulo à conservação dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais a eles associados, uma vez feita desse modo discriminatório, não favorece os detentores e provedores de conhecimentos tradicionais, visto que as negociações sobre valores não contemplam os interesses econômicos desses sujeitos coletivos.

Essa falta de consentimento prévio e de participação de representantes de Povos e Comunidades Tradicionais nas negociações sobre a repartição de benefícios decorrente de acesso a patrimônio genético e a conhecimentos tradicionais associados, que é flagrante na Lei n.º 13.123/2015, afronta dispositivos da CDB e do Protocolo de Nagoya.

O artigo 20 da Lei n.º 13.123/2015 define que corresponderá à repartição de benefícios 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso a recurso genético ou de conhecimentos tradicionais associados.

Vale ressaltar que governo e usuários podem, ainda, definir, por acordo setorial, a redução para até 0,1 (um décimo) da receita líquida anual a porcentagem correspondente à

⁶ Art. 17 [...] §4º. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que, no caso do produto acabado, o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei. §5º. Ficam isentos da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do regulamento: I - as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006; e II - os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

repartição de benefícios. Vale lembrar que o acordo setorial é o ato de natureza contratual firmado entre o poder público e usuários, tendo em vista a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração econômica oriunda e acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável (art. 2º, XXI).

Observe-se que, para subsidiar a celebração de acordo setorial, os órgãos oficiais de defesa dos direitos de populações indígenas e de comunidades tradicionais poderão ser ouvidos, nos termos do regulamento (art. 21, §1º). Há, nesse dispositivo, uma tentativa de concentrar a discussão sobre esse tipo de repartição de benefícios no âmbito governamental, tendo em vista que poderão participar do acordo setorial as instituições oficiais de defesa de Povos e Comunidades Tradicionais, a exemplo da FUNAI e Fundação Palmares, e não as suas próprias organizações representativas.

O texto do Decreto n.º 8.772/2016 aponta uma tentativa de minimizar a ausência de participação de Povos e Comunidades Tradicionais ao tratar do acesso ao conhecimento tradicional associado, entre os artigos 12 e 19. Diz o decreto que:

Fica garantido o direito à participação das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado no processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso.

Resta saber sobre qual tomada de decisão haverá, de fato, participação desses titulares de direitos, uma vez que as porcentagens e as condições para a repartição de benefícios já estão definidas, os acordos já foram desenhados e a regulação jurídica, tal como foi feita, limita enormemente tal poder de decisão.

3. Normas de direitos humanos como *jus cogens*

Há um razoável consenso, embora não unanimidade, em torno da ideia de que as convenções fundamentais da OIT são normas de direitos humanos.⁷ O argumento se justificaria porque os valores perseguidos por essas convenções – proteção contra a escravidão, proteção contra a exploração econômica das crianças, igualdade e liberdade de expressão e associação – são valores já consagrados nas normas das Nações Unidas (GARZÓN, 2009, p. 242).

Para o perito da OIT, Lélío Bentes, é a própria Convenção 169 que atesta a natureza fundamental dos direitos ali reconhecidos, ao afirmar, no artigo 8º, inciso 2, que, aos povos “indígenas e tribais” deve ser reconhecido o direito de manter seus próprios costumes e instituições, nas situações em que esses direitos fundamentais não sejam incompatíveis com outros direitos fundamentais e direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Dali, portanto, se extrairia claramente a natureza de *direitos humanos* que se atribui à Convenção 169 da OIT (GARZÓN, 2009, p. 243).

Desse modo, para além dos direitos humanos universais que são reconhecidos a cada cidadão por outros instrumentos internacionais, a Convenção 169 da OIT prevê direitos que só se aplicam aos Povos e Comunidades Tradicionais e deveres que só se aplicam aos Estados em relação a esses sujeitos coletivos de direitos. Os direitos dos povos e comunidades correspondem àqueles de exercício coletivo da proprieda-

⁷ Esse é o entendimento de um membro da OIT, que informou ter essa Organização, em 1998, adotado a Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, estabelecendo que todo e qualquer país, pela sua exclusiva condição de membro da OIT, tem a obrigação de respeitar quatro princípios fundamentais: a liberdade de associação e negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de discriminação no trabalho e de acesso ao trabalho; a erradicação do trabalho infantil e a eliminação do trabalho escravo. A esses princípios correspondem oito convenções, consideradas, então, convenções fundamentais da OIT, segundo informou Lélío Bentes no evento cujos anais foram publicados no livro organizado por Biviany R. Garzón (2009).

de ou posse de suas terras; o direito de conservar seu idioma e instituições e o direito, em certas circunstâncias, de resolver conflitos internos de acordo com suas normas consuetudinárias e, o que especialmente nos interessa nesse estudo, o direito de participar das decisões relativas a medidas administrativas e legislativas que lhes afetem diretamente. O reconhecimento desses direitos especiais não deve ser considerado um privilégio em relação a outros grupos chamados “minoritários”, mas um reconhecimento do aspecto distintivo de suas características, necessidades e aspirações (TOMEI; SEWPSTON, 1999, p. 34).

A chamada interpretação evolutiva que vem sendo dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José, de 1969, tem aproximado significativamente os seus artigos dos dispositivos da Convenção 169 da OIT, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento de Povos e Comunidades Tradicionais como sujeitos coletivos de direitos, ao reconhecimento do seu vínculo especial com o território, bem como da necessidade de participação com autonomia das decisões governamentais.

Ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos tenha definido a pessoa individual como sujeito de direitos, sendo essa pessoa entendida como todo ser humano (art. 1º, n.º 2), a Corte Interamericana, no caso do Povo Saramaka contra o Suriname, por exemplo, interpretou a definição de pessoa como *pessoa coletiva*, em razão “unidade tribal”, que caracteriza a existência desse povo. A Corte já contava com julgados precedentes nesse sentido,⁸ tendo reconhecido a personalidade jurídica de grupos étnicos, com fundamento principal na re-

⁸ O caso *Moiwanavvs Suriname*, os casos das Comunidades Indígenas *Sawhoyamaxa* e *Yakye Axa*, bem como o caso *Mayoagna*, estabeleceram precedentes da Corte quanto à interpretação do grupo como “unidade tribal”.

lação que esses grupos têm com o território tradicionalmente ocupado, do qual dependem física, social e culturalmente. Entendeu a Corte que da proteção do território tradicional depende a sobrevivência física, social e cultural do povo Saramaka.

Em tal julgamento, a Corte Interamericana chegou a essa interpretação à luz do art. 29.b da Convenção Americana, o qual proíbe interpretar qualquer disposição da Convenção no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecido pelo direito internacional dos direitos humanos ou por legislação interna. Ainda que o Suriname não tivesse regulado sobre a propriedade do território de povos tribais no âmbito nacional, nem assinado a Convenção 169 da OIT, que trata expressamente dessa questão, o país havia ratificado tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em conjunto, esses documentos estabelecem, em nome do direito à autodeterminação dos povos indígenas, que os povos poderão prover seu desenvolvimento econômico, social e cultural, e podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais. Dessa forma, a Corte pode aplicar o art. 29.b da Convenção Americana no caso que tem como Partes Povos e Comunidades Tradicionais.

O direito de participação coletivo tem sido reconhecido nas sentenças da CIDH como um direito-meio, pelo qual podem ser assegurados outros direitos humanos coletivos. No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte também definiu que o povo Saramaka tem direito a participar do processo de demarcação de suas terras através de consultas prévias, bem como de participar das decisões governamentais e dos projetos de desenvolvimento previstos para ocorrerem em seus territórios, igualmente por consulta a ser realizada em cada caso, e por meio da repartição dos benefícios provenientes de ditos empreendimentos.

As normas de proteção dos direitos humanos são consideradas o exemplo mais corrente de *jus cogens*, um tipo de norma imperativa de Direito Internacional Público. Segundo Valerio Mazzuoli, parece haver consenso de que deva ser considerada nula, por contrariar o *jus cogens*, uma norma que permita o genocídio, o tráfico de escravos, a ruptura da paz, o uso da força nas relações entre potências, a guerra de agressão, a tortura ou a pirataria, e todas as proibições da Carta das Nações Unidas. Da mesma forma, integrariam, também, o *jus cogens*, as normas proibitivas da discriminação, as que asseguram a autodeterminação dos povos, bem como os princípios de direito internacional humanitário (MAZZUOLI, 2011).

Jus cogens é, portanto, uma qualidade da norma internacional que a torna absolutamente imperativa e inderrogável, que a coloca em posição superior na hierarquia dos sistemas jurídicos positivos (MAZZUOLI, 2011, p. 264). Sob esse entendimento, a Convenção 169 da OIT, enquanto tratado internacional de direitos humanos, compõe esse conjunto de normas qualificadas como *jus cogens*. Sob esse prisma, a inobservância da Convenção 169 na elaboração da Lei n.º 13.123/2015 torna a validade desta lei questionável perante o sistema internacional de direitos humanos, passível de se tornar objeto de controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011).

Referências

GARZÓN, Rojas Biviany (Org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 242. (Série Documentos do ISA, 12)

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RELATÓRIO do Parlamento Europeu sobre aspectos de desen-

volvimento dos direitos de propriedade intelectual em matéria de recursos genéticos: impacto na redução da pobreza nos países em desenvolvimento. Documento da sessão de 14 de dezembro de 2012. Relatora: Catherine Grèze. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSG-ML+REPORT+A7-2012-0423+0+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. São Paulo: Peirópolis, 2005.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. **Povos indígenas e tribais**: guia para a aplicação da Convenção n. 169 da OIT. Brasília: OIT, 1999. p. 34.

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, CONSULTA PRÉVIA E DIREITOS TERRITORIAIS

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Introdução

A Lei n.º 13.123/15 regulamenta dispositivos da Constituição Federal e da Convenção sobre a Biodiversidade, dispondo sobre o acesso ao patrimônio genético e sobre a proteção e acesso ao conhecimento tradicional a ele associado, além de dispor sobre a repartição de benefícios aos povos e populações tradicionais. O Decreto 8.772, de 11 de maio de 2016, por sua vez, regulamenta a Lei.

O artigo 9º da Lei estipula que o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado. O §3º, porém, abre uma exceção ao dispor que o acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas não identificável não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.

Está claro que a exceção pode ser a regra, tendo em vista que a maior parte do conhecimento das populações tradicionais sempre esteve aberta a outros povos e identificar a origem é uma tarefa árdua e dispendiosa, que, certamente, não estará no horizonte das empresas interessadas no conhecimento e desinteressadas na consulta.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (Convenção sobre a Biodiversidade), diretamente referida pela Lei, estabelece a obrigatoriedade dos Estados 1) na conservação da diversidade biológica, 2) no uso sustentável da biodiversidade e 3) na repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos. Estes três elementos, juntos, compõem a base em que se fundamenta a Convenção. A Lei que vem para regulamentá-la, portanto, deveria dar especial atenção a eles.

A Convenção 169 da OIT, por outro lado, incorporada ao sistema legal brasileiro em 2004, pelo Decreto n.º 5.051/04, estabelece, no artigo 6º, que povos indígenas e tribais devem ser consultados mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. A nomenclatura “indígenas e tribais” corresponde ao que o restante da lei brasileira chama de povos e populações tradicionais, daí que a própria Lei n.º 13.123/15 e o Decreto 8.772/16 deveriam ter passado pelo crivo da consulta prévia dos povos tradicionais, indígenas e não indígenas.

Além disso, o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura - TIRFAA -, assinado pelo Brasil em 2002, tendo sido promulgado apenas em 2008 pelo Decreto n.º 6.476/08, estabelece o direito das populações e comunidades tradicionais de participar na tomada de decisões, em nível nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura.

No sistema legal brasileiro, pairando sobre esta legislação nacional e internacional internalizada, está a Constituição de 1988, que garante direitos territoriais aos povos indígenas e quilombolas (art. 231 e 68 da ADTC) e direitos culturais a todos os povos e comunidades tradicionais, chamados de “di-

ferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216), incluindo, entre estes direitos culturais, a proteção dos “modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas”.

Portanto, a proteção dos povos e comunidades tradicionais e seus conhecimentos está estabelecida não só no sistema legal brasileiro, mas na legislação pertinente internacional devidamente reconhecida e integrada ao sistema nacional. Além destes dispositivos internalizados, outras normas internacionais e Declaração de Direitos favorecem a interpretação que se dará, aqui, na análise da Lei n.º 13.123/15 e seu decreto regulamentar, como a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007), a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016) e o Protocolo de Nagoya, que teve início de vigência em 2014, após 51 países o assinarem, apesar da ausência da participação brasileira. Além destas normas, muitas outras tangencialmente se referem ao tema. Isto é, não é por falta de clareza dos dispositivos nacionais e internacionais que há carência, violações e erros na Lei.

1. Sobre os direitos dos povos tradicionais

É necessário entender alguns antecedentes da Lei e das normativas internacionais sobre a Biodiversidade e o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado.

Até a metade do século XX, o acesso à natureza e aos conhecimentos a ela associados era geral e gratuito, generoso em sistemas onde prevalece a solidariedade, é caótico e predador no mundo capitalista. Isto é, para o avanço do chamado desenvolvimento capitalista, não havia limites nem ao acesso nem à destruição da biodiversidade. Como não havia respeito aos conhecimentos e saberes dos povos tradicionais, necessariamente coletivos, a biopirataria e a apropriação destas

informações eram fatores de destruição, tanto da natureza quanto dos povos que com ela conviviam.

A partir do final do século XIX, o conhecimento passou a ser mercadoria, com valor próprio de mercado. Para isso, foi necessária uma regulamentação jurídica que produzisse o efeito do individualizar e garantir a uma única pessoa um conhecimento determinado que, até então, havia sido considerado coletivo. Este sistema jurídico, chamado de patente, qualificou como proprietário aquele que registra um conhecimento considerado novo ou uma inovação ao conhecimento existente. O sistema passou a coibir o uso do conhecimento (da chamada inovação), e dos produtos por ele gerado, de tal forma que, sem a autorização do proprietário individual detentor da patente, a ninguém estaria permitido seu uso. A partir de então, o conhecimento coletivo passou a correr risco e sofrer danos sistêmicos, porque o primeiro que o patenteasse seria seu dono em detrimento de todos os outros, conhecedores ou não. Como a patente sempre teve um caráter de propriedade individual, os povos não podiam patentear seus conhecimentos coletivos, ficando à mercê de aventureiros e usurpadores. Como isto não é um problema de simples solução e como houve uma pressão dos povos indígenas e de outras populações tradicionais para proteção de seus conhecimentos coletivos, a discussão ganhou fórum internacional.¹

Se dermos alguns passos atrás na história, podemos nos lembrar que praticamente todas as cultivares atuais tiveram uma origem no conhecimento de povos agricultores que as desenvolveram e adaptaram e, generosamente, as forneceram a outros povos. É o caso do milho, da batata, do fumo, do tomate, do arroz, da uva, do café, da cana de açúcar e de praticamente todas as frutas, além dos animais chamados domésticos e suas variadas raças.

¹ Ver Shiva (2001).

A modernidade capitalista conseguiu a proeza de transformar esse conhecimento adquirido na cotidiana luta de gerações e povos inteiros em propriedade de uma só pessoa. Com as patentes, muito discutidas ética e juridicamente nos finais do século XIX e naturalizadas no século XX, ficou criada a possibilidade de reduzir os conhecimentos que todos tinham sobre a natureza ao domínio de um só. Mas os seres vivos estavam, então, fora do sistema de patentes e de propriedade intelectual, portanto, as matrizes de raças animais e as sementes estavam fora do sistema de proteção.

Para transformar raças animais e sementes em propriedade privada, foi necessário inventar outro sistema de proteção, à imagem e semelhança das patentes, mas sem a comparação com as inovações metodológicas ou mecânicas. Foi criada, então, uma proteção a cultivares novas, ainda que a diferença fosse mínima à sua fonte. Este novo sistema, capaz de transformar conhecimentos coletivos em outras formas de propriedade individual, faz com que o detentor da propriedade sobre nova cultivar ou semente passasse a ter o poder de permitir seu uso ou não, de colocá-la a produzir ou não, em detrimento de todos os povos, inclusive dos que tinham o conhecimento anterior à novidade, subordinando essa inovação a uma lógica de mercado e não da necessidade ou utilidade humana.

Mas não é somente de seres vivos que se fala quando se trata de acesso aos conhecimentos tradicionais; o assunto abrange, também, os potenciais de plantas e animais, os potenciais curativos, regenerativos, estéticos, energéticos etc. Desta forma, uma planta, na diversidade biológica existente é, ao mesmo tempo, portadora de propriedades intrínsecas e reprodutora destes potenciais. O feijão que se compra no supermercado devidamente embalado é, ao mesmo tempo, matéria-prima da feijoada ou doce de feijão e semente capaz de

reproduzir mais feijões, desde que adequadamente plantados. A semente é ser vivo, a matéria-prima é potencial para elaborar outros produtos, que já não são seres vivos. Ambos estão plasmados na variedade genética que permite sua mercantilização, ambos podem ser propriedade individual, seja pelo sistema de patentes, seja pela proteção de cultivares e sementes.

De fato, a elaboração do produto acabado, a partir do final do século XIX, recebeu este forte sistema protetor de direitos de propriedade intelectual individual, as patentes, mas ainda estava por vir a proteção dos direitos do obtentor de novas variedades vegetais e de sementes. Entretanto, o produto acabado e as novas cultivares sempre estão baseadas no conhecimento anterior da humanidade, seja pelo acúmulo de experimentação geral, seja pelo conhecimento local, diretamente relacionado com a biodiversidade local, transmitido pela tradição, geração após geração. E este conhecimento, o tradicional, somente veio a ser valorizado e protegido depois que a própria natureza, ou a biodiversidade, passou também a ser protegida. É por isso que a proteção associa a biodiversidade ao conhecimento tradicional. Isto quer dizer, contrapondo-se à individualização proprietária, as normas internacionais e nacionais protegem a Diversidade Biológica (ou simplesmente a natureza) e, a ela associada, o conhecimento tradicional que poderia desvelar seus mistérios e benefícios. A proteção geral se faz da natureza, na sua diversidade, conhecida ou não. Mas grande parte da natureza é conhecida pelos seres humanos, não só como espécies, mas como potencial e a maior parte desse conhecimento é dos povos que com ela convivem, os chamados tradicionais. Desta forma, a porta ou a chave que abre a porta da diversidade biológica é o conhecimento dos povos tradicionais, incluindo os camponeses.

O uso econômico para produção de bens exclusivos no mercado rompeu com a tradição generosa da agricultura

camponesa de distribuir seus conhecimentos sobre a natureza, sementes e raças, para proveito de outros povos. O uso econômico e a transformação do conhecimento em mercadoria acabaram por exigir que esta generosidade fosse substituída por contratos e por acordos não só para proteger o próprio conhecimento tradicional, mas, também, para proteger a biodiversidade. Ou seja, a razão de ser desta normatividade internacional e nacional é, exatamente, coibir a desastrosa destruição dos povos e da natureza que estava, e ainda está sendo feita. Dito de outra forma, o sentido da legislação é proteger a natureza e os conhecimentos tradicionais associados e não incentivar o seu uso predatório e assim deve ser interpretada e aplicada.

2. A proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados

No final do século XX, começaram a surgir normas protetoras dos povos tradicionais e da natureza. No Brasil, a Constituição de 1988 é um marco porque garante a todos, como direito, o que chama de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Define como obrigação do Poder Público preservar a biodiversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. A Constituição também garante aos povos indígenas a sua integridade física e cultural e seus direitos sobre a natureza na qual habitam. Os quilombolas passam a ser reconhecidos e a cultura de todos os povos passou ser preservada. Portanto, a Constituição de 1988 reconheceu os riscos a que estão expostos o patrimônio genético, a biodiversidade e os povos tradicionais pelas entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Isto reafirma que todas as leis que tratem deste tema estejam pautadas pela proteção do patrimônio genético e pela fiscalização e controle das entidades de pesquisa e manipulação, e, não, pela garantia do uso

predatório. O caminho que aponta a Constituição de 1988 para interpretar as leis e os tratados internacionais é exatamente o da proteção do conhecimento, da cultura, das tradições e da biodiversidade como natureza viva.

Em 1989, foi aprovada a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, tornada Lei no Brasil em 2004, que garante aos povos indígenas e tribais (é por este nome que reconhece os tradicionais não indígenas) direitos muito específicos e que explicitam e reafirmam os direitos da Constituição de 1988. A Convenção estabelece que os direitos dos povos tradicionais aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos, e esclarece que estes direitos abrangem a participação, utilização, administração e conservação dos recursos mencionados, neles obviamente o patrimônio genético e os conhecimentos a ele associados (art. 15). Além disso, a Convenção determina que devem ser consultados os povos indígenas e tribais,

mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6º).

Em 1992, no Rio de Janeiro, foi aprovada a Convenção sobre a Diversidade Biológica, tornada Lei no Brasil em 1994 e que dispõe que os Estados Nacionais devem

em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas (art. 9º, j).

Em 2002, em Roma, foi aprovado o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a

Agricultura (TIRFAA), que se tornou Lei no Brasil em 2006. Este Tratado determina aos Estados que

- apoiem os esforços dos agricultores e das comunidades locais no manejo e conservação nas propriedades seus recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura (art. 5º, 5.1c);
- promovam o desenvolvimento de um sistema eficiente e sustentável de conservação *ex situ*, prestando a devida atenção à necessidade de adequada documentação, caracterização, regeneração e avaliação, bem como promover o desenvolvimento e transferência de tecnologias apropriadas para essa finalidade com vistas a melhorar o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura (art. 5º, 5.1d);
- e adotem “medidas para minimizar ou, se possível, eliminar as ameaças aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura” (art. 5º, 5.2).

É neste contexto de normas legais constitucionais e internacionais que foi elaborada a Lei 13.123, em 20 de maio de 2015, em substituição à Medida Provisória vigente desde 2001. É, portanto, com estes e outros princípios semelhantes que a Lei deve ser interpretada e aplicada. Mesmo que às vezes o texto da Lei não seja claro, sua complementação deve se dar a partir da proteção da biodiversidade e dos povos tradicionais com seus conhecimentos associados. Quer dizer, a interpretação não se pode dar de forma a limitar, diminuir, dificultar ou, muito menos, anular os direitos e a proteção dos conhecimentos tradicionais e da diversidade biológica. Qualquer interpretação que não esteja de acordo com estas diretrizes torna a Lei inconstitucional ou contrária aos Tratados internalizados pelo Brasil, o que sujeita o país a sanções internacionais.

3. A consulta prévia, livre e informada

A Lei n.º 13.123/15 diz respeito diretamente a direitos e interesses de povos e comunidades tradicionais, ou povos indígenas e tribais, na acepção da Convenção 169 da OIT. A cla-

ra determinação da Convenção aceita e internalizada no Brasil é de que sempre que haja medida administrativa ou legislativa suscetíveis de afetá-los, deve ser procedida à consulta prévia, livre e informada. Não houve a exigida consulta.

Os assessores legislativos do Parlamento Brasileiro assinalaram esta ausência no detalhado documento chamado COMENTÁRIOS À LEI n.º 13.123, DE 20 DE MAIO DE 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade (2015):

Não identificamos, no histórico da tramitação das proposições que resultaram na Lei n.º 13.123, de 2015, consultas nesse sentido ou manifestações que possam ser interpretadas como anuência dos povos indígenas ou do órgão indigenista federal ao conteúdo da proposição.

Não houve, assim, nem consulta aos povos indígenas, nem aos chamados tribais, que inclui o conjunto dos demais povos e comunidades tradicionais. Esta ausência põe em risco a aplicação da Lei, fragilizando-a tanto internamente quanto perante os organismos internacionais e Cortes de Direitos Humanos. Enquanto essa profunda falha não é corrigida nas instâncias pertinentes, a sua aplicação deve ser feita com redobrado cuidado no sentido de não ofender ou violar mais direitos dos povos tradicionais, sempre neles incluídos os agricultores familiares, locais e camponeses, porque são os que mais podem sofrer danos em seus conhecimentos sobre cultura e bens culturais. Todo o cuidado na aplicação, porém, não substitui a consulta que deveria ter havido, mas, pelo menos, possibilita o respeito aos direitos que deveriam ser protegidos na consulta.

A consulta é incontornável, quer dizer, não é possível reconhecer validade à norma se ela fere os dispositivos da Convenção 169 da OIT. Entretanto, a lei está posta e, enquanto não for reconhecido este vício, será implementada e aplicada.

Não houve consulta prévia. Isto é um fato e um vício

da Lei. A consulta prévia prevista e exigida na Convenção 169, por si só, é uma dificuldade para os Estados Nacionais na construção de qualquer política pública que possa impactar nos povos tradicionais. E o é por duas grandes causas: a primeira diz respeito à própria estrutura dos Estados Nacionais, centralistas, com os poderes concentrados em suas instituições e com um princípio de legalidade quase que exclusivamente formal; a segunda porque a ideia (ou ideologia) dos administradores, legisladores e juízes sempre está voltada para um desenvolvimento econômico a serviço da lucratividade do capital e, portanto, veem a natureza, o conhecimento e os povos tradicionais como obstáculos a serem contornados.

É difícil convencer a estrutura dos Estados Nacionais a deixar de fazer e implementar uma Lei que não interessa a determinados setores, quando a maioria congressional está convencida de que interessa a seus eleitores ou financiadores. Portanto há, no caso brasileiro, um descaso para a consulta, mais forte ainda quando se trata de um ato, como a Lei, geral e para a chamada nação. Entretanto, o Estado Nacional aceitou a imposição internacional construída na Convenção 169 da OIT. Portanto, há uma disputa ou uma contradição interna no Estado Nacional entre os interesses dos povos tradicionais e dos defensores da natureza, de um lado, e os interesses econômicos, não necessariamente nacionais, de outro. Esta Lei n.º 13.123/15 está exatamente nesse campo de disputa, porque, embora fundamentada na proteção da natureza e dos conhecimentos tradicionais, abre a porta para o acesso barato aos capitais interessados em explorar a natureza e os conhecimentos tradicionais associados.

Apesar de não ter havido consulta aos povos tradicionais, o acesso aos conhecimentos tradicionais associados, segundo a Lei, depende de consentimento prévio, o que seria o mínimo exigido em uma consulta. A Lei estabeleceu, portanto,

o mínimo. Está claro que diretamente ligado ao consentimento está a repartição de benefícios que também integra o mínimo. Consentimento e repartição estão estabelecida desde a Convenção da Biodiversidade claramente e antes, ainda, na Convenção 169 da OIT. Houve, portanto, na Lei, o cuidado de não permitir que houvesse acesso contrariamente aos interesses dos povos tradicionais. Só que não está disposto bem assim!

O artigo 8º da Lei tem a forma e essência de norma de proteção: “Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita”. Entretanto, depende do que seja ilícito. Se tivesse havido consulta prévia, provavelmente, a formulação exigida pelas populações tradicionais seria alguma coisa como “*contra a utilização e exploração contrária à vontade dos detentores do conhecimento*”. Isto porque quem diz o que será ilícito é a própria Lei, sem consulta!

Por conseguinte, a primeira análise do caráter protetivo da Lei será a análise do que é “utilização e exploração ilícita”. A aparência é de que ilícita é toda utilização e exploração feita sem o consentimento do detentor do conhecimento e sem a distribuição dos benefícios alcançados. Neste argumento fica clara a ilicitude sem o consentimento.

De maneira sutil, porém, a Lei cria um atalho ao consentimento. O artigo 9º estabelece que: “O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado”. Portanto, condiciona o consentimento prévio e informado a uma espécie de conhecimento tradicional, o chamado de “origem identificável”. Este é o começo da desconstrução da proteção. Aparentemente razoável, a exigência da Lei, já que não é possível obter consentimento de não se sabe quem, esconde

mais uma subjetividade, porque “origem identificável” na sequência dos artigos e parágrafos não significa identificar quem sabe, quem detém o conhecimento, mas saber quem adquiriu remotamente, originalmente, primeiramente o conhecimento.

É um problema obter consentimento de uso de um conhecimento que vários povos detêm. Neste sentido, a solução simplista da lei deixa muito a desejar, simplesmente excepciona a obtenção de consentimento e abre uma janela perigosa para a violação direta dos direitos dos povos e comunidades detentoras do conhecimento tradicional e que deveriam ser protegidas pela lei e pelo poder público. Nesta exceção, que facilmente se torna regra, fica remarcado o vício de origem da Lei; não houve consulta prévia para formulá-la e aprová-la e exclui o consentimento prévio e informado no caso dos conhecimentos mantidos por vários povos. Sendo assim, a ausência do consentimento prévio para uso dos conhecimentos tradicionais não pode ser aceita pelos povos e agricultores tradicionais, especialmente porque há um vício anterior que é a ausência de consulta prévia na formulação da Lei, nos termos da Convenção 169 da OIT.

4. O conhecimento tradicional não identificável

Analisemos melhor esta situação que a Lei excepciona. Por inúmeras vezes na Lei, há o termo “conhecimento tradicional não identificável”, conceituado da seguinte forma “art. 2º, III - conhecimento tradicional associado de origem não identificável - conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”.

Este conceito ou termo não pode ser entendido como inexistência de conhecimento tradicional associado; ao contrário, a Lei reafirma a existência. Aliás, a Lei não poderia ne-

gar existência onde ela há, porque estaria violando as normas consagradas tanto na Constituição Federal como nos Tratados e Convenções a que o Brasil se obrigou, como os acima citados CDB e TIRFAA. Exatamente por isso a interpretação e a aplicação da Lei, seja diretamente, seja por Decretos, Portarias e Normativas não pode perder de vista a necessidade da proteção dos conhecimentos tradicionais associados, o que significa, em princípio, esgotar todas as possibilidades de identificar a origem do conhecimento associado, ou, que comunidades e povos o usam como seu conhecimento.

O que a Lei chama de conhecimento tradicional associado de origem não identificável não é mais do que dificuldade de identificação. Na realidade, trata-se da existência de conhecimentos associados, praticados por alguns ou muitos povos, mas não vinculado diretamente a um povo, comunidade ou agricultor tradicional. A formulação não é muito clara nem completa, por isso mesmo precisa ser complementada pela leitura e aplicação das normas internacionais de proteção. A consulta prévia prevista na Convenção, que não foi implementada no momento de sanção da Lei, teria que ser realizada neste momento de sua aplicação. A aplicação desta exceção teria que ser objeto de consulta. Enquanto isso, a aplicação da exceção é duvidosa porque põe em risco tanto a biodiversidade como os conhecimentos tradicionais associados.

Isto porque o fato de vários povos usarem um mesmo conhecimento não o torna nem menos tradicional nem menos associado, portanto, se mantém íntegra a necessidade de proteção e da obtenção do consentimento prévio. A proteção, por outro lado, se faz pelos próprios povos interessados, o que tem ocorrido, e pelo Estado, que, interna e externamente, se comprometeu a ela, inclusive no artigo 8 da Lei. É necessário que o Estado cumpra esse papel em sua integridade e em sentido de proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos

associados, ambos patrimônio nacional, em harmonia com os detentores do conhecimento.

É preciso ficar claro que o que se chama de “não identificável” é a origem do conhecimento que, como é necessariamente coletivo, pode ter uma fonte difusa, mas que pode vir a ser conhecida e, em todo caso, é múltipla. Consequentemente, os dois lados da proteção têm que estar presentes: o consentimento e a repartição de benefícios. É esse o sentido do disposto no art. 2º, XXI, que conceitua **acordo setorial** como:

Ato de natureza contratual firmado entre o poder público e usuários, tendo em vista a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração econômica oriunda de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável.

Isto quer dizer que, quando a origem não é identificável, os usuários (definidos no art. 2º, XV, como os que realizam o acesso) devem firmar o acordo setorial em que se comprometem a repartição justa e equitativa de benefícios, isto porque somente o Estado pode dizer ou avaliar se realmente se trata de um conhecimento tradicional associado de origem não identificável ou se há identificação. É claro que é o Estado responsável por esta avaliação porque é ele que responde aos organismos internacionais e ao sistema interno de Justiça, porque é ele que está obrigado a promover a proteção destes direitos. É por isso, também, que o art. 25 estabelece que a União é parte no acordo de repartição de benefícios no caso de exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Para o Estado reconhecer o caráter de não identificável, deve, pelo menos, fazer uma consulta aos povos, comunidades e agricultores da região, para cumprir, nesta fase, a Convenção 169 OIT.

Ainda assim, a Lei deixa sem suficientes amarras a

questão do consentimento neste caso. Mas não se pode interpretar de outra forma que não seja o pressuposto de que a União avalia o reconhecimento de todos os portadores do conhecimento ainda que de origem não identificável. Com isto, se fecham os dois lados: o consentimento pressuposto pela União e a repartição de benefícios por meio da União. Segundo a Lei, o poder público é o único capaz, neste caso, de intermediar a negociação. Há, neste caso, um problema e uma consequência. O problema é que o consentimento prévio foi transferido ao Estado sem ter havido prévia consulta aos afetados, portanto, o Estado passou a assumir o ônus do consentimento, respondendo por isso aos detentores do conhecimento pelas violações. A consequência que se espera é que o Estado assuma outro ônus, o de pesquisar a efetiva origem do conhecimento e, obviamente, identificá-lo, para que seja suprida a exceção e a sua utilização volte à regra.

Este sistema, intermediado pelo poder público, tem a vantagem de possibilitar a rastreabilidade dos produtos que usam conhecimentos tradicionais associados. É a rastreabilidade que poderá permitir a continuidade das pesquisas em busca da identificação da origem do conhecimento. Entretanto, os instrumentos de rastreabilidade estão muito superficiais na Lei, impondo que uma regulamentação administrativa os melhore. A Lei efetivamente carece de interpretação mais adequada para sua aplicação e, por isso, precisa ser complementada com normas que melhor garantam o consentimento prévio, a repartição de benefícios e a rastreabilidade dos conhecimentos inseridos no produto acabado ou intermediário.

A ausência de consentimento prévio deve ser entendida como exceção, portanto, somente quando seja impossível identificar o conhecimento tradicional associado é que poderia estar dispensada, segundo a Lei, mas não quando seja apenas difícil. Mais uma vez se afirma que esta dispensabilidade é

contrária ao que está disposto no conjunto normativo em que se fundamenta a Lei, mas, assim está disposto nela e será vigente até que seja reconhecido o vício. Sendo assim, a sua interpretação tem que ser restritiva.

Quer dizer, a dispensabilidade se dá pela impossibilidade de obtê-la, nos precisos termos do art. 2º, III, que conceitua conhecimento tradicional associado de origem não identificável como aquele cuja origem não há possibilidade de ser vinculada a, pelo menos, uma população tradicional, comunidade ou agricultor tradicional. Desse modo, é exceção que deve ser clara e irrefutavelmente demonstrada e aceita pelo Estado e pela população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.

Juliana Santilli (2015) afirmava que nem sempre é fácil distinguir entre as duas situações, identificável e não identificável, mas, na maioria dos casos, se pode vincular o conhecimento a, pelo menos, uma comunidade, porque, em geral, se vincula a diversas comunidades regionais. Fazer essa vinculação pode ser muito difícil e onerosa; **não fazê-la, porém, seria violar os direitos dos agricultores. Isto significa que ao Estado compete fazer ou exigir que se faça essa identificação, não podendo aceitar a aparência oferecida pelo usuário. O não identificável tem que ser provado. O não identificável não pode ser sinônimo de “muitos povos, comunidades e agricultores tradicionais a usam”.**

Quem deve, então, demonstrar essa impossibilidade? Está claro que é o usuário, mas ele não tem interesse em investir na procura da origem do conhecimento, sendo-lhe mais fácil afirmar ou argumentar pela não identificação. O poder público, que tem a obrigação de proteger o patrimônio genético nacional e o conhecimento tradicional a ele associado, **não pode aceitar apenas a alegação, mas**, sim, provas incontroversas. Neste caso, cabe tanto o princípio da prevenção como o

da precaução. Se há um conhecimento disseminado, certamente será possível e necessária a busca de sua origem, portanto, o poder público tem obrigação de exigir provas contundentes do usuário. Não se pode esquecer de que é o poder público o responsável, como parte, pela contratação do acordo setorial, nos termos do art. 2º, XXI e, em consequência, será ele o responsável pelo reconhecimento da não identificação, portanto, responsável perante as populações indígena, comunidades tradicionais e de agricultores tradicionais, além, é claro, de ser o responsável por eventuais violações de Tratados Internacionais. Compete, então, ao poder público, exigir dos usuários o investimento e pesquisa necessárias a encontrar a origem do conhecimento.

De fato, esta exceção de uso, sem consentimento prévio, do conhecimento tradicional e do patrimônio genético tem que estar coberta de grandes cautelas sob pena de violação da própria Lei e dos Tratados Internacional que ela mesma se comprometeu a fazer cumprir, nos termos do art. 1º, VII.

A Lei estabelece, como primeira cautela de proteção, a realização do acordo setorial no qual o poder público aparece como parte, mas isso ainda é pouco porque se trata de proteger os bens integrantes do patrimônio nacional plasmados no patrimônio genético e no conhecimento tradicional a ele associado, ambos objeto de proteção. Por isso não é só juridicamente possível, mas desejável e recomendável que haja outras cautelas como um procedimento para o reconhecimento da impossibilidade de identificação que incluam a realização de pesquisas e provas incontestes da não identificação. Além, obviamente, da consulta prévia.

Deve ficar claro que o art. 9º, §3º da Lei não cria direito ao acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado sem consentimento prévio, porque, se o fizesse, estaria em direto confronto com a Constituição e os Tratados.

A tentativa de regular este acesso não pode ser entendida como direito à sua violação. A norma legal não cria direitos de violação aos direitos da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional detentor do conhecimento, nem direito contra o patrimônio genético, assim como as normas de regulamentação ambiental não podem criar direitos à poluição. Quer dizer, entender que o art. 9º, §3º cria um direito ao acesso sem consentimento e sem limite é profundamente equivocado, já que seria entender que esta exceção se estabelece pela presunção do usuário. Ali está estabelecida uma exceção ao sistema, portanto, para evitar que a exceção se torne regra e, como regra, viole os direitos garantidos nas normas internacionais e constitucionais. É absolutamente fundamental que a União, antes da assinatura de acordo de repartição de benefícios, proceda a uma consulta prévia, nos termos da exigência da Convenção 169 da OIT. E esta consulta deve incluir todos, todos os que se saibam detentores do conhecimento.

Pode se argumentar que, na prática, ficaria mais difícil usar um conhecimento com mais de um detentor do que o chamado identificável. Talvez seja mesmo, porque o identificável pressupõe uma consulta ao detentor que dará ou não o consentimento. É obvio que é mais fácil consultar um do que consultar uma pluralidade.

5. Conhecimentos tradicionais e direitos territoriais

A relação conhecimento, povo e território é estreita e quase imperativa, mas há casos em que os povos foram ou estão deslocados de seu território, mas continuam sendo povos e continuam mantendo e ampliando seu conhecimento em relação à natureza e ao entorno que lhes compete.² Isto é visível

² Sobre este tema, é muito pertinente o texto de Bruce Albert, Territorialidad, Etnopolítica y Desarrollo: A proposito del movimiento indígena en la Amazonia Brasileña (in SURRALÉS; GARCÍA HIERRO, 2004).

em relação aos povos indígenas que, por definição, estavam em um território dado e o perdem ou são expulsos no processo de colonização e invasão, mas é muito complexo nos demais povos que foram se criando e reproduzindo no processo de colonização e exploração, até atingir a sua maior complexidade entre o campesinato, no vasto espectro que a lei chama de agricultor tradicional. A lei, entretanto, parece não atentar para a territorialidade.

A relação povo território tem a ver com a relação ser humano/natureza; isto porque o conhecimento surge de uma observação da natureza, da natureza em que se vive, ou do território em que se vive. Aliás, o enciclopedista Diderot (1989) demonstrava que todo conhecimento surge da natureza. Isto quer dizer que, ao reconhecer o conhecimento tradicional de um povo, comunidade ou agricultor, se está reconhecendo a sua relação com o território onde esse mesmo conhecimento foi adquirido ou reproduzido. Dito de forma mais clara: não é possível a existência de um conhecimento tradicional sem a relação prévia com uma natureza dada e não é possível a existência de uma natureza dada sem o território correspondente.

A Lei trata os portadores de conhecimentos tradicionais em três espécies: população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional. Embora não faça qualquer distinção entre eles, nem apresente definições específicas, está claro que estas três categorias correspondem aos povos “indígenas” e “tribais” da Convenção 169, aos “Povos e Comunidades Tradicionais” do Decreto 6.040/07, às “populações tradicionais” da Lei 9.985/2000 etc. acrescidos dos agricultores individuais tradicionais ou familiares que não integram uma comunidade, povo ou população, ou não se enquadram em nenhum dos dispositivos legais. Os agricultores tradicionais, quando formam um coletivo culturalmente uno, podem ser considerados co-

munidades, tribais ou tradicionais, todos referentes a coletivos de pessoas, mas a lei lhes acrescenta a possibilidade do conhecimento de um único agricultor individual.

Todos, porém, inclusive o individual, têm relação com um território porque o conhecimento específico nasce nele. Quando não estão em seu território, ou o espaço não é suficiente, a principal luta do grupo é por sua reconquista, o sentido da organização social passa a ser a reconquista, mesmo para o agricultor tradicional, assim chamado pela Lei. Trata-se da luta pela terra. Mas, mesmo quando estão, principalmente, lutando pela terra, a manutenção dos conhecimentos tradicionais e cultura está presente, seja pela preservação dos costumes éticos, pela língua, seja pelos conhecimentos diretamente relacionados à natureza, chamados de genéticos.

Quando a lei estabelece, porém, duas espécies de conhecimentos tradicionais associados, um de origem identificável e outro de origem não identificável, está abstraindo a ideia de território, como se o patrimônio genético e o conhecimento a ele associado não estivessem presos a um ou mais territórios, não tivessem lugar de existência ou origem. Neste sentido, a busca pela origem do conhecimento é, também, a busca pela origem territorial do bem. A Lei exime o usuário de obter consentimento prévio quando se trata de conhecimento de origem não identificável, o que já ficou demonstrado ser uma exceção duvidosa e perniciosa, mas a Lei exige do usuário o pagamento pelo uso, embora a repartição de benefícios não se dê, indo todo o recurso para um fundo. A repartição de benefícios é, porém, tão obrigatória quanto o consentimento, de tal forma que o fundo não pode substituir os povos, populações, comunidades e agricultores tradicionais. Isto reforça, pelo lado da repartição, como é perniciosa a exceção. Está claro que, às vezes, pode ser difícil de identificar a origem, na maior parte dos ca-

sos porque mais de um grupo o usa em territórios próximos ou equivalentes. Assim, a questão da identificação e a exceção tem que ser melhor regulamentada porque, efetivamente, fere os direitos dos povos que afirma proteger.

Conclusão

A Lei n.º 13.123/15, embora anuncie que protege os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional, o que, na realidade, faz, é permitir e organizar a exploração econômica do patrimônio genético nacional e dos conhecimentos tradicionais a eles associados. Neste sentido, contorna as naturais dificuldades existentes para essa exploração que, de um lado, encontra o interesse econômico, e, de outro, o interesse de todos e os direitos das populações tradicionais. Exatamente porque é enorme a contradição entre estes polos e maior ainda as dificuldades de contorná-las, a Lei não hesita em violar as demais Leis do Estado e as Normas Internacionais que o Brasil reconheceu e internalizou, além de evitar avançar e aprofundar questões como a origem, o território e a consulta prévia. A Lei viola a Constituição, viola as Convenções e fere os Tratados sobre os direitos dos povos.

Referências

ALBERT, Bruce. “Territorialidad, Etnopolítica y Desarrollo: A proposito del movimiento indígena en la Amazonia Brasileña”. In: SURRALLÉS, Alexandre; GARCÍA HIERRO, Pedro. **Tierra adentro: territorio indígena y percepción del entorno**. Documento 39. Copenhague: IWGIA, 2004. p. 221-258.

DIDEROT, Denis. **Da interpretação da natureza e outros escritos**. São Paulo: Iluminuras, 1989.

SANTILLI, Juliana. “Biodiversidade e conhecimentos tradicio-

nais associados: o novo regime jurídico de proteção”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 20, v. 80. p. 259-285, out-dez. 2015.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

TAVORA, Fernando Lagares et al. **Comentários à Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Disponível em: <<https://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI: VÍCIO CONGÊNITO

*Liana Amin Lima da Silva
André Halloys Dallagnol*

No ano de 2014, iniciou-se a tramitação apressada, em regime de urgência, do Projeto de Lei (PL) 7735/2014, apresentado pela Presidência da República, visando à revogação da Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, ao regulamentar

o inciso II do §1º e o §4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; e dá outras providências.

O referido projeto desconsiderou aspectos importantes dos debates realizados por povos e comunidades tradicionais e por organizações científicas e não governamentais. Ao longo de mais de quinze anos, esses debates deram origem a três projetos de leis (PL 306/95, PL 4579/98; e PL 4751/98), aprofundada a discussão no âmbito de aplicação da Medida Provisória 2.186-16/2001.

A proposta que deu origem ao PL 7735 foi basicamente elaborada pelos Ministérios das pastas de Meio Ambiente e de Ciência e Tecnologia, em trezentas reuniões com o setor empresarial, autodenominado Coalizão Empresarial pela Biodiversidade, conforme denunciado pelos Movimentos Sociais

e Organizações em Cartas Abertas,³ havendo uma discussão paralela no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Juliana Santilli (2015) já afirmava: “a nova lei traz retrocessos e incongruências inaceitáveis, o que reflete a pouca participação de representantes de povos e comunidades tradicionais e de organizações da sociedade civil na sua elaboração e discussão”.

Em termos de participação democrática, a tramitação do projeto de lei foi uma afronta para a participação da sociedade civil, ignorando os posicionamentos defendidos pelos povos e comunidades tradicionais afetadas diretamente pela legislação (ASA Brasil et al., 2014). Prova disso é que a Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais, que funciona no âmbito do Governo Federal, com participação do Ministério do Meio Ambiente, apenas tomou conhecimento do Projeto de Lei quando ele já havia sido encaminhado para a Câmara dos Deputados, em regime de urgência constitucional (TERRA de direitos et al., 2014).

O cenário de ausência de participação popular, anterior ao envio da mensagem presidencial à Câmara dos Deputados, se manteve durante todo o processo legislativo. Na Câmara dos Deputados, nenhum debate foi possibilitado. No Senado, houve a realização de uma audiência pública e de um Seminário, porém não houve qualquer possibilidade de retirada do regime de urgência, para que o debate fosse ampliado e capilarizado pelos movimentos sociais.

Na justificativa do parecer da Câmara dos Deputados, a participação de representantes de povos e comunidades tradicionais foi considerada uma dificuldade que “poderá tornar o processo moroso e inexequível na prática”. Desse modo, o

³ Pedido de Veto ao Projeto de Lei n.º 7735/2014.

Congresso Nacional vem sistematicamente violando os direitos e garantias aos povos e comunidades tradicionais previstos na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Com a internalização da Convenção, equiparam-se aos direitos dos povos indígenas,⁴ os direitos dos povos tribais, sujeitos da Convenção 169 (art. 1º-1, a), que, no Brasil, são identificados como povos e comunidades tradicionais, ressalvada a diferenciação quanto ao tratamento constitucional das terras indígenas e quilombolas.⁵

Conforme o Decreto n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, compreende-se por:

Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

O mecanismo de consulta prévia está previsto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT, quando consagra que os

⁴ Conforme CENSO IBGE 2010, entre os povos indígenas no Brasil, foram identificadas 305 etnias, falantes de 274 línguas, sendo a população indígena total de 896,9 mil.

⁵ Entre os grupos com identidade étnica considerados comunidades tradicionais no Brasil, encontram-se as Comunidades Quilombolas, Comunidades Caiçaras, Povos de Faxinais/Faxinalenses, Pescadores Artesanais, Ribeirinhos, Quebradeiras de Coco-babaçu, Comunidades de Fundo e Fecho de Pasto, Catadoras de Mangaba, Geraizeiros, Povos do Cerrado, Comunidades Extrativistas, Seringueiros, Pantaneiros, Povos Ciganos, entre outros grupos “cuja condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial” (art. 1º-1, a da Convenção 169). De acordo com o Decreto 6.040, de 2007, *territórios tradicionais* são “os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações”.

governos deverão consultar os povos indígenas e tradicionais, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Até o presente momento, não há qualquer iniciativa no âmbito do Legislativo Federal de se implementar a consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais na tramitação de projetos de leis e propostas de emenda constitucional suscetíveis de afetá-los.⁶ O Congresso Nacional ignora o cumprimento desse preceito fundamental de uma Convenção da qual o Brasil é signatário.

Após a promulgação da Lei n.º 13.123, em 20 de maio de 2015, o Poder Executivo, ao sinalizar prol de sua regulamentação, convocou a participação popular por meio de uma “consulta pública”. Tal espaço de participação se deu por uma convocatória de envio de propostas por internet.

Vale lembrar que a “consulta pública” não é o mesmo que a “consulta prévia” prevista na Convenção 169 da OIT. Quando o governo brasileiro propõe uma consulta pública no processo de regulamentação da lei já aprovada, não leva em consideração as especificidades dos sujeitos de direitos que

⁶ A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000, de autoria do Deputado Amir Moraes Sá (PL/ RR), tem como objetivo a transferência das responsabilidades do Poder Executivo na demarcação e titulação de terras indígenas e quilombolas para o Poder Legislativo. É outro grave exemplo de violação ao direito fundamental à consulta prévia no Brasil. Outros exemplos são: PEC 237/2013 - que visa tornar possível a posse indireta de terras indígenas a produtores rurais na forma de concessão; PL 1610/1996 - que dispõe sobre mineração em terras indígenas; PL 349/2013 - que tem como objetivo impedir que terras ocupadas por indígenas em processo de retomada sejam demarcadas ou continuem os estudos para constituição como Terras Indígenas; entre outros projetos que afrontam e afetam diretamente os direitos e interesses dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Além de não serem consultados, tem sido vedada a legítima participação de representantes desses povos durante o processo legislativo, especialmente, nos espaços das comissões que tratam e aprovam a matéria no âmbito do Congresso Nacional, o que gerou protestos e retomada da Mobilização Nacional Indígena e Quilombola, que teve forte repressão policial na manifestação de dezembro de 2014.

assumem identidades étnicas e que são culturalmente distintos de outros setores da sociedade.

O governo federal formou um Grupo de Trabalho, após a aprovação da Lei, com o objetivo de promover debates que poderiam contribuir com mobilização, conscientização, e, até mesmo, encaminhamentos para reduzir danos na elaboração do decreto de regulamentação, mas que não poderiam, de nenhuma forma, incidir ou propor alterações sobre a Lei já aprovada.

Foram realizados seis seminários regionais e um seminário nacional com povos e comunidades tradicionais, o que não foi suficiente e não substitui o obrigatório processo de consulta prévia, assim como não sana o vício de origem já configurado. Além do mais, os seminários regionais foram considerados insuficientes pela ausência de uma proposta de texto-base para a discussão e construção coletiva.

Reitera-se que tal processo deveria ocorrer previamente ao trâmite do processo legislativo e não na fase posterior à promulgação e momento da regulamentação da lei, evitada de vício congênito material e procedimental.

Logo, a tramitação do PL n.º 7735, que resultou na Lei n.º 13.123/2015 violou os princípios basilares desse mecanismo de participação específico para povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, pois deveria ter havido o devido processo de consulta prévia, livre, informada, adequada e de boa fé.

E, especificamente no caso da Lei n.º 13.123/2015, salienta-se que, em seu conteúdo, há afronta ao direito ao consentimento livre, prévio e informado. Estamos diante, portanto, de um caso de dupla violação, pois se caracteriza tanto em termos procedimentais (direito à consulta prévia no processo legislativo), quanto em termos materiais, ao reduzir o alcance e âmbito de aplicação do direito ao consentimento

livre, prévio e informado e à repartição justa e equitativa de benefícios nos casos de acesso ao conhecimento associado ao patrimônio genético.

Nesse contexto, é válido vislumbrarmos as lições da Corte Constitucional da Colômbia, ao considerar que a omissão legislativa em relação à consulta prévia configura inconstitucionalidade da lei, conforme apregoa Amparo Rodriguez (2014):

A consequência de omitir o dever de consulta prévia se traduz no descumprimento do compromisso internacional assumido pelo Estado com a Convenção n. 169 da OIT; igualmente supõe o desconhecimento da Constituição e por isso, pode-se solicitar o amparo desse direito mediante ação de tutela. Tratando-se de leis, a omissão da consulta prévia produz a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, ou a declaração de constitucionalidade condicionada excluindo de seu âmbito de aplicação os grupos étnicos afetados, ou a declaração de uma omissão legislativa por não haver previsto medidas orientadas a estas comunidades (p. 83 [tradução nossa]).

Na Colômbia, assim como em outros países latino-americanos, a Convenção n.º 169 da OIT integra o bloco de constitucionalidade e o direito à consulta prévia está consagrado como um direito fundamental.

Na Sentença C-030, de 2008, a Corte Constitucional da Colômbia exige do legislador a obrigação de realizar um procedimento não previsto na Constituição, nem na Lei Orgânica do Congresso, como requisito para tramitar medidas legislativas. A Corte passa a adotar uma linha jurisprudencial em matéria de exigibilidade da consulta prévia e controle de constitucionalidade, no que diz respeito a medidas legislativas que afetam os povos indígenas e tribais (Idem, p. 84).

No que concerne ao requisito da consulta em matéria legislativa, há características especiais, não podendo a consul-

ta prévia ser substituída por um processo participativo geral. Nesse sentido, a Corte Constitucional da Colômbia considerou como requisito da consulta prévia em matéria legislativa: a) dar conhecimento às comunidades, por intermédio de suas instâncias representativas, sobre o projeto de lei; b) ilustrar-lhes sobre seu alcance e sobre a maneira como poderia afetá-las; c) dar-lhes oportunidades efetivas para se pronunciarem sobre o mesmo (AMPARO RODRIGUEZ, 2009, p. 157).

Acrescenta-se que, com a finalidade de garantir o estabelecimento do procedimento para a realização da consulta, é importante mencionar que a Convenção 169 da OIT fixa as pautas gerais sobre as condições que deve cumprir a consulta prévia, relativas à que seja realizada de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias particulares, com a finalidade de chegar a um acordo acerca das medidas propostas (CORTE CONSTITUCIONAL, 2009).

Deve-se considerar tais lições como norteadoras para aplicação do direito à consulta prévia, já que o Estado brasileiro é signatário da Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, instrumento jurídico internacional que é autoaplicável a partir de sua entrada em vigor no Estado que o ratifica, ou seja, independente de regulamentação, o mecanismo de consulta prévia deverá ser observado.

Diante do exposto, reafirmamos a inconstitucionalidade da Lei n.º 13.123/2015, a partir de uma análise sistêmica e sistemática e devido a seu vício congênito, qual seja, a ausência da consulta prévia aos povos indígenas e tradicionais no processo legislativo em questão.

Referências

AMPARO RODRÍGUEZ, Gloria. **De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia**. Bogotá: Universidad del Rosario, GIZ Cooperación Alemania, 2014. p. 83. (Colección Diversidad Étnica y Cultural)

_____. **La consulta previa en medidas legislativas**: perspectivas desde la jurisprudencia constitucional. Bogotá: Verba Iuris. Enero, junio 2009. p. 157.

ARTICULAÇÃO dos povos e organizações indígenas do NE, MG e ES – APOINME; ARTICULAÇÃO dos povos indígenas do Brasil – APIB; ARTICULAÇÃO dos povos indígenas do sul – ARPINSUL. **Pedido de Veto ao Projeto de Lei nº. 7735/2014**. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2015/05/VETA-DILMA-PL-7735-v.3.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ASA Brasil; ASA Paraíba; AS-PTA Agricultura Familiar e Agroecologia; Associação Brasileira de Agricultura Biodinâmica; Associação de Agricultura Biodinâmica do Sul et al. **De onde brotam os espinhos** [Carta], nov. 2014. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/11/CARTA-DE-NUNCIA-De-onde-brotam-os-espinhos-final.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia. Luis Ernesto Vargas (Magistrado Ponente.). Sentencia C-175/09. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTATUTO DE DESARROLLO RURAL - Omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades indígenas y grupos étnicos que pueden resultar afectados, 2009. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>>.

IBGE. “Censo demográfico 2010”. **Características gerais dos indígenas. Resultados do universo**. Disponível em: <<http://>

biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>.

SANTILLI, Juliana. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 20, v. 80. p. 282, out-dez. 2015.

TERRA de Direitos; Articulação Pacari; Movimento dos Pequenos Agricultores – MPA et al. **De onde Brotam as Sementes** – Recomendações da Sociedade Civil ao Itamaraty [Carta], set. 2014. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Recomenda%C3%A7%C3%B5es-da-Sociedade-Civil-%C3%A0-COP-12-e-MOP-7-.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VIOLAÇÃO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO LIVRE, PRÉVIO E FUNDAMENTADO NA LEI N.º 13.123/2015

*Igor Alexandre Pinheiro Monteiro
Vera Lucia Marques Leite
Barbara Ferreira Araujo*

A Lei n.º 13.123/2015 foi sancionada apesar de grandes críticas dos movimentos sociais, do meio acadêmico e, sobretudo, dos povos indígenas e comunidades tradicionais em razão de não ter passado por processo de consulta livre, prévia e informada, tal como exige a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ironicamente, a lei introduz ao ordenamento jurídico nacional o instrumento do Consentimento Livre, Prévio e Informado para determinados casos de acesso ao conhecimento tradicional associado (CTA), contido no art. 9º da referida lei, além dos arts. 12 a 18 do Decreto 8.772/16, que a regulamentam, condicionando acesso à CTA a processo de Consentimento Livre, Prévio e Informado.

Sabe-se que o conhecimento tradicional é a forma mais antiga de produção de teorias, experiências, regras e conceitos. Envolve saberes empíricos, práticas, crenças e costumes passados de pais para filhos nas comunidades indígenas ou, mesmo, em comunidades tradicionais, que, embora sejam saberes empíricos, são considerados a mais ancestral forma de produzir ciência.

A utilização do conhecimento das comunidades tradicionais sobre recursos naturais como ponto de partida para pesquisas que podem levar ao patenteamento de produtos e processos é uma das questões que compõe o quadro das polêmicas acerca do tema. Isto porque esses conhecimentos que,

até recentemente, estavam relacionados unicamente à manutenção das formas de vida das sociedades tradicionais, a partir do século XX, passaram a ser vistos sob uma ótica utilitarista decorrente do novo cenário científico e tecnológico que se delineia e que ganha contornos claros com a evolução tecnológica, que tornou possível dar a estes recursos um forte potencial industrial (MARIOT, [s.d.]).

O controle que se busca ter em torno do acesso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados em território nacional e territórios de povos e comunidades tradicionais visa evitar usos indevidos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos que têm, em geral, como forma a aplicação industrial e aproveitamento comercial muitas vezes sem a devida repartição de benefícios com o Estado e/ou comunidades provedoras.

Já em seu artigo 2º, a referida lei diferencia, de modo bastante polêmico, por meio dos seus §§2º e 3º, que consistem no conhecimento tradicional associado e conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Pelo entendimento do Marco Legal, são dois conceitos distintos e isto terá repercussão na dispensa de consulta prévia para acesso ao patrimônio genético decorrente do segundo conceito (art. 2º, inc. III e 9º §3º da Lei n.º 13.123/15), mesmo que por instituições públicas de pesquisa.

A regra consiste, portanto, em exigir processo de obtenção, ou não, de consentimento como pré-condição para o acesso e exploração ao patrimônio genético em território tradicional e ao conhecimento tradicional associado.

Segundo a lei, o consentimento pode se comprovar de quatro modos (art. 9º, §1º), sendo: assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou, adesão na forma prevista em protocolo comunitário.

Importante ressaltar que o Decreto regulamentador da lei em referencia, garante a possibilidade de os provedores, ou seja, as comunidades consultadas, escolherem a forma em que se dará a comprovação do consentimento ou não ao acesso (art. 14 do Decreto 8.772/16), além de os mesmos contarem com a possibilidade de serem assessorados, caso solicitado, por órgãos e entidades federais competentes no processo de obtenção de consentimento ou, mesmo, durante as negociações (art. 14, §2º do Decreto 8.772/16).

O Decreto corrobora o entendimento da Convenção 169 da OIT ao estabelecer que o processo de obtenção de consentimento deverá ser realizado conforme as formas tradicionais de organização e representação dos povos indígenas ou comunidades tradicionais e/ou do protocolo comunitário dos mesmos (art. 15 do Decreto 8.772/16), sendo este um aspecto relevante ao demonstrar respeito do modo de vida de cada comunidade a ser consultada, não obstante afastando, em tese, um possível modelo geral de consulta homogeneizante e cego às diferenças (TAYLOR, 1994).

O processo de obtenção de consentimento deverá, ainda, obedecendo aos caracteres informativo e livre da Consulta nos moldes da Convenção 169 da OIT, prestar esclarecimentos sobre os impactos sociais, culturais e ambientais decorrentes do acesso ao CTA; sobre os direitos e responsabilidades das partes na execução da atividade e nos seus resultados; além da possibilidade em negar o consentimento (art. 16 do Decreto 8.772/16).

Não obstante a previsão de consulta no caso de acesso ao CTA identificado, tal obrigatoriedade ainda é precária. Duas questões se destacam, neste aspecto. A primeira é a de que, no Marco Legal, não há previsão de mecanismos claros de checagem após a realização do cadastro de acesso, logo, quem acessou conhecimento tradicional de forma inapropriada dificilmente será punido. Isso porque a coleta de informações

junto aos detentores de conhecimento tradicional pode não ser caracterizada como acesso. A outra questão que se evidencia é a de que o cadastro e seu eventual processo de verificação acontecem após a coleta de informações e, se o procedimento de consentimento prévio informado for realizado incorretamente, no momento da verificação será tarde demais, pois os saberes coletados já terão sido transmitidos (BENSUSAN, 2016).

O acesso é entendido apenas como pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e o pesquisador não precisa fazer absolutamente nada até o momento onde resolve remeter o patrimônio genético para o exterior, requerer algum direito de propriedade intelectual, comercializar algum produto ou divulgar seus resultados (Idem).

Uma importante questão a destacar é que a legislação havia silenciado acerca do direito de negar o consentimento, contudo, o Decreto 8.772/16, que a regulamenta, em seu art. 14, conferiu expressamente a possibilidade de negar o acesso ao CTA, conforme garantido pela Convenção 169 da OIT, a fim de que a palavra dos povos e comunidades seja, de fato, determinante no processo de obtenção, ou não, de consentimento prévio e informado. Este, talvez, seja um grande trunfo a ser explorado pelas Comunidades tradicionais.

Mas, a preocupação em relação à previsão do Consentimento Prévio e Fundamentado na lei gira em torno dos casos em que o consentimento não é exigido, além dos conceitos associados a estes casos, visto que podem comprometer a segurança do conhecimento tradicional associado. Dentre os dispositivos que podem trazer insegurança, está o artigo 9º, §2º da lei e no art. 12, §2º do decreto regulamentador, prevendo que o acesso ao CTA de origem não identificável independe de consentimento prévio e fundamentado de qualquer povo ou comunidade.

A questão se agrava quanto ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, visto que, como dito anteriormente, a lei permite o acesso independente de consentimento prévio informado (art. 9º, §2º da Lei n.º 13.123/15). Por “não identificável” a legislação entende um conhecimento em que não há possibilidade de identificar sua origem, por já se encontrar amplamente difundido entre os povos, comunidades e, até mesmo, entre povos não tradicionais.

Se observarmos, o inciso III do artigo 2º do Marco Legal, este define que o conhecimento tradicional associado de origem não identificável como aquele conhecimento em que “não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”, neste, incluindo, inclusive, o acesso à amostra de espécie domesticada e de população espontânea. E, neste caso, a lei permite o acesso independente de consentimento prévio informado (art. 9º §2º da Lei n.º **13.123/15**).

Ao permitir tal acesso, coloca em extrema vulnerabilidade o chamado conhecimento tradicional de origem não identificável. A concepção que está subjacente é a de que não há a possibilidade de vincular a origem deste conhecimento a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional. Este conhecimento fica à mercê dos impulsos e das aspirações consumidoras que identificam cada vez mais as culturas tradicionais como um bem a ser consumido.

Entretanto, tanto a lei como o decreto cometem desrespeito absurdo ao direito à Consulta livre, prévia e informada ao excluírem os povos e comunidades de eventual debate sobre a origem do conhecimento tradicional associado ou do patrimônio genético caso o usuário, no ato do cadastro, afirme que o conhecimento que busca o acesso é de origem não identificável.

O Protocolo de Nagoya garante que o acesso aos recursos naturais e ao conhecimento tradicional associado devem estar sempre condicionados ao consentimento prévio e fundamentado de povo ou comunidade tradicional (artigo 15, J), sendo, portanto, este instrumento um direito absoluto destes povos, que necessita ser realizado sempre que qualquer ato, mudança administrativa ou legal interfira em suas vidas, como previsto pela Convenção 169 da OIT em seu artigo 6º.

A legislação também aborda a obtenção do consentimento prévio e fundamentado através de processo definido em Protocolo Comunitário, que consiste em um instrumento também previsto pelo Protocolo de Nagoya, em seu Artigo 12, que corrobora o artigo 6.1 da Convenção 169 da OIT, quando este afirma que os povos e comunidades serão consultados por “procedimentos adequados e, em particular, através de suas instituições representativas”. Assim, mesmo nos casos em que a legislação não preveja a realização de consulta, o usuário deverá, obrigatoriamente, seguir as regras definidas em Protocolo Comunitário construído pelo povo ou comunidade, conferindo força, também, à oportunidade de exigir a obtenção de consentimento prévio e informado nos casos dispensados pela lei.

Ainda que o Brasil não seja signatário do Protocolo de Nagoya, este fica obrigado a seguir suas regras quando negociar com países que tenham ratificado o Protocolo, bem como deve respeitar as legislações dos demais Estados na negociação com os mesmos, havendo, portanto, casos em que se pode exigir a obediência ao Protocolo de Nagoya ainda que o mesmo não possua validade jurídica formal no país.

O problema da isenção de consentimento em casos de CTA não identificável decorre do fato de que nem a lei e nem o decreto definiram os critérios para considerá-lo de tal modo, de forma que ficam sem respostas algumas questões, tais como:

que critérios objetivos e específicos devem ser observados na definição de um conhecimento tradicional associado como não identificável e através de quais mecanismos serão avaliados? Como e quando se dará a avaliação desses critérios? O CGEN será encarregado de analisar e pedir que o usuário comprove a não identificação do CTA informado no ato do cadastro? Haverá esferas de discussão, impugnação e recurso dos povos e comunidades para que possam alegar que o conhecimento em discussão é identificável?

Seria adequada à constatação de eventual não identificação da origem de um conhecimento a realização de laudo antropológico, sociológico e consultas públicas promovidas por instituições idôneas para a verificação da possibilidade de associação de um conhecimento tradicional associado a uma determinada comunidade ou povo. É grande o risco de que o cadastro de pedido de acesso ao CTA seja uma porta de entrada fácil à biopirataria, abrindo a possibilidade de que os povos e comunidades sejam lesados em processos pouco transparentes.

É de extrema relevância que os dados dos cadastros de acesso ao conhecimento tradicional associado e ao patrimônio genético sejam acessíveis e transparentes, de modo que a sociedade possa acompanhar e participar, além de abrir a possibilidade de impugnações e discussões no plano administrativo. Assim, poder-se-ia ter o direito de resposta aos povos e comunidades não consultados para discutir a qualidade de “não identificável” do conhecimento ou patrimônio pretendido no ato do cadastro.

Além disso, é necessário que fique claro que a repartição de benefícios de casos em que se considere o conhecimento tradicional associado de origem não identificável não será realizada para um ou mais povos ou comunidades específicas, dado que a lei destina a repartição de benefício em espécie

monetária correspondente a 1% da receita líquida anual proveniente da exploração econômica do material ou conhecimento tradicional acessado, que será destinado ao Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (art. 48, II, b do Decreto 8.772/16).

Para alguns autores, como Vasconcelos (2015), a Lei n.º 13.123/2015 promove significativa mudança no marco regulatório nacional, uma vez que desburocratiza e facilita os procedimentos para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. Entretanto, a questão é complexa e propostas para a sua solução têm havido e vão desde a afirmação de que, de fato, no caso do conhecimento não identificável, a sua utilização deve ser de fácil acesso, até àquelas que propõem a associação do conhecimento tradicional com o conhecimento científico, qual seja, um conhecimento híbrido.

Ocorre que a ausência de previsão de consentimento realizado por meio de consulta prévia, para acesso ao conhecimento tradicional não identificável, a exemplo do manejo de sementes e raças feitas por detentores de conhecimento tradicional, bem como cremes ou perfumes produzidos com produtos da floresta, correm o risco de serem patenteados e gerar divisão dos benefícios com outros países caso o tema não seja devidamente regulamentado e fiscalizado, pois:

[...] Esse conhecimento, intrínseco ao patrimônio genético, é amplamente disseminado e não pode deixar de ser alvo de consentimento prévio e informado e de reconhecimento, mesmo quando o acesso é apenas ao patrimônio genético (BENSUSAN, 2016).

Por outro lado, não se pode esquecer que, de acordo com a Constituição Federal vigente, os povos indígenas detêm o direito originário e o usufruto exclusivo sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A Carta Magna, em seus artigos 231 e 232, deu um passo à frente na questão indígena, pois, nestes dispositivos, protege a propriedade das terras ocupadas pelos

índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.

Uma das poucas organizações internacionais preocupada com esta questão é a UNESCO, que se posicionou como defensora solitária dos direitos das comunidades tradicionais e vem articulando, nestes últimos 20 anos, uma série de intervenções nesta área. Entre elas destaca-se a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial¹ que tem, entre suas finalidades: a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e o respeito ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos. Ao lado dela, outra importante aliada desses direitos certamente é a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) que, reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é necessário repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento, entre outras coisas, adotou a locução “comunidades locais e povos indígenas” (DIAS, 1992).

Apesar de todo este aparato jurídico, que, de certa forma, não foi contemplado pela Lei n.º 13.123/2015, uma questão se impõe: como proteger o conhecimento tradicional não identificável da cobiça das indústrias produtoras de medicamentos, ou, mesmo, de cosméticos, bem assim como a comercialização indevida desse conhecimento?

Neste sentido, há que se perguntar com Mariot:

Como catalogar e proteger esse patrimônio e essas comunidades deste avanço desenfreado da indústria, em especial a farmacêutica, e a estética? Mas também como proteger as comunidades tradicionais do avanço dos pesquisadores que em nome da ciência esbulham estas comunidades economi-

¹ Aprovada na 32ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em sua 32ª sessão, realizada em Paris do dia 29 de setembro ao dia 17 de outubro de 2003.

zando anos em pesquisa e, por consequência, milhões de dólares de investimentos?

Pois, como bem sinaliza Moreira:

[...] o Direito à Consulta Prévia foi solenemente ignorado no texto da recém-publicada Lei Brasileira sobre patrimônio genético da biodiversidade e conhecimentos tradicionais (Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015). A Lei não somente foi elaborada sem a realização de consulta prévia como também não previu o direito à consulta de forma clara em seu texto.

Enfim, a ausência de consentimento prévio e informado na Lei n.º **13.123/15** evidencia um flagrante e indiscutível desrespeito, não só às comunidades tradicionais, como aos acordos internacionais que o Brasil realiza.

Referências

BENSUSAN, Nurit. “Governo abre consulta sobre o decreto que regulamentará lei de acesso ao patrimônio genético”. **Amazônia**, 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://amazonia.org.br/2016/04/governo-abre-consulta-sobre-o-decreto-que-reglamentara-lei-de-acesso-ao-patrimonio-genetico/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

DIAS, Braulio F. S. (Coord.). **A Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB**, n. 1. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 1992. (Série Biodiversidade)

MARIOT, Gilberto. **Conhecimento tradicional e sistema da proteção da propriedade intelectual**. Disponível em: <http://mbek.com.br/artigos/Conhecimento_tradicional.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

MOREIRA, Eliane. “A consulta prévia e a nova lei brasileira sobre acesso e uso do patrimônio genético da biodiversidade e conhecimentos tradicionais”. **Centro de Información de la Consulta Previa**. Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#/columna/22>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

TAYLOR, Charles et al. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

VASCONCELOS, Rosa Miriam de. **Conhecendo a nova lei de acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional (Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015)**, 1.ed., 1 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cfbio.gov.br/admin/_lib/file/docAne-xos/publicacao-lei-13123-d/>. Acesso em: 13 jul. 2016.

VIOLAÇÃO AO DIREITO À REPARTIÇÃO JUSTA E EQUITATIVA DE BENEFÍCIOS

Tiago Martins

Nathália Tavares de Souza Almeida

Na Convenção da Diversidade Biológica, garante-se o direito de repartição justa e equitativa de benefícios oriundos de acesso a patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. Na Medida Provisória n.º 2186-16, de 2001, também se previa a repartição de benefícios nesses termos. No entanto, na nova estrutura que a Lei n.º 13.123/2015 estabelece, a repartição de benefícios derivados de acesso a patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados apenas aparece quando atrelada aos seguintes critérios: (i) quando for passível de exploração econômica, (ii) se tratar de produto acabado ou material reprodutivo (iii) e em relação àquele ser elemento principal de agregação de valor.

A mesma previsão aparece no decreto que regula a lei supracitada, agora se referindo ao que seria considerado como relevante para agregação de valor por meio do apelo mercadológico (art. 43, §3, do Decreto n.º 8772/16). Nos termos da lei, os elementos principais de agregação de valor são “os elementos cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico”. E, por esse último, entende que é atendido quando se faz

referência a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, à sua procedência ou a diferenciais deles decorrentes, relacionada a um produto, linha de produtos ou marca, em quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva, inclusive campanhas de marketing ou destaque no rótulo do produto.

Ainda assim, ao estipular que, no caso de produto acabado, o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado deve ter estreita relação com a agregação de valor e impacto no mercado, a lei claramente atrela a necessidade de repartição de benefícios ao retorno financeiro e comercial, vinculando-a a uma futura exploração econômica que vingue. Além de ser extremamente subjetiva, não há qualquer parâmetro objetivo através do qual seja possível determinar e quantificar o quão foi determinante para acrescentar seu apelo mercadológico do produto acabado.

Não é isso a que deveria se prestar um Contrato de Repartição de Benefícios, no qual o conhecimento não deveria ser moeda de troca, mas deveria servir para proteger dos danos e riscos decorrentes desse acesso ou relação, para além de garantir contrapartida das vantagens que podem ser obtidas oriundas de acesso a esse patrimônio.

O contrato de repartição de benefícios deveria ter o escopo de efetivação de direitos, o que não foi vislumbrado pela lei, rompendo com as diretrizes constitucionais e tratados sobre o tema. Ademais, o que determinaria a necessidade da repartição de benefícios é o acesso sem qualquer condicionante, quanto menos o de potencial uso econômico e comercial. Ao confundir acesso com a efetiva exploração econômica do patrimônio, se esquece de que não se está lidando com simples item em uma cadeia produtiva econômica, mas, sim, com a identidade de um povo, que, aqui, é reduzido a mero provedor de matéria-prima, culminando com a tradução equivocada daqueles em pecúnia, quando não são valores que se equivalem.

Se, aos pesquisadores e à indústria, é poupado esforço na pesquisa, esse esforço foi feito pelas comunidades, presentes e passadas, na criação, seleção e manutenção do patrimônio genético e na produção coletiva e histórica daquele saber ancestral.

A Convenção 169 da OIT, a Convenção da Diversidade Biológica e o Protocolo de Nagoya apontam para autonomia e informação como caminho para o consentimento consciente e não, simplesmente, ciência de uma decisão alheia. Preceituam, ainda, que a maior preocupação deve ir muito além do que uma contrapartida ao acesso, mas a proteção dos conhecimentos e de seus titulares para que não se faça uma objetificação e que os conhecimentos não se reduzam à mercadoria.

Segundo os mesmos instrumentos internacionais de proteção, necessariamente o debate sobre benefícios decorrentes do acesso precede o contrato e se dá durante a consulta prévia, onde todas as informações são participadas aos envolvidos. Nesse processo, cabe às comunidades o direito de decidir sobre o uso de seus conhecimentos, incluso, aqui, o poder de veto; contudo, na legislação pátria atual, resta-lhes apenas a “participação” nessa tomada de decisão, prevista no art. 10, IV da lei e art. 12 do Decreto n.º 8772/16.

A Lei traz, no art. 21, o conceito de competitividade, e atribui à União a possibilidade de celebrar acordo setorial para reduzir o valor da repartição de benefícios. Essa faculdade que a legislação apresenta se faz, sem, contudo, estipular critérios objetivos que permitam saber quando essa prerrogativa pode ser alegada.

Dada a subjetividade de tal conceito, deixa-se margem para arbitrariedade, uma vez que não existem moldes para avaliá-lo e a quem compete fazê-lo. Desse modo, a lei, ao prever um conceito extremamente vago, abriria margem para mais um subterfúgio que possibilitaria que não houvesse a repartição de benefícios e que permitiria que o acessante se imiscuísse desta responsabilidade, quando as próprias condições para a repartição de benefícios, na estrutura montada pela lei, já são bem restritas.

A competitividade no setor empresarial, ainda que en-

tendida como vantagem frente a um mercado de concorrência, não deve ser o aspecto mais relevante em âmbito de políticas públicas. Pelo conceito vago trazido pela lei, não se pode determinar no que consistiria a competitividade e, sobretudo, seria extremamente nocivo estipular a competitividade como valor principal em detrimento, inclusive, de direitos fundamentais.

A lei inteira parece uma armadilha trazendo várias lacunas – para interpretação subjetiva – que permitem isenções das responsabilidades frente as comunidades tradicionais.

Ademais, a lei prevê simplesmente a oitavados órgãos de proteção, como subsídio com “o fim de aumentar a competitividade” e de reduzir o valor da repartição de benefícios. Não será mitigando os direitos de uma minoria, com o pretexto de estar apto a ter maior poder no mercado de concorrência, que o Brasil pode atingir seu objetivo e compromisso de desenvolvimento sustentável.

E, ainda que a intenção fosse enfocar os fatores que implicam na concorrência, aumentar as distorções sociais não pode afetar positivamente essa balança. A redução de custos e o preço, nem no âmbito restrito de análise econômica e ou de estratégia empresarial, não poderiam ser considerados como fator de maior relevância.

As melhorias da qualidade de vida dos povos e comunidades tradicionais e da sociedade em que se inserem definitivamente não se resumem a crescimento econômico, nem devem estar subordinadas à redução de custos das empresas ou à sua rentabilidade, às quais a Lei parece estar voltada, para garantir que haja proveito das empresas.

O efeito perverso dessa visão estritamente em prol da competitividade, como um valor em si mesmo, só faz a postura individualista e de não responsabilidade tanto dos cidadãos como das empresas nacionais crescer, além do que não necessariamente o foco em superar a concorrência levará à produ-

tividade. O modelo liberal já se provou insustentável e já demonstrou que o viés econômico como único valor é deficiente e adoece a sociedade.

Se, no quadro normativo anterior, na vigência da Medida Provisória 2186-16 de 2001, se questionava se os critérios para o contrato de repartição de benefícios eram eficazes para assegurar a proteção do patrimônio genético e cultural conforme previsão constitucional, com o atual texto legislativo, nem parece haver a intenção de tutelá-lo.

Erroneamente, entende-se que “simplificar” o acesso com o pretexto de fomentar maior competitividade estimularia a sua proteção. Porém, de fato, entender suas peculiaridades e dar voz aos titulares do patrimônio e do conhecimento é que faria efeito e não a sua mercantilização.

O contrato de repartição não deveria estipular uma moeda única de troca, nem resumir a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais a valores econômicos sem se preocupar com seus detentores. A lógica deturpada da lei acaba atropelando todos os direitos das comunidades com pretexto de reduzir custos – de certo, exclusivamente aqueles da indústria, já que os custos para as comunidades serão incomensuráveis ao se tentar tornar simples o processo de repartição de benefícios oriundos do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

O Contrato de Repartição de Benefícios deve prever a repartição dos bônus e ônus, ao contrário do que a lei estipula, pois deixa todo o ônus recair e sobrecarregar um lado e sem exigir que a responsabilidade seja partilhada como forma de estabelecer equilíbrio contratual.

Outrossim, a lei desconsidera os produtos intermediários na cadeia produtiva para fins de repartição de benefícios. Tal exigência da repartição de benefícios, apenas para o fabricante do produto acabado, desobriga os demais participantes

da cadeia de insumos, havendo, por conseguinte, isenção da repartição para os demais elos na cadeia, importando apenas o produto final no mercado.

Uma vez que a repartição foi limitada ao fim da cadeia, ou seja, quando o produto estiver acabado – diferente do antigo marco legal no qual se falava em repartição de benefícios em todas as etapas da pesquisa – não há garantia de repartição de benefícios. Se, por exemplo, for o caso de uma empresa de grande porte, a produtora de insumos oriundos do acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, mas, ao final da cadeia, se encontrem microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais, [estas] serão isentas da obrigação de repartição de benefícios (art. 17, §5º, I).

Quando a modalidade da repartição de benefícios for monetária, decorrente da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético, a Lei n.º 13.123/2015 estipula um percentual fixo de repartição de benefícios a ser pago ao povo ou comunidade tradicional pelo usuário, o qual fica obrigado a repassar 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica decorrente desse acesso. Ou seja, o art. 20 estabelece esse percentual como patamar máximo, quando se optar por modalidade de repartição de benefícios monetária, o qual pode, ainda, chegar a ser reduzido para 0,1% por acordo setorial, no caso de conhecimento tradicional não identificável, se alegado o objetivo de garantir competitividade do setor atuante (art. 21 da lei e art.56, §2º do decreto). Nesse aspecto, se destaca a menção de competitividade que, não conceituada pela legislação, deixa margem para ampla interpretação. Enquanto que o Protocolo de Nagoya e a CDB determinam o direito das comunidades de negociar livremente os termos da repartição, no Brasil, na hipótese referida, não se poderá nem ultrapassar

o percentual de 1%.

No caso do art. 24 da lei, no que tange a conhecimentos tradicionais de origem identificável (outro impasse), há a previsão que determina que deve haver negociação entre usuário e os detentores, o mesmo estabelecido pelo art. 14 do decreto.

A lei supostamente teria a pretensão de reduzir os entraves burocráticos nos processos de autorização de acesso a patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, bem como a falta de pragmatismo no acesso, tempo e custo nas transações entre usuário, povo ou comunidade envolvida e o Estado. Porém, nesse esforço, o legislador se esquece de que esse acesso e suas implicações não se tratam de mera negociação comercial. De fato, o que está em jogo, aqui, é a efetivação de direitos e a proteção da identidade e autonomia de povos e comunidades envolvidas, bem como dos direitos intelectuais coletivos.

Na verdade, nesse dispositivo, não se consegue visualizar nem objeto de tutela nem sujeito de direitos que garantam os interesses coletivos desses grupos. Outrossim, a Lei, por si, não deveria tratar de limitação cabível da repartição, uma vez que não há competência legislativa para se definir se 1% ou qualquer outro percentual máximo é justo, muito menos a redução para 0,1%. Certamente, não são equitativos.

Se o intuito legislativo fosse trazer maior proteção às comunidades, as quais não raramente são marginalizadas nesse processo e têm seu patrimônio usurpado, talvez se pudesse falar em estipular um mínimo, nunca estipular antecipadamente um percentual fixo ou teto máximo, negando o direito de negociação das comunidades.

Em contrapartida, na nova lei, não há a garantia de consulta prévia informada, nem repartição de benefícios para os detentores de conhecimento tradicional no caso de acesso ao patrimônio genético.

Trata-se, portanto, de legislação voltada a proteger interesses econômicos, que insiste em visualizar o meio ambiente e suas relações como produto, sendo, nesse sentido, incompatível com a constituição e demais convenções, novamente deturpando o que é benefício.

A repartição justa e equitativa é transformada pelo texto legal em participação mínima ou ínfima nos lucros, destoando do intuito de se acordar um contrato de repartição justa e equitativa de benefícios.

A Lei n.º 13.123 de 2015 distorce tudo que se pretendia na Constituição, Convenções e tratados com status constitucional. Se o debate empreendido na consulta prévia serve para participar dos termos da pesquisa e estabelecer os termos do contrato, como poderia a legislação, de antemão, estipular, em alguma hipótese, como a do art. 21, um percentual fixo e, ainda, de 1% e chamá-la de justa e equânime? A lei aparentemente entende que, nessa situação, esse percentual é satisfatório para tutelar de forma ampla os direitos das comunidades. Contudo, esse percentual parece mais simbólico, apenas para formalizar uma transação forçada e legitimar sua exploração, além de ser estabelecido sem qualquer fundamentação.

No processo de consulta são expostas todas as informações prévias à obtenção do consentimento, o qual precede, o contrato de repartição, quando aqui existe, inclusive, a possibilidade de ser substituído por “um contrato/cláusulas/modelo previamente/sinteticamente formatado” no qual não há consulta; o consentimento é meramente formal e a repartição é um percentual mínimo fixo.

Entretanto, não cabe ao legislador de forma unilateral antecipadamente decidir o percentual, nem qualquer termo do contrato que apenas é válido após consulta prévia, livre e informada na qual cabe às comunidades negociarem e decidirem se haverá acesso e os termos da repartição de benefícios.

As comunidades tradicionais têm direito de decidir sobre o acesso ao patrimônio genético, bem como ao conhecimento tradicional associado sem que sejam reduzidos a provedores. Na referida lei, contudo, em total contradição a este direito consolidado, inclusive em documentos internacionais, esse direito não lhes foi assegurado.

Se, antes, durante a vigência da Medida Provisória 2186-16, de 2001, a maior preocupação era que o dever de consultar as comunidades fosse feito de forma adequada, hoje, é desconsiderado o próprio dever de consultar.

Os direitos de povos e comunidades tradicionais estão expostos a risco quando subjugados à “aquisição” de conhecimentos tradicionais por meio da qual se obtém resultado inverso ao que se pretendia, que seria de estimular a conservação da biodiversidade. Com a atual Lei, tem-se como resultado o seu esfacelamento e, por conseguinte, o da própria comunidade.

Ademais, o que realmente importa não é o valor monetário repartido, apesar de poder ser uma das modalidades previstas no contrato. Ressalte-se que a Lei (e o decreto) dá a faculdade ao usuário para eleger outras modalidades, esquecendo de novo de que deveria se tratar de um acordo de vontades, o que significa dizer que sempre deveria haver a bilateralidade, e, não, decisão unilateral, para não sucumbir à conveniência de setor industrial.

ESTABELECIMENTO DE ISENÇÕES PARA AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO

Igor Alexandre Pinheiro Monteiro

Um dos problemas evidenciados na Lei n.º 13.123/15 é a supressão do consentimento prévio e fundamentado quando o acesso ao conhecimento tradicional associado ou patrimônio genético refira-se à variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula à atividade agrícola. Considera-se, conforme definição da própria legislação, que as espécies de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula foram originadas de conhecimentos tradicionais de origem não identificável (art. 9º, §3º).

Primeiramente, é necessário dissecar os conceitos técnicos da lei. Por **atividade agrícola**, a legislação entende as atividades de produção, processamento e comercialização de alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas, ou seja, atividades ligadas ao agronegócio, em grande parte das vezes.

Em se tratando dos produtos da sociobiodiversidade, a legislação nos introduz o conceito de “**variedade tradicional local ou crioula**”, que consiste na variedade proveniente de espécie que ocorre em condição *in situ* (condições em que o patrimônio genético se desenvolve em seu habitat natural, compreendendo espécies domesticadas ou cultivadas), ou mantida em condição *ex situ* (condições em que o patrimônio genético é mantido fora de seu habitat natural), sendo composta por grupo de plantas dentro de um táxon (unidade de classificação científica para conjuntos de espécies, tal como o ser humano é classificado como *Homo sapiens*) no nível mais

baixo conhecido, com diversidade genética desenvolvida ou adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, incluindo seleção natural combinada com seleção humana no ambiente local, que não seja substancialmente semelhante a cultivares comerciais.

A legislação, por sua vez, entende “**raça localmente adaptada ou crioula**” enquanto uma raça proveniente de espécie que ocorre em condição *in situ* ou mantida em condição *ex situ*, representada por grupo de animais com diversidade genética desenvolvida ou adaptada a um determinado nicho ecológico e formada a partir de seleção natural ou seleção realizada adaptada por povos indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais.

Ocorre que grande parte do patrimônio genético que pode vir a ser classificado como de origem não identificável é fruto de anos, décadas, ou até séculos de trabalho de seleção e adaptação dos povos indígenas e povos e comunidades tradicionais, o que, em si, já caracteriza o patrimônio genético como proveniente de conhecimento tradicional associado, mas que a legislação ignora, apesar da Convenção 169 da OIT, Protocolo de Nagoya e a Convenção da Diversidade Biológica serem todos uníssomos em afirmar que deve se consultar as comunidades toda vez que houver acesso aos seus conhecimentos tradicionais, ainda quando for utilizado pelo usuário para atividades agrícolas, atividade que a lei em análise abrande no regime de repartição de benefícios.

Para se ter uma noção da grandiosidade do trabalho realizado pelos povos indígenas, mesmo sem utilização de roda ou animais de tração, em épocas passadas, foram capazes de domesticar mais da metade dos sete grãos largamente comercializados para a alimentação hoje em dia, dentre outros produtos agrícolas, como é o caso do milho, batata-doce, macaxeira, tomate, amendoim, pimenta, chocolate etc. (SOUZA, 2015).

É relevante lembrar que a Lei n.º 13.123/15 foi editada com o fim de regulamentar a Convenção de Diversidade Biológica (CDB), tratado internacional que estabelece a necessidade de repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado entre os países-membros e os povos indígenas e povos e comunidades tradicionais.

A legislação deve obedecer à risca os princípios e dispositivos contidos na CDB, dentre eles o Artigo 8.J, que exige que a legislação nacional respeite e preserve os conhecimentos tradicionais associados, além de encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento. Ora, se a legislação de pronto classifica as variedades tradicionais locais ou crioulas e raças localmente adaptadas ou crioulas como conhecimento de origem não identificável, as possibilidades de que esses conhecimentos seculares sejam largamente utilizados para fins agrícolas sem repartição de benefícios direta com os povos ou comunidades que desenvolveram tal conhecimento, ainda que haja a repartição monetária ao Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, é eminente, ou, mesmo, intencional, considerando as grandes frentes de interesse no legislativo federal brasileiro.

A isenção de consulta para fins de atividade agrícola é claramente contrária à CDB em dois pontos principais: quanto à isenção de consulta livre, prévia e informada (art. 9º, §3º) e quanto à repartição de benefícios na exploração econômica de material reprodutivo que contenha conhecimento tradicional associado e que este agregue valor ao produto acabado é que serão repartidos os benefícios, como definem os arts. 17 e 18, §2º da lei em análise.

Se analisarmos os dados oficiais do Ministério da Agricultura, percebemos que os produtos da agrobiodiversidade, associados à produção agrícola, correspondem a 31% das ex-

portações brasileiras, e, em valores, a produção agrícola correspondeu, em 2015, a R\$ 295,1 bilhões (FERNANDES, 2015). Isso significa que há grandes chances de as grandes empresas agrícolas se apropriarem dos conhecimentos tradicionais associados sem que ocorra a devida repartição de benefícios que a CDB garante e sobre a qual a Lei 13.123/15 se propõe a legislar. Ademais, quando há repartição, o maior montante que se pode obter é de 1% da receita líquida obtida com a exploração do conhecimento ou patrimônio genético quando não identificável, enquanto que, quando for identificável, a repartição deverá ser discutida entre as partes e destinada às próprias comunidades envolvidas.

É importante lembrar que o art. 18, §2º do Decreto n.º 8.772/16 define também como atividade agrícola a produção de energia através de biocombustíveis (etanol, biodiesel, biogás e cogeração de energia elétrica a partir do processamento de biomassa).

De maneira intencional, a legislação ignora que a titularidade do conhecimento tradicional associado é dos povos e comunidades, e silencia-os, dispensando a Consulta livre, prévia e informada no acesso ao patrimônio genético para atividades agrícolas. Com essa dupla isenção para fins de produção agrícola, vemos que há grande exposição dos conhecimentos tradicionais associados e do patrimônio genético brasileiro, os quais ficam fragilizados.

O objetivo desta isenção fica claro no estudo produzido por uma consultoria do Senado Federal (TÁVORA et al., 2015) em que se defende que esta medida reduzirá gastos para o setor da agropecuária e estimulará a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico do mesmo às custas dos saberes tradicionais que são sucateados ao ponto de terem de ser “salvos” – em uma visão colonialista – pela bioprospecção dos grandes grupos econômicos. Além disso, a repartição de benefícios recairá sobre

o valor do material reprodutivo, ou seja, da semente, mas não da *commodity*, o grão de soja, por exemplo, que tem valores absurdamente altos em termos de exportação mundial, o que caracteriza mais uma manobra dos legisladores com objetivo de reduzir os custos da repartição de benefícios.

A Lei de Sementes (Lei n.º 10.711/2003), com todos os seus problemas, sobretudo de ter como fim regular o mercado formal de sementes e deixando de lado os mercados locais, dado que impõe várias limitações à produção própria de sementes. Entretanto, os pequenos agricultores têm mais acesso às sementes do mercado local por chegarem às áreas remotas onde os mercados formais não chegam. As sementes crioulas, as quais circulam pelo mercado local, guardam relações íntimas das comunidades tradicionais com a biodiversidade, de modo a possibilitar a maior variabilidade genética possível, ao contrário das sementes geneticamente modificadas, introduzidas pelo modelo agrícola industrial que homogeneiza as espécies sob o pretexto do famigerado melhoramento genético (SANTILLI, 2012).

Santilli (2012) enfatizava que a produção de sementes pelos próprios agricultores é bastante significativa, inclusive em países industrializados. Na Europa, estima-se que 50% dos agricultores utilizam sementes dos mercados locais e em todo o mundo cerca de 1,4 bilhão de pessoas, em núcleos de agricultores familiares, utilizem suas próprias sementes. Não bastasse a introdução de sementes geneticamente modificadas, os grandes mercados agora contam com a possibilidade de exploração financeira das sementes crioulas sem a devida repartição de benefícios.

A isenção da consulta é preocupante, não apenas por negar direitos dos povos e comunidades tradicionais à participação, como, também, por excluí-los do processo como um todo, fazendo com que os usuários apenas necessitem, para

acessar ao conhecimento ou patrimônio genético, realizar notificação ao CGEN (art. 16 da Lei n.º 13.123/15) para explorá-lo, sem repartir benefícios ou ouvir os povos e comunidades, caracterizando desrespeito à autodeterminação dos povos, prevista na Convenção 169 da OIT, à Convenção de Diversidade Biológica e ao Protocolo de Nagoya.

Este contexto revela o direcionamento da Lei a consolidar uma separação do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que se revela especialmente preocupante ao desvincular a criação e manutenção das sementes crioulas do conhecimento a elas intrínseco, deixando-as à margem da repartição de benefícios quando da sua exploração econômica para fins de agricultura e alimentação.

Referências

FERNANDES, Rayane. “Valor da produção brasileira de 2015 é de R\$ 463,3 bilhões”. Agropecuária, **Notícias**, 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/comunicacao/noticias/2015/07/valor-da-producao-brasileira-de-2015-e-de-rs-463-bilhoes>>. 18 out. 2016.

SANTILLI, Juliana. “A Lei de Sementes brasileira e os seus impactos sobre a agrobiodiversidade e os sistemas agrícolas locais e tradicionais”. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**. Ciências Humanas, v. 7, n. 2, p. 457-475, mai.-ago. 2012.

SOUZA, Márcio. **Amazônia indígena**. 1.ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

TÁVORA, F. L. et al. **Comentário à Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de estudos e pesquisas da consultoria legislativa, 2015. (Textos para Discussão 184)

ESTABELECIMENTO DE ISENÇÕES PARA PESQUISAS

João Paulo Rocha de Miranda

No tocante ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, persistiram, nos quinze primeiros anos do século XXI, diversas críticas à Medida Provisória n.º 2.186-16, de 2001. Neste sentido, os setores empresariais, farmacêuticos e ruralistas alegavam que o regime jurídico, então vigente, para acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado era um emaranhado de regras e autorizações prévias, que dificultavam as pesquisas científicas e tecnológicas envolvendo a biodiversidade brasileira. Assim, entendiam que este arcabouço legal restritivo havia sido responsável por consequências danosas para a pesquisa nacional, uma vez que teria obstaculizado parcerias com instituições acadêmicas internacionais renomadas, impedindo que os pesquisadores brasileiros gerassem conhecimento científico, desenvolvimento tecnológico e inovações (TÁVORA et al., 2015).

Embora o argumento seja falacioso, pois não analisa o principal entrave da pesquisa brasileira, que se consubstancia nos poucos recursos financeiros, é bom lembrá-lo. Isto porque, foi neste clima de flexibilização dos instrumentos de fiscalização e controle do acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional que se deu o processo legislativo da Lei n.º 13.123/2015.

Desta forma, a norma em questão, entre tantas isenções, conforme comentadas anteriormente, isenta de autorização prévia e notificação aquele que acessa o patrimônio genético e/ou o conhecimento tradicional associado unicamente para

fins de pesquisa científica. Ao invés de autorização prévia, necessita-se, agora, apenas de um simples cadastro eletrônico. Desta forma, pelo art. 12, da Lei n.º 13.123/2015, devem ser cadastradas as seguintes atividades: acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado dentro do País ou no exterior, ressaltando que, para esta norma, acesso se caracteriza como pesquisa ou desenvolvimento tecnológico; remessa de amostra de patrimônio genético para o exterior com a finalidade de acesso e envio de amostra que contenha patrimônio genético por pessoa jurídica nacional, pública ou privada, para prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico (BRASIL, 2015).

Contudo, vale ressaltar que o cadastramento deverá ser realizado previamente à remessa, ou ao requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, ou à comercialização do produto intermediário, ou à divulgação dos resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação, ou à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso (BRASIL, 2015).

Assim, para a realização deste cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, a pessoa natural ou jurídica nacional deve preencher um formulário eletrônico do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), que deve ser instruído com diversos documentos, conforme dispõe a norma regulamentadora, no art. 22, inciso VI, do Decreto n.º 8.772/16. Entre estes documentos, destacamos a declaração de enquadramento em hipótese de isenção legal ou de não incidência de repartição de benefícios. Portanto, ao acessar o patrimônio genético e/ou o conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, a pessoa, física ou jurídica, deve juntar a referida declaração (BRASIL, 2016).

Portanto, o Estado brasileiro se absteve de controlar o acesso aos recursos da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados realizados pelos pesquisadores, pois um simples cadastro legitima tal acesso. Assim, conforme art. 13, da Lei n.º 13.123/2015, as únicas atividades sobre as quais poderão, e, mesmo assim, a critério da União, ser exigidas uma autorização prévia, é o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado: em área indispensável à segurança nacional, que se dará após anuência do Conselho de Defesa Nacional; e em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, que se dará após anuência da autoridade marítima. Já a notificação do produto acabado ou do material reprodutivo ao CGen, que é meramente declaratória, é exigida para a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado. Além disso, o art. 16, do referido dispositivo legal, exige, ainda, a apresentação do acordo de repartição de benefícios (BRASIL, 2015).

Desta maneira, é possível verificar que a Lei n.º 13.123/2015, dependendo do caso, exige três procedimentos diferentes: cadastro, autorização e notificação. Entretanto, o acesso do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado exclusivamente para pesquisa só depende de um cadastro eletrônico. Tal situação torna o controle do acesso para pesquisa extremamente frágil. Além disso, pode sujeitar a pesquisa brasileira a realizar parcerias com a iniciativa privada e/ou com instituições de pesquisa estrangeiras, não como forma de intercâmbio de informações e conhecimentos, mas como um mercado, onde as instituições de pesquisa brasileira sejam as portas. Seria a subversão do conhecimento e da ciência à lógica de mercado.

Ademais, a Lei n.º 13.123/2015 isenta de firmar termo

de compromisso aquele que, unicamente para fins de pesquisa científica, realizou, em desacordo com a legislação em vigor à época, as seguintes atividades: acesso a patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado; acesso e exploração econômica de produto ou processo oriundo do acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, tratado pela MP 2.186-16/01; remessa ao exterior de amostra de patrimônio genético; e/ou divulgação, transmissão ou retransmissão de dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado.

Isto se dá diante do processo de regularização, disposto no art. 38, da Lei n.º 13.123/2015. Desta maneira, é cabível a regularização a todos que, entre 30 de junho de 2000 e 17 de novembro de 2015, data de entrada em vigor da Lei 13.123/15, realizaram as atividades descritas acima, em desacordo com a legislação vigente à época. Assim, aqueles que, neste lapso temporal, praticaram ações de acesso, remessa, divulgação, transmissão e exploração de patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado em desconhecimento com a Medida Provisória 2.186-16/01, têm o prazo de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do Cadastro pelo CGen, para proceder à regularização (BRASIL, 2015). Tal processo se dá mediante a assinatura de Termo de Compromisso entre o usuário e a União, representada pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente.¹

Contudo, aquele que deixar de se regularizar no prazo estabelecido no art. 38, da Lei n.º 13.123, de 2015, fica sujeito a sanções administrativas pecuniárias, as quais são calculadas por produto acabado ou material reprodutivo ou por cada ati-

¹ No tocante a esta questão, há uma crítica quanto à competência do Ministério do Meio Ambiente (MMA) para assinar Termo de Compromisso. De fato, em regra, é o Ministério do Meio Ambiente que é representado pela União, e não o contrário, uma vez que o ministério não possui personalidade jurídica que lhe atribua representação, salvo se for aplicada, aqui, a teoria da personalidade judiciária dos órgãos públicos. Cf. Carvalho Filho (2007).

vidade de acesso, isoladamente, que deixar de promover a sua respectiva regularização, independentemente do número de espécies acessadas. Assim, quando se tratar de pessoa natural, a multa mínima é de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a máxima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Já no caso de pessoa jurídica enquadrada como microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativas de agricultores tradicionais com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006, a multa mínima é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a máxima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Por fim, para as demais pessoas jurídicas, a multa mínima é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a máxima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) (BRASIL, 2016).

Entretanto, para pessoa natural ou pessoa jurídica que realizou acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, estas sanções de multa podem ser substituídas pela de advertência, desde que sejam favoráveis as seguintes circunstâncias previstas no art. 72, do decreto regulamentador: a gravidade do fato; os antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação referente ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado; a reincidência; e a situação econômica do infrator, no caso de multa (BRASIL, 2016).

Sendo, no entanto, o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, o usuário fica dispensado da assinatura de Termo de Compromisso. Neste caso, a regularização se dará unicamente por meio de cadastro ou autorização da atividade, conforme o caso. O cadastro será necessário para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, devendo ser realizado previamente: à remessa de patrimônio genético; ao requerimento de qualquer direito de propriedade

intelectual; à comercialização do produto intermediário, à divulgação dos resultados finais ou parciais em meios científicos ou de comunicação; à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso.

Já a autorização prévia só será necessária, se assim a União entender, em área indispensável à segurança nacional, em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, conforme comentado anteriormente. Portanto, se a pesquisa não for realizada nestas áreas em questão, bastará ao pesquisador fazer um cadastro na internet para acessar estes bens. Entretanto, como o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional é definido por esta lei como pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, o pesquisador fica imune de qualquer controle para coletar patrimônio genético ou obter informações de conhecimentos tradicionais. Isto porque só será necessário o cadastro no momento da remessa, do requerimento de propriedade intelectual, da divulgação de resultados, comercialização de produto intermediário e outras situações descritas no parágrafo anterior.

Assim, no processo de regularização de atividades exclusivamente para pesquisa científica, a dispensa do termo de compromisso em substituição pelo cadastro eletrônico ou autorização extingue a exigibilidade das sanções administrativas previstas na Medida Provisória n.º 2.186-16/01. Para tanto, é claro, é necessário que a infração tenha ocorrido entre 30 de junho de 2000 e o dia anterior à data de entrada em vigor da Lei n.º 13.123/15.

Contudo, tal isenção, ainda que para pesquisa, pode ser nefasta, pois legitima e regulariza a situação de maus pesquisadores com um simples cadastro eletrônico. É uma espécie de

perdão aos cientistas que acessaram patrimônio genético e/ou conhecimentos tradicionais sem observar as exigências legais. Entre todas as anistias geradas pela Lei 13.123/15, se estima um perdão de multas no valor total de R\$ 214 milhões (CAS-TRO, 2015). Desta maneira, dispensar estes pesquisadores de firmarem termo de compromisso pode significar um incentivo para estes evitarem a burocracia e permanecerem na ilegalidade, acessando os bens ambientais sem os devidos cadastros, autorizações, ou, mesmo, notificações, no caso de produto acabado ou material reprodutivo.

Embora a Lei n.º 13.123/2015, em seu art. 7º, preveja que o CGen disporá de informações a fim de realizar a rastreabilidade das atividades decorrentes de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, inclusive as relativas à exploração econômica oriunda desse acesso, não há um sistema efetivo para tal tarefa. Desta forma, sem uma rastreabilidade efetiva, não há como fiscalizar ou controlar o acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados.

Referências

BRASIL. **Decreto n.º 8.772, de 11 de maio de 2016.** Regula a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 12 maio 2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015.** Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 14 maio 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Personalidade judiciária de órgãos públicos”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 11, p. 2007.

CASTRO, Augusto. **Reguffe critica dispositivo do novo marco legal da biodiversidade que anistia R\$ 214 milhões em multas**. Brasília, DF: SENADO, 2015.

TÁVORA, F. L. et al. **Comentário à Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de estudos e pesquisas da consultoria legislativa, 2015. (Textos para Discussão 184)

INCERTEZAS QUANTO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL DE ORIGEM NÃO IDENTIFICÁVEL

Luciano Maciel

A Lei n.º 13.123/2015 estabeleceu, no art.2º, inciso AIII, que conhecimento tradicional de origem não identificável é o “conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”.

Esta Lei desrespeitou a Convenção da Diversidade Biológica, o Protocolo de Nagoya e, mesmo, a experiência acumulada durante a vigência da Medida Provisória n.º 2186-16, de 2001, pois associou o conhecimento tradicional à sua origem (art. 9º da Lei). Ao vincular a existência de conhecimento de “origem não identificável” aos procedimentos de regularização, a Lei provoca situações nas quais, em vez de contribuir com os propósitos do Protocolo de Nagoya e da CDB, dificulta a sua operacionalização ao prever uma gama de “exceções”. A Lei passou a ser vista com desconfiança pelos povos e comunidades tradicionais e pela comunidade acadêmica.

Há, entre esses atores, o entendimento de que os conhecimentos tradicionais são sistemas socialmente referenciados e em constante transformação, recriados e ressignificados pelos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares, através de experiências diárias, sendo, assim, localmente adaptados. Portanto, ainda que um conhecimento tradicional apresente uma mesma informação ou prática em diferentes localidades, considera-se que estas foram originadas em cada contexto cultural e ambiental nos quais são encontrados.

A Lei n.º 13.123/2015, em seu art. 9º, §2º, permite que o acesso a conhecimento tradicional de origem não identificável independa de consentimento prévio informado, cláusula em que o conhecimento tradicional é tratado como *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém, de modo a simplificar a questão, pois todo o conhecimento tradicional acessado surge de um sujeito individual ou de coletividades. Com isso, há um risco não negligenciável de que muitas empresas possam deixar de buscar o consentimento prévio e fundamentado, bem como a repartição de benefício, sob a justificativa de que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado não possui origem identificável.

Contudo, é oportuno ressaltar o consenso entre os povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais sobre o fato de que todo conhecimento tradicional é de “origem identificada”.

Apesar da necessidade de abertura de um cadastro e um procedimento administrativo nos casos de alegações de acesso “a conhecimento tradicional associado de origem não identificável, ou seja, de origem ignorada ou difusa”, nesta hipótese, segundo a nova legislação, a repartição de benefícios será feita de forma indireta, por meio do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, sem que se oportunize a efetiva participação dos sujeitos de direitos. Além disso, dispõe a legislação que, nos casos de acesso “ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas, não depende do consentimento prévio da população indígena e comunidade local” (§3º, do Art. 9º). Esta situação intensifica a distorção da Lei. Apesar de prever procedimento próprio para averiguar tais situações, esta situação não exime a falha do texto legal em preconceber a existência de conhecimentos de origem não identificável, quando deveria, no mínimo, haver uma presunção legal de que todo o conhecimento possui origem identificável.

PREVISÕES DE ISENÇÕES EM RAZÃO DO “ACESSANTE”

Tiago Martins

Nathália Tavares de Souza Almeida

Um ponto que merece reflexão diz respeito às isenções estabelecidas pela Lei n.º 13.123/2015 direcionadas às micro-empresas, pequenas empresas e microempreendedores individuais que, segundo suas disposições, estariam dispensados de repartir benefícios, bem como os agricultores tradicionais e cooperativas com receita bruta menor que 3,6 milhões de reais por ano, conforme previsão do art. 17, §5º da Lei, confirmado pelo decreto que a regulamenta.

Esta disposição atua em prejuízo dos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares, ressaltando-se que não caberia ao legislador prever a isenção do micro-empendedor individual da repartição de benefícios.

As comunidades tradicionais são titulares do patrimônio genético, não tendo outorgado ao Estado autoridade sobre sua titularidade e, por conseguinte, não seria o legislador quem poderia isentar ou deixar de isentar empresas de qualquer porte. Contudo, a Lei n.º 13.123/2015 estabeleceu que o patrimônio genético é considerado bem de uso comum do povo brasileiro consoante art. 1, I, parecendo não compreender que isto não transfere a dominialidade deste bem à União, ao contrário, apenas corrobora suas obrigações de gestão e proteção.

Mesmo no sistema patentário, as micro e pequenas empresas não encontram o mesmo respaldo para uma exceção desta natureza. No caso da propriedade intelectual – produzida individualmente e tutelada pela Lei n.º 9279/96 –, o titular pode, inclusive, impedir a sua utilização. Por outro lado, até

hoje, no caso do patrimônio intelectual coletivo das comunidades, independente da vontade das comunidades, tal patrimônio pode ser acessado, usado e comercializado, sem qualquer contrapartida. Não se pode, portanto, alegar que essa lei, em algum momento, teve a perspectiva de restabelecer equilíbrio nesta relação.

A lei não incorpora os compromissos assumidos na Convenção da Diversidade Biológica (CDB) e na Convenção 169 da OIT, porquanto retira a autonomia dos detentores do patrimônio genético e intelectual, quando decide e cede direitos que não compete a outrem negociar. Ademais, cumpre ressaltar que a isenção de repartição não afeta apenas uma comunidade específica, mas toda a dinâmica social que gira em torno dela. Em última análise, essa violação de direitos tem efeitos de abrangência crescentes, desde esferas locais a esferas internacionais, implicando a manutenção da lógica de desigualdades entre os hemisférios Norte e Sul.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL NO PEDIDO DE PATENTE

Bruno Mileo

Os mecanismos da propriedade intelectual reconhecem titularidade sobre criações do intelecto e possuem, como um dos seus efeitos de ordem patrimonial, a concessão de privilégios temporários para a exploração exclusiva desses produtos, a fim de incentivar o desenvolvimento técnico-científico, a concorrência de mercado e a produção cultural conforme cada ramo específico dessa área de atuação. No caso de produtos ou processos que resultem de pesquisa científica ou desenvolvimento tecnológico, desde que cumpram os requisitos legais,² podem encontrar, na obtenção de patentes, condição favorável para conseguir retorno de uma parte dos investimentos realizados. Se existir potencial e viabilidade de mercado, segundo os princípios da propriedade intelectual, é conveniente efetuar o pedido de patente para as criações industriais.

Na Constituição da República de 1988, propriedade intelectual e alguns direitos conexos estão inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais (Artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX), porém, não podem ser interpretados de forma absoluta, pois se encontram também limitados pelo princípio da função socioambiental da propriedade, previsto no mesmo capítulo (Artigo 5º, XXIII) e em normas esparsas no texto constitucional, como na limitação à ordem econômica (Artigo

² De acordo com o Artigo 8º da Lei 9.279/1996, os requisitos de patenteabilidade são novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

170, III), na ordenação da política urbana (Artigo 182, §2º), na política agrícola e fundiária (Artigos 184, *caput*; 185, parágrafo único; e 186). Além disso, contribuem, para o cumprimento desse princípio, as normas constitucionais sobre cultura (Artigos 215 e 216), com garantias ao pleno exercício de amplos direitos culturais; e meio ambiente (Artigo 225), onde consta a incumbência do Estado em preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético.

Na regulamentação do acesso e uso dos recursos do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados, o princípio da função socioambiental da propriedade intelectual é estratégico para conferir mais efetividade a um regime que pretenda ser protetivo aos interesses difusos e coletivos, não ficando sujeito à lógica de mercado. De modo a evitar usos indevidos, é essencial que a concessão de direitos de propriedade intelectual observe limitações impostas por direitos coletivos à cultura e ao ambiente, garantidos por meio de procedimentos específicos e adequados para a proteção desses bens jurídicos. Isto se impõe tanto na atuação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), como, também, no momento do exame dos pedidos de patentes, com a exigência de maior compromisso por parte dos requerentes nesse sentido. Segundo Santilli (2015), países em desenvolvimento defenderam o chamado escritório de patentes como um ponto de controle e monitoramento na identificação da origem e obtenção lícita do recurso genético e conhecimentos tradicionais durante as discussões internacionais do Protocolo de Nagoya, porém a proposta não foi incluída no texto por falta de consenso.

A Medida Provisória n.º 2.186/2001 condicionava a concessão de direitos de propriedade industrial, pelos órgãos competentes, à observância dos procedimentos de autorização prévia e repartição de benefício, assim como criava a obrigação do requerente informar a origem do material genético e

do conhecimento tradicional associado (Art. 31). O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) internalizou essa norma para os pedidos de patentes através da Resolução da Presidência 69/2013.

Com a aprovação da Lei n.º 13.123/2015, a concessão de direito de propriedade intelectual fica condicionada ao cadastramento ou autorização (artigo 47). No novo regime, o cadastro consiste em autodeclaração de informações – pelo usuário – e deve ser realizado previamente à remessa, ao requerimento de direitos de propriedade intelectual, à comercialização do produto intermediário, à divulgação dos resultados finais ou parciais em meios científicos ou de comunicação, bem como à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso (art. 12, §2º). Por sua vez, a autorização fica restrita a situações mais específicas, como no acesso e uso de recursos do patrimônio genético e/ou conhecimentos tradicionais associados em área indispensável à segurança nacional, em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva (art. 13).

De acordo com o Decreto n.º 8.772/2016, após o cadastro, será emitido automaticamente comprovante que permite o requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, não sendo necessário aguardar o término do procedimento de verificação para isso. Para a efetividade do SISGen na proteção de interesses difusos e coletivos, a verificação das informações prestadas pelo usuário é determinante para que se observe o cumprimento das normas de acesso e uso dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais. No curso do procedimento de verificação, essas informações estão passíveis de retificações substanciais, atualizações decorrentes de modificações em matérias de fato ou de direito no que concerne ao assunto; e, mesmo, o cancelamento do cadastro, se forem

constatadas irregularidades insanáveis. Não obstante ao fato de as informações ainda não terem sido verificadas e serem passíveis de modificações, o usuário poderá, antecipadamente, movimentar o sistema de propriedade intelectual e, inclusive, por consequência do depósito do pedido de patentes, celebrar eventuais contratos de transferência de tecnologia com base nessa expectativa de direito.

As novas regras do SisGen demonstram a motivação em conferir celeridade para a proteção dos resultados de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Elas seguem mais no sentido de prever situações que ensejem posterior cancelamento de requerimentos indevidos de propriedade intelectual, com a previsão de multa para aqueles que os reivindicarem sem efetuar previamente o cadastro, do que estabelecer medidas preventivas para que esse tipo de pedido sequer venha a existir. Ademais, o que parece ser uma vantagem do novo regime, pode se tornar prejudicial para os próprios usuários, que correm o risco de perder direitos de propriedade intelectual na hipótese de o cadastro vir a ser cancelado após a publicação do pedido de patente, isto é, se o procedimento de verificação no SISGen demorar, por qualquer motivo, para além do período legal de sigilo de 18 meses que antecede o seu exame de mérito.

Outro aspecto é que o novo regime avança pouco no sentido de envolver o escritório de patentes na identificação da origem do recurso genético ou obtenção do consentimento prévio informado de titulares de conhecimentos tradicionais. No entanto, uma possibilidade aberta pelo Decreto n.º 8.772/2016, que deve ser valorizada, é o cruzamento das informações entre as bases de dados mantidas pelo CGen e Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), ainda a ser operacionalizadas pelos órgãos envolvidos.

Referências

SANTILLI, Juliana. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime de proteção”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 20, v. 80, p. 259-285, out-dez, 2015.

OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE PRESERVAR A DIVERSIDADE E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO DO PAÍS E FISCALIZAR AS ENTIDADES DEDICADAS À PESQUISA E MANIPULAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO

Liz Beatriz Sass

Costuma-se afirmar que o uso dos Direitos de Propriedade Intelectual para a proteção dos produtos ou processos criados a partir da utilização de elementos da biodiversidade ou de conhecimentos tradicionais consistiria em uma forma de alavancar a biotecnologia, com a produção de efeitos benéficos para a proteção da biodiversidade e para o desenvolvimento econômico das comunidades tradicionais e do país. Afinal, o investimento em tais pesquisas só seria realizado diante da expectativa do investidor ou do empreendedor de obter retorno econômico, neste caso, advindo dos direitos de exclusividade de exploração comercial.

É a partir desta premissa que um dos principais objetivos da nova legislação consiste, justamente, na simplificação das exigências para a concessão de Direitos de Propriedade Intelectual sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado. A partir da Lei n.º 13.123/2015, tal concessão fica condicionada, apenas, ao cadastramento ou à autorização, ao invés da exigência de cumprimento de todas as regras impostas pela MP n.º 2.186-16/2001. Para o legislador, a retirada do excesso de burocracia

que caracterizava o antigo sistema deverá alavancar o país no que diz respeito ao desenvolvimento econômico do mercado da biodiversidade.

Trata-se, com efeito, de discurso falacioso, apto a atender às demandas do mercado internacional, mas pouco afeito à ideia de sustentabilidade e aos interesses dos povos detentores de biodiversidade e das comunidades tradicionais. Nestes contextos, o uso desses direitos tem, com frequência, revelado efeitos perversos que demonstram a continuidade de um discurso colonialista despreocupado com questões éticas, ambientais, sociais e políticas relevantes.

É necessário ressaltar, inicialmente, o caráter eminentemente privado dos Direitos de Propriedade Intelectual, os quais acabam por determinar uma espécie de apropriação e “privatização” de determinados recursos. O titular desses direitos, ao deter direitos de exclusividade quanto à exploração econômica da invenção, acaba por exercer uma espécie de monopólio temporário, o qual, no que diz respeito à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais, significa, na maior parte das vezes, entregar nas mãos de empresas multinacionais recursos que, desde sempre, fizeram parte do ciclo natural dessas comunidades.

Dentro dessa perspectiva, considera-se que o texto da Lei n.º 13.123/2015 não apenas segue, grosso modo, esse discurso falacioso do uso dos Direitos de Propriedade Intelectual, como, também, não combate a biopirataria, tal como seus defensores costumam afirmar. Pelo contrário, a Lei torna o Brasil, mais uma vez, subserviente aos interesses econômicos internacionais e deixa de aproveitar a sua biodiversidade em benefício próprio. Nesse sentido, vale ressaltar a crítica de Toledo (2015) quando da tramitação do Projeto, mas cujo valor persiste, uma vez que os pontos ressaltados foram mantidos no texto aprovado:

Com a aprovação do Marco da Biodiversidade, no que con-

cerne à exploração do patrimônio genético nacional, o Brasil tornar-se-á uma colônia em que participará do contexto econômico internacional como exportadora de matéria-prima barata e importadora de produtos biotecnológicos acabados. Se entrar em vigor a nova lei, nós, brasileiros, teremos perdido uma excelente oportunidade de colocar a utilização soberana dos recursos da diversidade biológica no centro do processo de desenvolvimento socioeconômico, erradicação da pobreza e sustentabilidade.

Efetivamente, as medidas adotadas no novo texto legal sobrepõem os interesses econômicos e um suposto incentivo à inovação aos requisitos da sustentabilidade. Nesse intuito, as normas mostram-se bastante permissivas, atendendo aos interesses, principalmente, do setor produtivo, ao mesmo tempo em que não apresenta medidas e políticas públicas voltadas para o desenvolvimento nacional da biotecnologia, como, tampouco, estabelece critérios voltados para uma efetiva transferência de tecnologia.

Pode-se afirmar, então, que a própria opção pelo reconhecimento do uso dos Direitos de Propriedade Intelectual neste contexto pode corresponder a uma violação de princípios constitucionais relevantes. Afinal, o art. 225, §1º, inciso II da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Destaca-se que, tanto a Lei n.º 13.123/2015, como o seu decreto regulamentador, falham quanto à previsão de mecanismos de fiscalização e rastreabilidade, permitindo que atividades como a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico, a concessão de direitos de propriedade intelectual, a remessa de amostras do patrimônio genético e a exploração econômica de produtos acabados contendo patrimônio genético ou conhecimento tradicional aconteçam sem o devido monitoramento do Estado.

Além disso, existem alguns aspectos da nova legislação que merecem atenção por afetarem, diretamente, a questão da apropriação do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais por Direitos de Propriedade Intelectual. O primeiro aspecto diz respeito à previsão do art. 17, *caput*, da Lei n.º 13.123/2015, o qual dispõe que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor do produto acabado para que haja repartição de benefícios. O produto acabado é definido no art. 2º, inciso XVI da Lei como:

[...] produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja esta pessoa natural ou jurídica (BRASIL, 2015).

O inciso XVIII do art. 2º da Lei, por seu turno, prevê que os elementos de agregação de valor ao produto são aqueles “cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico” (BRASIL, 2015). Um primeiro problema quanto a essas definições decorre da sua extrema subjetividade, sendo difícil criar critérios que possibilitem a verificação da importância de um determinado elemento para a agregação de valor em um dado produto acabado.

Nesse aspecto, havia uma expectativa de que o Decreto regulamentador pudesse estabelecer critérios de cunho mais objetivo para esta aferição. Não obstante, o parágrafo terceiro do artigo 43 do Decreto n.º 8.772/2016 cinge-se a afirmar que se considera “apelo mercadológico” a referência a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, a sua procedência ou a diferenciais deles decorrentes, relacionada a

um produto, linha de produtos ou marca, em quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva, inclusive campanhas de marketing ou destaque no rótulo do produto. O mesmo dispositivo dispõe que as “características funcionais” são aquelas que determinam as principais finalidades, aprimoram a ação do produto ou ampliam o seu rol de finalidades. Verifica-se, dessa maneira, que os conceitos permanecem obscuros, muito embora sejam primordiais para um uso adequado da legislação, uma vez que definem quando o usuário terá ou não o dever de repartir benefícios.

Quanto ao tema, é importante salientar que, geralmente, apenas o fabricante detém estas informações, o qual pode não ter o interesse de revelá-las. Desse modo, há um risco de que muitas empresas possam deixar de repartir benefícios com base no argumento de que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado presente em seu produto não constitui um dos principais elementos de agregação de valor.

A definição em torno dessa matéria, por seu turno, tem reflexos relevantes para os Direitos de Propriedade Intelectual, uma vez que o art. 47 impõe que a concessão de tais direitos pelo órgão competente sobre o produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado fica condicionada ao cadastramento ou autorização. Um aspecto significativo dessa opção do legislador refere-se ao fato de que se deixou de abranger a principal forma pela qual tais direitos são utilizados para a apropriação da biodiversidade. Em razão da impossibilidade de concessão de patentes sobre determinados elementos da biodiversidade em si, muitos dos pedidos de patentes referem-se a processos e não, necessariamente, a produtos acabados. Assim, a Lei deixa aberta uma vasta lacuna para que se possa continuar avançando em relação à apropriação da

biodiversidade, sem observância, inclusive, da repartição de benefícios.

Além disso, a previsão do art. 17, § 4º, da nova Lei, que retira a obrigação de repartição de benefícios para as operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de Direitos de Propriedade Intelectual sobre produto acabado, processo ou material reprodutivo, pode atuar em favor do setor produtivo e em prejuízo dos detentores dos recursos, pois se tratam de explorações econômicas que podem agregar significativa valorização ao produto. Ressalta-se, ainda, que, por meio deste artigo, as inovações de processo obtidas a partir de acesso ao patrimônio genético passam a ser isentas da obrigação de repartição de benefícios. Contudo, tais inovações são responsáveis pelo aumento da produtividade em diversos setores da economia e a opção do legislador foi, mais uma vez, por favorecer o setor produtivo em detrimento dos detentores dos recursos e conhecimentos tradicionais.

Constata-se, desse modo, que a Lei n.º 13.123/2015, seguida pelo Decreto n.º 8.772/2016, apresenta diversas lacunas que podem dar margem à burla dos mecanismos previstos, o que decorre tanto da falta de precisão, quanto da previsão de mecanismos excepcionais que podem eclipsar as regras. De outra parte, em que pese a euforia do setor produtivo com a aprovação da nova Lei e do respectivo Decreto regulamentador, considera-se que o seu texto não contribui para o fortalecimento da soberania brasileira sobre seus recursos genéticos, como tampouco permite ao país o alavancar um sistema capaz de inseri-lo como protagonista dos benefícios do uso sustentável dos seus recursos.

Verifica-se, desse modo, que a nova lei acaba por facilitar o acesso e o uso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais, legitimando a sua apropriação por Direitos de Propriedade Intelectual e não dispondo a respeito de

instrumentos ou mecanismos que possibilitem compartilhar conhecimentos ou rever os regimes protetivos de propriedade intelectual que auxiliem o desenvolvimento de biotecnologias nacionais voltadas para as necessidades locais.

Vale ressaltar, ainda, que, para além da Lei n.º 13.123/2015, estão em discussão, no Brasil, diversas propostas de alteração das leis sobre propriedade industrial e cultivares, o que revela que ainda há uma outra questão a ser discutida, a qual diz respeito à abrangência e aos limites do Direitos de Propriedade Intelectual sobre a biodiversidade. Ou seja: todos os elementos da biodiversidade são passíveis de apropriação? Deve ser permitida a concessão de patente sobre uma planta ou animal? Tratam-se de questões que deverão ser resolvidas no âmbito da propriedade intelectual e que têm forte impacto sobre as questões que envolvem o uso e a exploração econômica do patrimônio genético.

Há, nesse sentido, uma tentativa cada vez maior de ultrapassar os obstáculos colocados aos Direitos de Propriedade Intelectual pela diferenciação entre descoberta e invenção, tornando-se cada vez mais nebulosa a ideia de atividade inventiva. As propostas de alteração da legislação brasileira, caso aprovadas, poderão significar o reconhecimento da possibilidade do uso desses direitos sobre a biodiversidade em si. Portanto, os problemas a serem enfrentados nesta área não se limitam ao disposto na Lei n.º 13.123/2015 e demonstram que, de modo geral, o tratamento do tema no contexto brasileiro não se coaduna com uma perspectiva de sustentabilidade, voltando-se, essencialmente, para o fortalecimento do setor econômico, o que se dá, principalmente, pela tentativa de facilitar (desburocratizar) a concessão de Direitos de Propriedade Intelectual sobre o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados.

Referências

BRASIL. **Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

_____. **Art. 225, §1, inc. II da Constituição Federal de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645550/inciso-ii-do-paragrafo-1-do-artigo-225-da-constituicao-federal-de-1988>>.

TOLEDO, André de Paiva. “Marco da Biodiversidade é contrário aos interesses nacionais” [Entrevista]. **IHU – Instituto Humanitas Unisinos**, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/540369--marco-da-biodiversidade-e-contrario-aos-interesses-nacionais-entrevista-especial-com-andre-de-paiva-toledo>>.

PARTICIPAÇÃO DOS ENTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NO REGIME DE ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS: OFENSA AO PACTO FEDERATIVO QUANTO AOS BENS DE SUA DOMINIALIDADE E À REPARTIÇÃO EQUITATIVA DOS BENEFÍCIOS¹

Rodolpho Zahluth Bastos

São de competência da União a gestão, o controle e a fiscalização das atividades de acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado no Brasil.² A afirmação de competência da União na matéria, definida pela Lei Complementar 140/2011 e reiterada na Lei n.º 13.123/2015, tem um importante significado para a administração do meio ambiente, com desdobramentos que incidem sobre o pacto federativo que, em última instância, visa ao desenvolvimento isonômico e a integração dos entes federados.

Nota-se, no quadro histórico de regulamentação da matéria, uma disputa sobre o uso e aproveitamento dos recursos genéticos e sobre a administração do meio ambiente. Isso se traduz na forma de apropriação dos recursos naturais, na orientação dos investimentos do capital privado e na centralização do poder político. Dentre as várias manifestações deste conflito, tentaremos abordar as contradições do regime imposto pela Lei n.º 13.123/2015 à luz do pacto federativo. Esta breve reflexão assume como fio condutor aquele que, talvez, seja o principal desafio de regulamentação ambiental do país há duas

¹ This work benefited from the support of “Investissements d’avenir” of the French National Agency for Research (Ceba, ref. ANR-10-LABX-25-01).

² Vide art. 3º, parágrafo único da Lei 13.123/2015, combinado com art. 7º, XXIII da Lei Complementar 140/2011.

décadas – a adoção de normas de direito interno em consonância com os objetivos da Convenção sobre a diversidade biológica (CDB).

Com efeito, cabe à União a gestão do patrimônio genético desde a edição da primeira norma a estabelecer o regime de “acesso e repartição de benefícios” no Brasil, a Medida Provisória (MP) 2.052-1, de 28 de julho de 2000, que assim dispôs, em seu art. 2º:

A exploração do patrimônio genético existente no País somente será feita mediante autorização ou permissão da União e terá o seu uso, comercialização ou aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, nos termos e nas condições estabelecidos nesta Medida Provisória.

Cabe lembrar, a MP n.º 2.052-1, de 2000, foi a primeira das 16 Medidas Provisórias editadas até o surgimento da MP 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que, por sua vez, não precisou ser reeditada em decorrência da Emenda Constitucional (EC) n.º 32, de 11 de setembro de 2001. A EC 32 deu nova disciplina às Medidas Provisórias, estabelecendo, entre outros, a não obrigatoriedade de reedição de MP em vigor até deliberação do Congresso Nacional. O restante da história é bastante conhecido: sem deliberação do Congresso sobre o tema, a MP n.º 2.186-16 se tornou efetiva por longo período, até 17 de novembro de 2015, quando entrou em vigor a Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015, após 180 dias de *vacatio legis*.

A MP original 2.052-1, de 2000, também buscou estabelecer o regime jurídico de propriedade dos recursos genéticos, ao prever que o patrimônio genético existente sobre o solo de bens da União (terras indígenas e unidades de conservação federais, p. ex.), bem como nos recursos naturais encontrados na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, era **de propriedade da União** (parágrafo único, art. 2). Tal dispositivo foi mantido no texto até a edição da MP n.º 2.126-10,

de 27 de março de 2001. Contudo, a partir da edição da MP 2.126-11, de 26 de abril de 2001, foi suprimido.

Mudança significativa também ocorre em relação aos direitos de repartição de benefícios derivados da exploração de recursos genéticos. Até a edição da MP n.º 2.126-10, a norma previa que, no caso de recursos genéticos acessados **em área de propriedade de estado, de município ou de particular**, ficava garantido, ao titular da área, percentual dos benefícios, também cabível à União (art. 21, § 2º, da MP 2.052-1/2000). No caso de acesso ao patrimônio genético realizado em unidade de conservação estadual, por exemplo, o percentual dos benefícios seria repartido entre a União e o Estado da Federação que instituiu a referida unidade, titular da área. No entanto, a partir da edição da MP n.º 2.126-11, de 2001, tal previsão também foi suprimida.

Concomitantemente, desde 1998, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n.º 618, que pretendia incluir os recursos genéticos entre os bens da União, tornando pública a sua propriedade, independentemente do titular do direito de propriedade sobre o solo e sobre os recursos naturais que o contêm (SANTILLI, 2000, p. 96). Buscava, assim, estabelecer regime jurídico análogo ao dos recursos minerais, que constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União.

Ora, conforme a CDB, as atividades de acesso aos recursos genéticos devem ser regidas e condicionadas por regras de interesse público. Isto não significa, entretanto, que, no caso brasileiro, devam integrar o patrimônio público da União. Santilli (2000, p. 96) nos ensina que são bens de interesse público, independentemente de serem de propriedade pública ou particular. No caso, por exemplo, de terras indígenas, que são bens da União, a Constituição de 1988 determina que cabe aos povos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais

existentes em suas terras.³ Ao prever a inclusão do patrimônio genético no rol de bens da União, a PEC 618 poderia representar afronta ao direito dos povos indígenas como usufrutuários dos recursos naturais (e genéticos neles contidos), bem como ao direito sobre os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, considerados bens de natureza coletiva.⁴ Em 2003, apesar do parecer do relator favorável à aprovação da PEC 618 (DE FREITAS JUNIOR, 2002), o projeto foi arquivado.

Ainda em se tratando de resgate histórico, observa-se que, dos seis Decretos editados sob a égide da MP n.º 2.186-11,⁵ nenhum prevê direitos de participação dos estados e municípios na gestão do patrimônio genético, tampouco quanto à repartição de benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos em bens de sua dominialidade. De igual maneira, não foi prevista representação dos estados e municípios no Conselho Gestor do Patrimônio Genético (CGEN) ou, mesmo, na composição do recém-criado Comitê Gestor do Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB).⁶

Com efeito, entre os decretos regulamentadores da revogada MP 2.186-16, o único a citar os entes federados – estados e municípios – é o Decreto n.º 5.459/2005,⁷ que previa, em seu art. 4º, §1º, que IBAMA e Marinha poderiam firmar convênios com os órgãos ambientais estaduais e municipais integrantes do SISNAMA⁸ para descentralizar as atividades de

³ Ver Art. 231, § 3º da Constituição de 1988.

⁴ Ver depoimento de Glênio da Costa Alvarez, à época presidente da FUNAI, à Comissão Especial PEC 618 da Câmara dos Deputados, em 18 de outubro de 2000.

⁵ Decreto 3.945, de 28 de setembro de 2001; Decreto 4.946, de 31 de dezembro de 2003; Decreto 5.439, de 3 de maio de 2005; Decreto 5.459, de 7 de junho de 2005; Decreto 6.159, de 17 de julho de 2007; Decreto 6.915, de 29 de julho de 2009.

⁶ O FNRB foi instituído pela Lei 13.123 de 2015 e regulamentado pelo Decreto 8.772 de 2016.

⁷ Revogado pelo Decreto 8.772/2016.

⁸ Sistema Nacional de Meio Ambiente.

fiscalização de infrações contra o patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado. Nota-se, entretanto, que tal previsão foi suprimida na redação do Decreto que regulamenta a Lei n.º 13.123/2015.

Segundo o Decreto n.º 8.772/2016, são competentes para fiscalizar e apurar o cometimento das infrações administrativas relativas ao patrimônio genético o IBAMA, a Marinha e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), sem prever, de forma expressa, a participação descentralizada dos demais entes federados nas atividades de fiscalização das atividades de acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado.⁹ Ora, o fato de o Decreto 8.772/2016 não prever de forma clara e expressa a possibilidade de celebração de convênios de cooperação federativa para a descentralização das atividades de fiscalização é mais um indicativo da centralização do poder político na esfera federal desde sempre.

Cabe, ainda, destacar que a Constituição de 1988 confere ao Poder Público o dever de “fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”,¹⁰ o que denota que a atribuição de fiscalizar não é restrita à União, sendo estendida ao poder público estadual e municipal. Nesse sentido, é cabível afirmar que o enunciado que atribui o poder de fiscalização à União, trazido pela Lei n.º 13.123/2015, não seja a fórmula mais adequada à luz do disposto no art. 225, II da Constituição. Com efeito, as ações de fiscalização devem ser as mais amplas possíveis a fim de preservar de forma eficaz a diversidade e a integridade do patrimônio genético brasileiro.

No que diz respeito à repartição de benefícios, a Lei n.º 13.123/2015 prevê que o FNRB poderá estabelecer instrumentos de cooperação, inclusive com estados, municípios e

⁹ Ver Art. 93 do Decreto 8.772/2016.

¹⁰ Ver Art. 225, II, da Constituição Federal de 1988.

o Distrito Federal,¹¹ o que, para bom entendedor, já indicava que estes entes não teriam assento no futuro Comitê Gestor do FNRB.

Isso fica claro com a edição do Decreto n.º 8.772/2016, que não apenas exclui estados, municípios e Distrito Federal da composição do Comitê Gestor da FNRB, como confere ao Comitê a competência para estabelecer instrumentos de cooperação com os referidos entes.¹² O que mais chama atenção, entretanto, é que o faz sem explicitar os objetivos e/ou definir as situações que caracterizariam a necessidade de celebração de tais instrumentos, papel que, em última análise, deveria caber ao Decreto regulamentador da Lei n.º 13.123/2015.

Com efeito, a legislação em vigor é claramente omissa quanto aos direitos dos estados e municípios à repartição de benefícios derivados do acesso e exploração de recursos genéticos em bens de sua dominialidade, seja pela falta de previsão expressa na Lei n.º 13.123/2015 que pudesse garantir ao titular da área percentual dos benefícios, seja pela omissão regulamentadora do Decreto n.º 8.772/2016 quanto ao detalhamento dos objetivos dos instrumentos de cooperação que viriam a ser supostamente firmados entre a União e os demais entes federados no âmbito do FNRB.

Cabe lembrar que, de acordo com o art. 25 da Lei n.º 13.123/2015, apenas a União é considerada parte nos contratos de repartição de benefícios, a título de provedor dos recursos, nos casos de exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado de origem não identificável. O que implica dizer que não há qualquer previsão de participação dos estados e municípios como partes nos contratos, mesmo nos casos em que recursos genéticos possam ser

¹¹ Ver Art. 32, §3º da Lei 13.123/2015.

¹² Ver Art. 98, VIII do Decreto 8.772/2016.

acessados em áreas de domínio estadual ou municipal.

É o caso, por exemplo, de áreas protegidas de domínio estadual, tais como unidades de conservação instituídas pelos Estados, cuja gestão cabe aos órgãos da administração pública estadual. Ora, uma das finalidades previstas pelo SNUC¹³ para unidades de conservação é a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos, além da realização de pesquisas científicas.¹⁴ Sendo assim, como não prever de forma clara e expressa a repartição de benefícios com entes estaduais nesses casos?

Com efeito, embora a gestão, o controle e a fiscalização das atividades de acesso aos recursos genéticos sejam de competência da União, a gestão de unidades de conservação estaduais é do ente estadual que poderia, nesses casos, estabelecer regras e condicionar benefícios para atividades de acesso nessas áreas. Em nosso entender, tais situações poderiam ser regidas por lei estadual. E que, no caso específico de unidades de conservação, tanto as leis de criação da unidade, quanto resoluções do Conselho gestor da área, ou, mesmo, o Plano de manejo da unidade, poderiam estabelecer normas para atividades de acesso aos recursos genéticos nessas áreas especiais de domínio estadual.¹⁵

Essa possibilidade decorre justamente do fato de a lei federal não regular matéria de interesse peculiar do ente estadual, em particular no que diz respeito às atividades de acesso aos recursos genéticos em áreas de sua dominialidade e à repartição dos benefícios derivados do acesso realizado nas áreas ditas especiais de domínio estadual. Em se tratando de

¹³ Sistema Nacional de Unidades de Conservação instituído pela Lei 9.985 de 2000.

¹⁴ Ver Art. 4º, incisos I e X da Lei 9.985/2000.

¹⁵ O Brasil possui 788.305 km² de área protegida por unidades de conservação estaduais e municipais, de um total de 1.025 unidades. As unidades de conservação federais totalizam uma área um pouco menor, de 764.464 km² distribuídos em 954 unidades. Os dados são do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC) em 26 de fevereiro de 2016.

matéria de direito ambiental e/ou econômico, a possibilidade de os Estados editarem normas sobre a matéria se inseriria no âmbito da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição de 1988. Em todo caso, havendo lei federal sobre acesso aos recursos genéticos, a norma estadual deve a ela se adaptar de forma que se possa ter um sistema harmônico (ANTUNES, 2012).¹⁶

Mas, afinal, quais os reais objetivos do regime de acesso aos recursos genéticos, instituído pela Lei n.º 13.123/2015? De que forma o regime nacional se relaciona com os objetivos de conservação e uso sustentável, imbricados ao objetivo de repartição dos benefícios? A fórmula jurídica imposta atenderia aos propósitos de conservação e utilização sustentável da biodiversidade à luz do sistema federativo brasileiro?

Com efeito, as dificuldades enfrentadas pelo Brasil na última década para estabelecer o regime de acesso estão, em parte, associadas ao distanciamento dos reais propósitos de conservação e uso sustentável da biodiversidade que a norma interna deveria perseguir. Isso se traduz na falta de amplo diálogo nacional com os sujeitos envolvidos, na adoção de mecanismos que conferem maior ênfase às relações econômicas em detrimento das relações socioambientais, e, talvez, sobretudo, na centralização do poder político nas mãos da União.

Temos, como resultado, uma lei mais interessada em garantir ganhos de capital, com foco nas relações, parcerias e negócios externos, do que em promover o desenvolvimento local sustentável com atenção às populações locais e às suas re-

¹⁶ Leis estaduais de acesso aos recursos genéticos foram instituídas no passado pelos estados do Acre (Lei 1.235) e Amapá (Lei 388), ambas datadas de 1997. Com a edição posterior da norma federal, tais leis restaram desfiguradas e sem qualquer utilidade prática por contrariar ou sobrepor, na maior parte de seu conteúdo, a norma federal. Em suma, normas estaduais só teriam eficácia hoje se regulassem matéria não prevista na norma federal que atendessem às peculiaridades dos estados, tal como o acesso aos recursos genéticos em áreas especiais de domínio estadual.

lações intrínsecas com a biodiversidade. Nesse sentido, a ideia de regulamentar o acesso como forma de garantir a repartição de benefícios deveria ser traduzida em lei com o espírito de que o mecanismo da CDB foi idealizado em 1992, antes de tudo, para favorecer a conservação e a utilização sustentável da biodiversidade. Isso implicaria não somente possibilitar recursos para financiar políticas nacionais de conservação, mas, sobretudo, criar mecanismos e fórmulas de estímulo direto às populações locais no sentido de favorecer a perenidade dos recursos ambientais e dos processos ecológicos.

As contradições do regime imposto pela Lei n.º 13.123/2015 se dão, em parte, por conta de uma visão político-institucional que recorre insistentemente a mecanismos de controle do processo, em detrimento do desenvolvimento de mecanismos de cooperação federativa. A ideia de “repartir benefícios para melhor conservar a biodiversidade” requer uma visão sistêmica e integrada dos reais objetivos de regulamentação da matéria, que poderia ter maior eficácia se buscasse incorporar no sistema de repartição os entes mais próximos das demandas da sociedade. Para tanto, melhor seria estabelecer mecanismos de acesso aos recursos genéticos que resultem em uma dinâmica institucional permeada por relações de pactuação, participação e cooperação, a fim de efetivar a pretendida repartição justa e equitativa de benefícios.

Referências

ALVAREZ, Glênio da Costa. **Discussões acerca da PEC nº 618-A, de 1998 - Patrimônio Genético** [Depoimento]. Câmara dos Deputados - DETAQ, n.º 001003/00. Brasília: 18 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec61898nt181000.pdf>>.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BASTOS, Rodolpho Z. **Géopolitique juridique de labiodiversité**. Sarrebruck: EUE, 2010.

_____. “Géopolitique juridique de la biodiversité: le cas du régime d’accès et partage des avantages au Brésil”. **Passages de Paris**, Paris, APEB-Fr, n. 6, p. 17-34, 2011. Disponível em: <<http://www.apebfr.org/passagesdeparis/editione2011/articles.html>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 29 de jul. 2016.

BRASIL. **Decreto Federal nº 8.772, de 11 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>. Acesso em: 29 jul. 2016.

DE FREITAS JUNIOR, Ricarte. **PEC 618/1998**: parecer do relator pela aprovação. Proposta de emenda à Constituição. Projetos de Lei e outras Proposições. Câmara dos Deputados. Brasília, 25 jun. 2002.

SANTILLI, Juliana. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: formas jurídicas de proteção”. In: RICARDO, Carlos Alberto (Ed.). **Povos Indígenas no Brasil, 1996-2000**. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 95-98. 2000.

DESRESPEITO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE ASSEGURAR O MEIO AMBIENTE SADIO E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA BIODIVERSIDADE

*Ana Paula Rengel Gonçalves
Paula Galbiatti Silveira*

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Ao se omitir do seu dever de proteger os direitos fundamentais, ou realizá-las de forma ineficaz, o Estado estará atuando de forma inconstitucional e estará infringindo o princípio da proibição de proteção deficiente.

Explica-se: tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade está relacionado apenas à proibição do excesso, entretanto, a nova doutrina entende que há outra faceta para este princípio, qual seja, a proibição da proteção deficiente (FELDENS, 2005, p. 107).

Na esteira deste pensamento, cumpre mencionar que a proteção dos direitos fundamentais é dupla. Assim, tem-se a proteção negativa, que age perante as ações excessivas, e a proteção positiva, que tutela as omissões do Estado. Não se pode olvidar o fato de que o Estado não deve adentrar a esfera particular dos cidadãos excessivamente, sem justificativa. A existência do dever do Poder Público de proteger a população, todavia, principalmente no que tange aos direitos salvaguardados na Constituição Federal, faz surgir a necessidade de ações positivas do ente estatal, com vistas a garantir sua efetivação (STRECK, 2005, p. 180).

O fulcro maior do Estado é defender a sociedade contra as diversas formas de agressão. É crucial frisar, portanto, que

o Poder Público não é o único agressor. Nesse sentido, cumpre lembrar a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que postula que os direitos fundamentais são violados pelo Estado e, também, por particulares. Atinge-se um patamar, dentro do direito ambiental, de uma pessoa violando o direito fundamental de toda sociedade (STRECK, 2005, p. 181).

Não é outro o entendimento de Sarlet (2005), ao afirmar que a proporcionalidade vai além da proibição do excesso, pois abarca, ainda, o dever de proteção por parte do Poder Público, inclusive no que importa direitos fundamentais de terceiros (p. 107). Isto proporciona maiores dimensões que reclamam por densificação, especialmente quando se analisa as consequências da proibição de proteção deficiente.

Cabe conferir destaque ao Recurso Especial n.º 418.376, do Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Relator Gilmar Mendes (2007) afirmou que:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

O princípio da proteção deficiente, dessa maneira, se revela um mecanismo para a determinação se uma ação ou omissão estatal desrespeita algum direito fundamental. Este princípio está intimamente ligado com imperativos de tutela dos direitos fundamentais, notadamente os que requerem uma ação positiva do Estado. É possível perceber, assim, a relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição de proteção deficiente.

O Estado, ao garantir uma proteção entre o excesso e a deficiência, deve considerar, à semelhança da doutrina dos direitos humanos, a vedação do retrocesso e a vedação da proteção insuficiente, ou seja, não só não retrocede, como também avança na proteção do meio ambiente.

Uma cláusula de progressividade ou do dever de progressiva realização e proteção dos direitos, prevista internacionalmente em pactos de direitos humanos, deve abarcar, também, as medidas normativas voltadas à tutela ecológica, a fim de instituir uma progressiva melhoria da qualidade ambiental e da vida em geral (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

O resultado prático de um direito fundamental ao meio ambiente é o de uma composição de posições jurídicas e de realidades subjetiva e objetiva do direito fundamental, que tendem a orientar a concretização de um mínimo de condições existenciais que permita garantir aquelas finalidades. Refere-se, aqui, ao desenvolvimento da noção de mínimo de existência ecológica, associada à suficiente qualidade de vida, resultante de uma noção reforçada de consideração de padrões de proteção ambiental mínima ante os riscos existenciais, os quais podem ser considerados intoleráveis ou inaceitáveis a partir deste mínimo (AYALA, 2011).

Em relação à Lei n.º 13.123/2015, entende-se que ela incorpora fortemente a proteção deficiente, pois é desfavorável às comunidades tradicionais, grandes protetoras da biodiversidade. A lei simplifica o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, de forma irresponsável, que vem a transgredir frontalmente a proteção do meio ambiente sadio, como manda a Constituição.

Um ponto que não pode ser esquecido é que esse novo marco da biodiversidade foi concebido sem a participação dos detentores de conhecimentos tradicionais. A ausência de participação democrática no processo legislativo ajudou a desfavo-

recer os povos indígenas, quilombolas e agricultores tradicionais no novo marco legal.

Ademais, a proteção deficiente evidencia-se quando se verifica que os instrumentos de rastreabilidade previstos na Lei nº 13.123/2015 são meramente nominais, de modo que não fica claro quais serão os mecanismos de fiscalização. O Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016, que regulamentou a lei sob estudo, permite, inclusive, que algumas atividades, como a requisição de propriedade intelectual, a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica de produtos acabados contendo patrimônio genético ou conhecimento tradicional ocorram sem monitoramento estatal.

Frisa-se o mandamento constitucional de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, não poderá ser observado sem a existência de ferramentas de fiscalização e rastreabilidade. Nota-se, facilmente, a afronta ao princípio da proibição da proteção deficiente.

A Lei nº 13.123/2015, bem como o Decreto nº 8.772/2016, ao flexibilizar demasiadamente o acesso ao patrimônio da biodiversidade brasileira sem trazer instrumentos de fiscalização e monitoramento, desrespeitam o direito fundamental ao meio ambiente sadio, o qual o Estado tem o dever de proteger.

Referências

AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar. **Recurso extraordinário 418.375-5 Mato Grosso do Sul**. Tribunal Pleno. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Diário de Justiça, 23 mar. 2007. Disponível em: <http://allanpatrick.wdfiles.com/local--files/re-418-376/RE_418376.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. “Breves considerações sobre os deveres de proteção e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental”. **Revista de Direito Ambiental, Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 41-85, abr.-jun./2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência”. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n. 98, p. 107, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n. 97, p. 180, março/2005.

ESTABELECIMENTO DE UM SISTEMA DE DESONERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: ANISTIA E RUPTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL SOLIDÁRIA

*Taysa Schiocchet,
Eroulths Cortiano Jr
André Luiz Arnt Ramos
Rodolfo Souza Da Silva
Gabriel Tabatcheik
Guilherme Athaides Guimarães*

Introdução

Ao longo da maior parte da história, a proteção do meio ambiente foi uma questão negligenciada. É fato que o meio ambiente sempre será um instrumento possibilitador da subsistência e do desenvolvimento humanos, mas a forma como o homem com ele se relaciona, em curto período de tempo, tem passado por incômodas transformações no Brasil.

Se, por um lado, no efervescer do movimento ambientalista internacional, sobretudo a partir da década de 1970, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, o Brasil iria adotar, nos anos seguintes, uma posição de vanguarda na proteção da natureza e dos direitos de povos e comunidades tradicionais, umbilicalmente a ela conectados, muitos dos avanços até então alcançados encontram-se atualmente ameaçados com a aprovação da Lei n.º 13.123/2015. Os dispositivos desse diploma legal promoveram

uma mitigação multidimensional dos instrumentos protetivos dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, como os vários textos que compõem esse estudo elucidam. Com o objetivo de contribuir para a denúncia desse ilegítimo processo de redução dos direitos de povos e comunidades tradicionais, esse excerto tem por finalidade analisar a deturpação que o referido diploma infundiu no modelo de responsabilidade ambiental solidária vigente no direito brasileiro.

A responsabilidade ambiental

O modelo de responsabilidade ambiental no direito brasileiro tem duas particularidades que devem ser destacadas. Em primeiro lugar, trata-se de um modelo de responsabilidade objetiva, segundo o qual não se requer a comprovação de que o agente agiu com dolo ou culpa na causa do resultado danoso, bastando a existência do nexo causal entre o dano e sua atividade geradora. Em segundo lugar, é um modelo que se destaca por ser baseado na responsabilidade solidária, de forma que todos envolvidos, direta ou indiretamente, na atividade causadora do dano ambiental, respondem solidariamente pela reparação integral do dano causado.

A matéria da responsabilidade ambiental se encontra regulada pela Constituição Federal e pela Lei nº 6.938/81. Como determinação geral, o art. 225, § 3º da Constituição Federal dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988). Observa-se, desde já, a relevância que o meio ambiente possui para o sistema jurídico brasileiro, ao ponto de ser objeto de proteção constitucional.

Já a Lei nº 6.938/81, que regula o referido dispositivo constitucional, consagra no seu artigo 14º, § 1º que “é o po-

luidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”. Por meio do referido dispositivo, vê-se consagrado o caráter subjetivo da responsabilidade ambiental. Além disso, o art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, define o poluidor como sendo “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”[1]. Logo, a legislação mencionada estabelece o entendimento de que a responsabilidade civil ambiental é de natureza objetiva e solidária.

É certo que podemos vislumbrar a responsabilidade ambiental solidária não apenas para o caso de empresas poluidoras, mas, também, para aqueles que manipulam material genético e acarretam dano ao meio ambiente. Nesses casos, tanto o explorador da atividade como seu beneficiário, supondo que esses representem figuras diversas, responderiam solidariamente pelos danos ambientais causados. Isso é de particular importância, pois é justamente nesse ponto que a Lei n.º 13.123/2015 busca imprimir uma mitigação da responsabilidade ambiental solidária, como será visto adiante.

Essa regulação se relaciona, em parte, com o objetivo de incorporação das externalidades negativas que atividades de exploração do meio ambiente podem acarretar. Isso já foi vislumbrado em vários diplomas internacionais, destacando-se a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que consagrou, em seu texto, o reconhecido princípio do poluidor pagador:

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, 1992).

Em decorrência desse princípio, todos aqueles que deram causa ao dano, de forma direta ou indireta, devem responder pela reparação integral do mesmo. No mundo globalizado da atualidade, isso assume extrema importância, pois, devido à proliferação de cadeias de produção globais, que envolvem fornecedores e produtores de variadas nacionalidades, conectados em prol da exploração de uma atividade comum, a tutela de um meio ambiente saudável e equilibrado dependerá da capacidade que o Poder Público terá de responsabilizar esses atores multifacetados pelos danos que a atividade por eles desenvolvida pode vir a gerar.

A livre circulação do patrimônio genético

Não é de hoje que a circulação da biodiversidade é motivada por interesses específicos. No final do século XIX, sementes de seringueira (*hevea brasilienses*) foram contrabandeadas da Amazônia para colônias britânicas. Isso tirou do Brasil o posto de principal exportador de látex do mundo e levou ao declínio do chamado ciclo da borracha.

Em 1876, o inglês Henry Wickham se estabeleceu em Santarém, no Pará, às margens do Rio Tapajós, e contrabandeou 70 mil sementes de *hevea brasilienses* para o Royal Botanic Garden de Kew, uma instituição britânica com 250 anos de história no estudo da botânica. O estrangeiro escondeu as sementes nas embarcações, dentro de cestos cobertos de folhas de banana, e não sofreu incomodações da aduana brasileira à época. As mudas que nasceram, transplantadas para o Sudoeste Asiático, produziram, 37 anos depois, a ruína econômica da Amazônia brasileira e mudaram o mundo (EVELIN, 2009). Em tempos mais recentes, materiais genéticos de indígenas brasileiros foram indevidamente acessados e postos à venda em biobancos nos EUA.

No contexto das pesquisas genéticas humanas, já tivemos oportunidade de mencionar que hoje é possível adquirir pela internet, por 85 e 55 dólares, amostras de DNA e culturas de células desses povos, chamados Suruís e Karitianas coletadas por uma empresa biotecnológica, vinculada ao National Institute of Health (NIH), agência de pesquisa biomédicas dos EUA (SCHIOCCHET, 2013, p.170-171). A finalidade das amostras, segundo relato de Santos e Coimbra (2005, p.7) é para investigações sobre a variabilidade biológica humana (origens e relações genéticas entre populações das várias partes do mundo).

Seja material genético humano ou não humano, com o avanço das biotecnologias, a circulação desse material parece ser livre, despida de qualquer tutela jurídica, o que pode facilitar a sua manipulação científica, exploração econômica e o acesso indevido, face à necessidade de circulação e manipulação desse material em laboratórios, entidades de pesquisas e empresas biotecnológicas em diversas regiões do Brasil e do mundo.

Contudo, com o surgimento das pautas ambientais, regulação e tutela jurídicas da fauna e flora, o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento sustentável, o surgimento de novas tecnologias (bio, médica e genética), os atores envolvidos (povos tradicionais, pacientes, entidades de pesquisa e empresas biotecnológicas), cada vez mais tem se discutido questões ético-jurídicas de acesso, repartição de benefícios e procedimentos que visem à tutela não somente das partes, mas dos respectivos bens jurídicos em voga.

Na presente discussão, a lei da biodiversidade surgiu como instrumento de tutela jurídica do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados. Um dos pontos fundamentais desse marco regulatório, segundo Bensusan

(2016, p. 5) é a rastreabilidade, pois assim será possível saber se um conhecimento tradicional foi acessado e utilizado sem consentimento prévio informado; se um componente do patrimônio genético (planta, animal ou micro-organismo) ou conhecimento tradicional foi acessado sem cadastro; e se a exploração econômica foi iniciada sem notificação.

A relação e discussão entre direito e genética, diante desse panorama, exige aproximação, não somente em relação a mecanismos de controle, mas, também, de reconhecimento dos direitos que gravitam em torno do material genético, manipulado e que circula das mais variadas formas. O ponto de partida do debate, ao que parece, é o controle desse material genético, no contexto de sua livre circulação, e os direitos que lhe são garantidos na sua origem, de modo que não seja acessado indevidamente. A nova lei da biodiversidade e o decreto regulamentar chamam esse controle de rastreabilidade, estabelecendo um sistema próprio e diversas entidades responsáveis.

O art.5º, §1º do decreto regulamentar, estabelece que o sistema será gerido pela Secretaria Executiva do CGEN e disporá das informações necessárias constantes dos bancos de dados dos sistemas de diversos órgãos, como Ministério da Agricultura, CNPq, ANVISA, CTNBio, Siscomex, INPI, dentre outros.

A averiguação da origem do material genético parece não estar muito clara, pois vai ser necessário confrontar os dados do sistema de rastreabilidade das entidades envolvidas e do CGEN, com o seu próprio sistema de cadastro de acesso e remessa do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados. No caso do sistema de rastreabilidade, diferentemente do sistema de cadastro de acesso e remessa, não há a descrição do patrimônio genético em nível taxionômico mais próximo possível nas informações constantes nos bancos de dados, além de não ser conferido poder ao CGEN de examinar

os locais de pesquisa e desenvolvimento de produtos biotecnológicos ou de análise de produtos lançados no mercado, para fins de averiguação da sua composição, e buscar identificar a origem do material genético. Da mesma forma, as normas não trazem ou estabelecem formas de comunicação entre as entidades acerca das informações sobre o material genético.

Nas situações em que o material genético é remetido ao exterior, a situação se agrava ainda mais. Isso ocorre em razão 1) de inexistir, nas disposições do art. 25, do Decreto regulamentar, quaisquer hipóteses de acompanhamento do trânsito, ou de restrição, da amostra genética remetida, bem como em razão 2) do que chamamos de “mitigação da solidariedade”.

Embora o inciso IV do §1º tenha a previsão de cláusula que autoriza ou veda o repasse da amostra a terceiros, quando da elaboração do Termo de Transferência de Material (TTM), com estipulação de outras obrigações de cumprimento, tratam-se, ainda assim, de questões vagas que não resguardam a origem da amostra e todos os direitos que giram em torno dela: soberania, consentimento, eventual repartição de benefícios e autodeterminação do Estado Brasileiro em relação àquela amostra.

O material que contém a informação genética é de fácil circulação, ainda que, em alguns casos, ou na sua maioria, seja de difícil conservação, sendo facilitada a transgressão dos direitos acima mencionados, os quais não se desvinculam da amostra coletada e que transitam de maneira transfronteiriça, seja para fins científicos, seja para fins econômicos. Esse recurso genético que circula tem sua tutela jurídica limitada territorialmente, mesmo com a pactuação de termos de contrato (transferência de material), onde se estabelecem os direitos e obrigações das partes.

Isso em virtude de inexistir, no novo marco regulatório, disposições acerca de fiscalização e mecanismos de controle

de circulação da amostra, durante o seu trânsito ou quando situada em determinada entidade, quando remetida ao exterior. Isso torna, inicialmente, e sob o aspecto puramente normativo, ineficaz a tutela pretendida pela lei da biodiversidade, ainda que exista a possibilidade de estipular obrigação de não repasse da amostra a terceiros. Necessário, assim, debater mais profundamente, nas Câmaras Temáticas do CGEN e nas arenas de discussão da Convenção de Diversidade Biológica, formas de aprimoramento desse controle, de maneira que a rastreabilidade resguarde a tutela jurídica daquele material genético.

Em síntese, as possibilidades de tutela jurídica do material genético se dão quando do cadastro do acesso ao patrimônio genético perante os órgãos estatais, o que não representa, ao menos na literalidade da lei, a conservação da sua integridade, encontrando limites quando esse recurso genético é remetido ao exterior, ainda que diante da possibilidade de pactuação de termos de transferência de material, face à inexistência de previsões claras acerca da supervisão e fiscalização da manipulação da amostra remetida, quando em trânsito e fora do território nacional.

Mitigação da solidariedade

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a consagrar em seu bojo um capítulo próprio para tratar do meio ambiente. Foi atribuída ao Poder Público uma série de obrigações de proteção e regulação do acesso aos recursos naturais, dentre as quais se destaca a prevista no inc. II do § 1º do art. 225, que determina ser obrigação do Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. A Lei n.º 13.123/2015 está embasada nesse e em outros dispositivos, pertencendo, portanto, ao rol de competências do Poder Público. Não obs-

tante, é preciso estarmos vigilantes para verificar se este cumpre satisfatoriamente o seu papel.

Assim, no que tange à matéria de responsabilidade ambiental solidária, embora seja, por um lado, possível afirmar que as alterações introduzidas possuam embasamento legal; por outro, é impossível negar que elas efetivaram sensível mitigação da responsabilidade solidária no que se refere aos danos que podem advir de um inadequado uso do patrimônio genético do país.

Por meio de uma separação das figuras entre instituição nacional que realiza acesso ao material genético no país e a instituição destinatária que recebe esse material no exterior, a Lei n.º 12.123/2015 e o Decreto n.º 8.772/2016, que regula sua aplicação, realizam uma quebra da solidariedade ao atribuir, ora a uma, ora a outra, a responsabilidade pelo material genético acessado. O que é ainda mais grave é o fato de que, nesse pingue-pongue de responsabilidade, ela cria uma situação em que o responsável direto pela coleta e exploração do material genético, ou seja, quem realiza o acesso, pode-se ver isento da responsabilidade ao enviar esse material a um destinatário estrangeiro.

Primeiramente, em relação à Lei n.º 12.123/2015, a grande alteração foi feita ao se determinar que o envio de remessa de patrimônio genético ao exterior, após autorizado por entidade administrativa competente, resulta em uma transferência da responsabilidade ao destinatário estrangeiro. Dois conceitos-chave para compreender como isso ocorre são os de “remessa” e “envio de amostra”. Seus significados estão definidos, respectivamente, no art. 2º, incisos XIII e XXX da Lei:

XIII - remessa - transferência de amostra de patrimônio genético para instituição localizada fora do País com a finalidade de acesso, **na qual a responsabilidade sobre a amostra é transferida para a destinatária;**

XXX - envio de amostra - envio de amostra que contenha patrimônio genético para a prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico **na qual a responsabilidade sobre a amostra é de quem realiza o acesso no Brasil** (BRASIL, 2015).

Da redação de ambos dispositivos, é possível chegar às seguintes conclusões. Em primeiro lugar, que o ato de transferência consistiria no envio, à instituição estrangeira, da totalidade do patrimônio genético à disposição da instituição brasileira. Pode-se cogitar que isso seja favorável às empresas estrangeiras que possuam filial no Brasil, já que as mesmas poderiam ter acesso ao patrimônio genético nacional e repassar à sua matriz ou filial de análise no exterior o respectivo material, eximindo a filial nacional de responsabilidade, uma vez que esta seria transferida para a destinatária estrangeira. Como sabemos, a responsabilização de uma entidade ou pessoa no exterior é algo muito mais complexo que no âmbito nacional. Além das dificuldades que podem advir do estranhamento linguístico, os custos serão muito mais elevados. Nacionalmente, o Ministério Público tem a competência – e o dever – de promover ação civil pública visando à “prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente” (BRASIL, 1993), conforme disposto no art. 25 da Lei n.º 8.625 de 1993. A atuação do Ministério Público tem sido fundamental para garantir a proteção da fauna e flora nacional, o que assume maior relevância, conforme a economia brasileira, progressivamente, passa por um processo de internacionalização. Não obstante, internacionalmente, a situação se complexifica e fica a questão sobre qual entidade pública poderá atuar no exterior para defender a responsabilização de empresa estrangeira destinatária de remessa de patrimônio genético.

Em segundo lugar, é possível inferir que o “ato de envio de amostra” consistiria em uma transferência parcial para instituição no exterior de material genético à disposição de

instituição nacional, e que a instituição estrangeira não teria responsabilidade sobre a amostra recebida, uma vez que a “responsabilidade sobre a amostra é de quem realiza o acesso no Brasil”. Dessa maneira, embora a instituição localizada fora do país tivesse acesso ao material genético e dele se beneficiasse, ela não poderia ser responsabilizada pelos danos ambientais que podem advir da manipulação equivocada do mesmo. Isso é uma evidente ruptura da lógica de responsabilidade solidária, já que uma perspectiva solidária implicaria a responsabilização simultânea, pela integralidade do dano, de todos envolvidos, direta ou indiretamente, na exploração desse material genético, e não apenas de quem realizou o acesso no Brasil.

No mais, é interessante frisar a extrema intencionalidade com a qual a lei foi redigida no Congresso Nacional. No projeto de lei enviado pelo Executivo ao Congresso, o inciso XIII do art. 2º da futura Lei n.º 13.123/2015 não mencionava a transferência de responsabilidade. Ele apenas dispunha que remessa seria a “transferência de amostra de patrimônio genético para instituição localizada fora do país com a finalidade de acesso” (BRASIL, 2015). Além disso, o art. 2º, XXX, não constava no referido projeto. A inclusão tanto do trecho do inciso XIII, que trata da transferência de responsabilidade, como a totalidade do inciso XXX, só foi feita durante os trabalhos legislativos no Congresso (TÁVORA et al., 2015). Isso mostra a clara intenção do legislador brasileiro em estabelecer uma normativa legal que permitisse a desoneração da responsabilidade ambiental solidária no que se refere à manipulação de material genético.

Ainda, em relação à Lei n.º 12.123/2015, o § 2º do seu art. 13 dispõe que:

Art. 13. As seguintes atividades poderão, a critério da União, ser realizadas mediante autorização prévia, na forma do regulamento: [...] § 2º A autorização de remessa de amostra

de patrimônio genético para o exterior **transfere a responsabilidade da amostra ou do material remetido para a destinatária** (BRASIL, 2015).

Esse dispositivo confirma o disposto no art. 2º, XIII. Após autorizada a transferência, a realização desta transfere a responsabilidade sobre a amostra para a instituição destinatária no exterior. Com isso, como já asseverado, haveria um rompimento da responsabilidade, já que a instituição nacional, que realizou o acesso ao material genético, ficaria eximida da sua responsabilidade.

Por fim, o disposto no Dec. n.º 8.772/2016, que regulamenta a lei em análise, confirma o estabelecido no art. 2º, XXX, da Lei n.º 12.123/2015. Conforme determinado no § 3º do art. 24 desse decreto:

Art. 24. O Sisgen disponibilizará formulário eletrônico no cadastro de acesso para que a pessoa jurídica nacional, pública ou privada, cadastre o envio de amostra que contenha patrimônio genético para a prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico.

[...]

§ 3º O envio de amostra que contenha patrimônio genético para a prestação de serviços no exterior, nos termos do inciso XXX do art. 2º da Lei n.º 13.123, de 2015, não acarreta em transferência de responsabilidade sobre a amostra da instituição responsável pelo envio para a instituição destinatária.

Dessa maneira, resta claro o entendimento de que os referidos dispositivos estabelecem uma brecha no mecanismo solidário de reparação dos danos ambientais, regulado pela Lei n.º 6.938/81 e consagrado na Constituição.

Conclusão

O legislador, embora esteja agindo dentro da sua esfera de competência, está flagrantemente reduzindo a proteção conferida ao meio ambiente. Os artigos 2º, incisos XIII e XXX, e o art. 13, § 2º, da Lei n.º 13.123/2015, bem como o art. 24, § 3º, do Decreto n.º 8.772/2016 que a regulamenta, abrem fendas no mecanismo solidário de reparação dos danos ambientais então vigente no direito brasileiro.

Em que pese se possa argumentar que as alterações aparentam ser de pequena importância, e de que a Lei facilitará o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento associado de povos e comunidades tradicionais, bem como a repartição de benefícios, é preciso sempre estar atento aos detalhes. Ao abrigo de um discurso progressista e economicista, a Lei n.º 13.123/2015 possui suas limitações e limita muitos direitos que já haviam sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em benefício de quem e em prejuízo de quem essas alterações foram feitas é algo que ela não dispõe de forma clara. Resta-nos, porém, uma observação feita pelo notável geógrafo Milton Santos (1998), que sumariza como ninguém as mudanças da nossa época:

Ontem, a técnica era submetida. Hoje, conduzida pelos grandes atores da economia e da política, é ela que submete. Onde está a natureza servil? Na verdade é o homem que se torna escravizado, num mundo em que os dominadores não se querem dar conta de que suas ações podem ter objetivos, mas não têm sentido. O imperativo da competitividade, uma carreira desatinada sem destino, é o apanágio dessa dissociação entre moralidade e ação que caracteriza a implantação em marcha da chamada “nova ordem mundial”, onde os objetivos humanos e sociais cedem a frente da cena, definitivamente, a preocupações secamente econômicas, com o papel hoje onímodo da mercadoria, incluindo a mercadoria política. Não só a natureza é apresentada em frangalhos, mas também a Moral, e, na ausência de um sentido comum, já

dizia o Marx da Miséria da Filosofia, “é fácil inventar causas místicas” (p. 9).

Referências

BENSUSAN, Nurit. **Guia de apoio à análise da minuta do decreto de regulamentação da Lei 13.123/2015**. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/blog/pdfs/guia_da_minuta.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

_____. **Decreto n.º 8772, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. **Lei n.º 6938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>.

_____. **Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. **Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o

Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

DECLARAÇÃO do Rio de Janeiro. **Estudos Avançados**, São Paulo , v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2016.

EVELIN, Guilherme. “Henry Wickham, o inglês que se tornou o “pai” da biopirataria”. **Revista Época**, 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI80394-15223,00->

HENRY+WICKHAM+O+INGLES+QUE+SE+TORNOU+O+PAI+DA+BIOPIRATARIA.html>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico-informacional. São Paulo: Hucitec, 1998.

SANTOS, Ricardo Ventura; COIMBRA JÚNIOR, Carlos E. A. “Vende-se sangue de índio suruí e caritiana: sangue, ética e povos indígenas”. **O Globo**, p. 7, 9 mai. 2005.

SCHIOCCHET, Taysa. “Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisa genéticas envolvendo os índios Karitianas”. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; PIERRE, Philippe (Org.). **Direitos humanos, saúde e medicina**: uma perspectiva internacional. 1.ed. Rio Grande: FURG, 2013. p. 161-182.

TÁVORA, Fernando Lagares et al. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, p. 95. (Texto para Discussão nº 184) Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 21 set. 2015.

INOBSERVÂNCIA DA OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PROTEGER O PATRIMÔNIO CULTURAL

Carla Arouca Belas

A Constituição de 1988, em seus artigos 215 e 216, ampliou o conceito de patrimônio cultural no sentido de abranger os bens de natureza material e imaterial possibilitando a sua proteção por meio de ações compartilhadas entre a sociedade e o Estado. Entendeu-se que a preservação do patrimônio imaterial, em virtude da sua natureza dinâmica e processual, demandava instrumentos específicos de proteção diferenciados daqueles que, até então, serviram à preservação de obras de arte, monumentos e edificações – tombamento, vigilância e desapropriação. Tais instrumentos, que continuam a ser utilizados na proteção do patrimônio material, garantem a manutenção de determinadas características físicas – elementos artísticos e/ou técnicos – que associam um bem cultural ao momento histórico da sua criação, impedindo a sua descaracterização.

No caso do patrimônio imaterial, para além do bem cultural em si, é necessário garantir condições que favoreçam a existência e continuidade deste ao longo das gerações. Nesse sentido, instituiu-se o instrumento do Registro¹ que, articulado a ações de salvaguarda, garante proteção não apenas a artefatos, mas a todo o complexo cultural que os envolve – detentores e/ou titulares destes e seus contextos de produção circulação, transmissão e/ou consumo. Está relacionado à ideia de referências culturais, que dizem respeito aos sentidos e valores

¹ Regulamentado pelo Decreto Presidencial n.º 3551, de 4 de agosto de 2000.

atribuídos, por diferentes sujeitos, a bens culturais e práticas sociais relacionadas a ofícios, modos de fazer, formas de expressão, celebrações e/ou lugares (FONSECA, 2007).

O instrumento do Registro e os demais que integram a Política Nacional de Patrimônio Imaterial (PNPI) – inventários, planos de salvaguarda, mapeamentos e outros – têm sido implementados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). Tais instrumentos encontram-se em consonância com a Convenção n.169 da OIT (1989)² na medida em que reconhecem, respeitam e valorizam princípios como autoidentificação, consulta prévia, autodeterminação e participação dos detentores/titulares de bens culturais nos processos de identificação, proteção e reconhecimento do patrimônio cultural no país. O compromisso Constitucional do Estado de valorizar e proteger o patrimônio cultural material e imaterial de Povos e Comunidades Tradicionais foi reforçado nos últimos anos com a adesão a duas importantes Convenções no âmbito da UNESCO: a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005.³ De um modo geral, essas convenções e outras legislações que integram o ordenamento jurídico nacional, em especial o Decreto n.º 6040/07, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, reconhecem o protagonismo dos detentores e/ou titulares na produção e reprodução de seus bens culturais, ressaltando o caráter dinâmico e inovador de suas culturas e equiparando distintos modos de produção do conhecimento sob a rubrica da valorização da diversidade. As diretrizes e

² Incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

³ Essas convenções foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro respectivamente pelo Decreto n.º 5.753, de 12 de abril de 2006 e o Decreto 6177, de 01 de agosto de 2007.

princípios desse arcabouço legal influenciaram amplamente o modo como as políticas culturais, incluindo os instrumentos de preservação do patrimônio cultural, têm sido implementadas nos últimos anos no Brasil, resultando em avanços na garantia e efetivação de direitos para povos e comunidades tradicionais.⁴

A Lei n.º 13.123/15 reconhece o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético como parte integrante do patrimônio cultural brasileiro (§ 2º e 3º, art.8), incluindo, dentre as suas formas de reconhecimento, as publicações científicas, o registro em cadastros ou bancos de dados e inventários culturais. Não obstante a sua ênfase na área ambiental, depois de 15 anos de espera pela efetivação desta Lei, a expectativa era de que ela se somasse ao arcabouço legal existente no âmbito cultural no que diz respeito à defesa dos direitos de detentores de bens culturais em geral, em especial povos e comunidades tradicionais. No entanto, tem sido vista como uma ameaça aos territórios, aos modos de vida e ao patrimônio cultural destes, conforme discutiremos de forma mais detalhada a seguir.

Na última década, um grande número de publicações (CUNHA & ALMEIDA, 2004; CUNHA, 2009; DIEGUES, 2001 e 2004; SANTILLI, 2005; SANTOS, 2011) tem ressaltado o potencial inovador de saberes e práticas de populações tradicionais no que diz respeito a mudanças de paradigmas da ciência ocidental. Para além das infinitas possibilidades no desenvolvimento de novas drogas medicinais e tratamentos estéticos, a cada dia são reconhecidas novas contribuições em diversos campos: biologia (modelos de manejo da caça⁵),

⁴ Para saber mais sobre experiências de uso do Registro do Patrimônio Imaterial na efetivação de direitos a titulares de bens culturais, ver Queiroz (2014).

⁵ Cunha (2009) menciona, por exemplo, que o modelo científico “source-sink”, fundamentado na existência de áreas de refúgio livres da caça, é o mesmo que já vinha sendo tradicionalmente utilizado por seringueiros do Alto Juruá (p. 306).

arquitetura (materiais de construção mais resistentes e habitações sustentáveis), agronomia (uso de defensivos naturais e adaptação de variedades de plantas) e muitos outros. A conservação de variedades *in situ* ou *on farm*, há séculos praticada por pequenos agricultores, é hoje avaliada como fundamental para a geração de cultivares adaptadas e resistentes a novas doenças, o que a conservação de espécies em bancos de germoplasma *per si* não é capaz de fornecer.

Ignorando tais evidências, a Nova Lei da Biodiversidade estabelece que o acesso à variedade local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas configura acesso ao conhecimento tradicional associado **não identificável** e, portanto, **independe do consentimento prévio** da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva tal variedade ou raça (§3, art. 9). Ainda que haja previsão de repartição de benefícios no caso de acesso à CTA, não identificável (art. 23),⁶ não é aceitável que a Lei permita a integrantes do setor empresarial e/ou acadêmico se apropriarem de inovações desenvolvidas por povos, comunidades e agricultores tradicionais, negligenciando o direito a créditos de autoria por parte de seus autores. E, além disso, há o desenvolvimento de produtos e processos patenteáveis sem a necessidade de uma autorização formal, acordo, fiscalização ou acompanhamento por parte dos detentores/titulares, violando o direito destes de fornecer ou não consentimento prévio para o acesso de terceiros a seus conhecimentos. Tal disposição põe em risco, também, a integridade dos territórios onde esses recursos serão

⁶ Neste caso, a repartição de benefícios se fará diretamente ao Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB) na modalidade monetária no montante de 1,0% (um por cento) da receita líquida do produto acabado ou material reprodutivo, podendo esse valor ser reduzido até 0,1% (zero vírgula um por cento) na hipótese da realização de um acordo setorial celebrado entre a empresa usuária e a União (§ II b, art. 48 do Decreto n.º 8772 e art. 21 da Lei n.º 13123/15).

acessados, impactando modos de vida e o desenvolvimento econômico, social e cultural dos grupos afetados. Ainda que se possa argumentar que terras indígenas gozam de proteção contra acesso ilegal,⁷ o mesmo não se pode dizer de comunidades locais, quilombolas e outras que não contam com proteção diferenciada. Nesses casos, quem avaliará o impacto das pesquisas de bioprospecção em relação à organização social e cultural desses grupos?

O direito de consulta aos povos interessados em medidas suscetíveis de afetá-los diretamente e, ainda, o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento e participação na decisão sobre ações que o afetem diretamente são garantidos, respectivamente, pelos §1 do artigo 6º e §1 do artigo 7º da Convenção n.º 169 da OIT. Além de violar direitos previstos nesta Convenção, o §3 do artigo 9º da nova Lei de Biodiversidade compromete princípios e compromissos assumidos na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) e na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

No que diz respeito à Convenção de 2003, ressaltamos a obrigação do Estado de garantir a salvaguarda do patrimônio imaterial, incluindo conhecimentos e práticas relacionadas à natureza e ao universo (§2 d, art. 2) e o respeito ao direito dos titulares e detentores de bens culturais de participar das ações relativas à gestão do seu patrimônio (art. 15).

Em relação à Convenção de 2005, destacamos a obrigação do Estado de implementar políticas e adotar medidas para

⁷ Tendo em vista que o artigo 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos indígenas em relação às terras que tradicionalmente ocupam, a proteção aos mesmos deveria valer independentemente de qualquer ato de reconhecimento oficial de demarcação ou registro. No entanto, na prática, conforme argumenta Marés (2013), a União tem considerado seu dever apenas a proteção de índios em áreas demarcadas ou por demarcar, negligenciando os não aldeados e, por conseguinte, violando o disposto constitucional (p. 25).

proteger e promover a diversidade cultural, no que inclui os conhecimentos tradicionais, reconhecendo tais conhecimentos como fonte de riqueza material e imaterial e ressaltando a contribuição destes para o desenvolvimento sustentável. Ademais, essa Convenção defende a valorização da interculturalidade no sentido de promover interações equitativas de diversas culturas, tendo como base o diálogo e respeito mútuo (§8º, art. 4).

Embora a Lei de Biodiversidade garanta às populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores o direito de usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado (art. 10, inc. V), essa liberdade é, de fato, relativa, visto que foi condicionada à normatização por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.⁸ A ANVISA, agência de regulação e controle sanitário, vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil, é responsável pela normatização de produtos e serviços nas áreas de alimentos, medicamentos e cosméticos. Para tanto, adota regulamentações e padrões de produção baseados em princípios técnico-científicos de controle de “qualidade” e “inocuidade” que priorizam a produção industrial em detrimento da artesanal (CINTRÃO, 2012). Nesse sentido, este órgão tem sido protagonista de inúmeros conflitos com praticantes da medicina popular e produtores de alimentos artesanais, com a criminalização e a apreensão de produtos de erveiras/os e raizeiras/os e, também, de produtores agrícolas tradicionais, a exemplo dos queijos artesanais da região da Canastra e da Serra de Minas Gerais. Ainda que haja menção a adoção de procedimentos “simplificados” de controle e a previsão da participação das populações indígenas, comunidades e agricultores tradicionais nas decisões sobre tal regulamentação, não há como garantir a equidade nessa negociação sem a participação de uma insti-

⁸ Conforme explicitado no artigo 19º do Decreto n.º 8772.

tuição terceira que possa atuar no papel de mediadora a fim de equilibrar assimetrias nas relações de poder e contemporizar distintas visões de mundo e valores que, historicamente, permearam a relação entre a ANVISA e os produtores tradicionais.

Além de submeter saberes, práticas e bens culturais de Povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais aos padrões de instituições técnico-burocráticas, a Lei n.º 13.123/2015 subordina-os, prioritariamente, a regras e valores de mercados. Nesse sentido, apesar da previsão de formas de retribuição não monetária, na prática, a repartição de benefícios (arts. 17 a 26) é dominada pela perspectiva econômica. Dessa forma, pretende-se justificar a isenção de obrigações relativas à repartição de benefícios para micro e pequenas empresas, empreendedores individuais, pesquisadores, intermediários da cadeia e transações comerciais – licenciamento, transferência ou permissão de utilização relativa a direitos de propriedade intelectual. A retribuição será obrigatória somente para o último elo da cadeia produtiva e, apenas, no caso em que seja comprovado que o conhecimento tradicional constituiu um dos elementos principais de agregação de valor de “produto acabado” ou “material reprodutivo” a ser comercializado. Ou seja, Povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais podem passar anos fornecendo informações a pesquisadores sem que haja qualquer garantia de que a pesquisa resultará em alguma forma de repartição de benefícios.

Não há dúvidas de que esse modelo de estruturação da repartição de benefícios considera apenas o valor monetário dos conhecimentos tradicionais, ignorando outras dimensões da organização social e cultural das populações tradicionais que possam ser impactadas no contato contínuo com terceiros. Dentre esses possíveis impactos, podemos citar o desequilíbrio nas relações de poder interna aos grupos, e, também, o uso

indevido ou não autorizado de grafismos, músicas, técnicas artesanais e outras produções artísticas que não configurariam em termos legais conhecimento associado à biodiversidade e ainda não possuem outro tipo de proteção legal adequada, apesar do enorme potencial comercial. É importante que todos os atores envolvidos nas pesquisas de acesso sejam implicados em acordos de retribuição, inclusive não monetária, onde se comprometam também a reparação de possíveis danos com ações mitigatórias e/ou compensatórias no âmbito cultural. Mesmo se considerarmos que o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB), que conta com a participação no comitê gestor Iphan e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), dentre outras instituições, absorva parte das demandas relativas a salvaguardas culturais emergenciais por meio do Programa Nacional de Repartição de Benefícios (PNRB), não se pode eximir os usuários de obrigações para com os grupos diretamente afetados por eles.⁹

Por fim, mencionamos a previsão de criação de banco de dados visando ao registro de informação sobre patrimônio genético e conhecimento tradicional associado (§1 do artigo 6º da Lei n.º 13123/15). Há uma imensa controvérsia em torno da gestão desse tipo de banco de dados, que pode ser usado tanto como meio de salvaguarda quanto como facilitador de

⁹ O FNRB será gerido por um comitê gestor cujo colegiado, presidido pelo MMA, envolve representantes de 7 (sete) das principais instituições de governo relacionadas com a questão, dentre as quais FUNAI, MDA e IPHAN, marcando a ausência da Fundação Palmares. Além destes, 7 (sete) representantes de entidades ou organizações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais indicados pela Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (Condraf), Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI) e Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea). E, por fim, um representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência SBPC (art. 97º do Decreto 8772/16). Os recursos desse fundo serão utilizados exclusivamente em benefício dos detentores de CTA em ações e projetos implementados pelo Programa Nacional de Repartição de Benefícios (art. 33 da Lei n.º 13123/15 e art. 100 do Decreto 8772/16). Embora a maioria dos recursos do PNRB seja destinada à área de meio ambiente, a cultura pode ser beneficiada em ações relacionadas aos planos de desenvolvimento sustentável.

apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais. A falta de regulamentação dessa disposição até o presente gera insegurança no que se refere aos objetivos e condições de acesso a esse banco. Entendemos que é fundamental que os detentores/titulares de conhecimentos tradicionais possam opinar se desejam ou não que seus conhecimentos sejam armazenados em bancos de dados e, ainda, que possam participar das decisões relativas à gestão destes.

Em resumo, ainda que se considere alguns avanços,¹⁰ de um modo geral, podemos afirmar que a Nova Lei da Biodiversidade, que deveria garantir o direito de detentores de conhecimentos tradicionais associados, beneficia, sobretudo, os usuários destes.

Conhecimentos, práticas e inovações de Povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais, ao invés de valorizados, são tratados como commodities, descontextualizados e submetidos à validação técnico-científica e às demandas de mercado.

Comparada ao arcabouço legal no âmbito da cultura mencionado anteriormente, pode-se dizer que a Lei n.º 13123/15 e, também, o Decreto n.º 8772/16 que a regulamentam, apresentam proteção ao patrimônio cultural bastante deficitária, uma vez que princípios como consentimento prévio, autodeterminação e participação são ignorados ou fragilizados. Essa proteção deficitária impacta diretamente a produção

¹⁰ Considero como avanços: 1) a participação de representantes de Povos, Comunidades e Agricultores tradicionais no âmbito do CGEN (art.6); 2) a isenção das obrigações da lei para práticas de intercâmbio e difusão de PG e CTA entre os titulares de conhecimentos tradicionais tendo em vista seu próprio benefício e considerando seus usos, costumes e tradições (Art. 8º § 4º); e 3) a ampliação da representatividade nas decisões sobre consentimento prévio pelo reconhecimento de um leque amplo de instrumentos que vão além do contrato com associações - assinatura de termo de consentimento prévio, registro audiovisual do consentimento, parecer do órgão oficial competente ou adesão na forma prevista em protocolo comunitário (Art. 9 § 1º). Além deste, o Decreto n.º 8772/16, que regulamenta a Lei n.º 13123/15, garante aos titulares de PG e CTA o direito de negar consentimento caso assim o desejem.

e reprodução de bens culturais, representa um retrocesso em relação a direitos conquistados por povos e comunidades tradicionais e compromete ações de salvaguarda em curso.

Referências

CINTRÃO, Rosângela Pezza. “Comida, vigilância sanitária e patrimônio cultural: Conflitos e contradições entre políticas públicas”. **Revista do Centro de Estudos Rurais**, v. 8, p. 147-173, 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro. ““Cultura” e cultura: conhecimentos tradicionais e direitos intelectuais”. In: _____. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro & ALMEIDA, Mauro Barbosa de. **Enciclopédia da Floresta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. São Paulo: HUCITEC, 2004.

_____. **Biodiversidade e Comunidades Tradicionais no Brasil**. São Paulo: NUPAUB-USP/PROBIO-MMA/CNPq, 2001.

FONSECA, Maria Cecília Londres. “Patrimônio cultural: por uma abordagem integrada - (considerações sobre materialidade e materialidade na prática da preservação)”. **Caderno de Estudos do PEP**. Rio de Janeiro: COPEDOC/IPHAN, p. 69-73, 2007.

MARÉS, Carlos. “Os Povos Indígenas e o direito brasileiro”. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. **O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais**, 2014. 301f. Dissertação (Mes-

trado) - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Mestrado Profissional em Preservação do Patrimônio Cultural, Rio de Janeiro.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

DO DÉFICIT DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO CGEN E NO FNRB

*Isabele Bruna Barbieri
Leticia Albuquerque*

O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) está disposto no art. 6º da Lei n.º 13.123/15, sendo órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios.

A lei determina que em sua formação tenha, além da representação de órgãos e entidades da administração pública federal,¹¹ que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei, a representação da sociedade civil,¹² sendo a primeira com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a sociedade civil de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos membros.

Art. 6º. Fica criado no âmbito do Ministério do Meio Ambiente o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGen, órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de

¹¹ O Artigo 7º *caput* e I do Decreto n.º 8.772/16 dispõe de 12 (doze) representantes dos órgãos da administração pública federal, sendo 01 (um) representante de cada um dos seguintes ministérios: Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Justiça; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Cultura; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Defesa; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; e Ministério do Desenvolvimento Agrário.

¹² O Artigo 7º do Decreto n.º 8.772/16 dispõe de 09 (nove) representantes da sociedade civil.

órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a paridade entre:

I - setor empresarial;

II - setor acadêmico; e

III - populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais (BRASIL, 2015).

Observa-se que o citado artigo indica, especificamente, a participação das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais,¹³ como, também, a participação do setor acadêmico¹⁴ e do setor empresarial,¹⁵ Tal medida, em respeito ao teor da Constituição Federal como Constituição Cidadã tem como objetivo a participação social dentro dos espaços institucionalizados, bem como em virtude de temática ambiental, que preza pelo princípio da informação e da participação.

A princípio, vislumbra-se uma importante inovação, que é a participação da sociedade civil no Conselho, sendo que, na normativa anterior, dispunha que sua composição era de, somente, representantes de órgãos e entidades da Administração Pública Federal (artigo 10 da MP n.º 2.186/01).

¹³ O Artigo 7º, Inc. IV do Decreto n.º 8.772/16 dispõe de 03 (três) representantes de entidades ou organizações representativas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, sendo: um indicado pelos representantes de povos e comunidades tradicionais e suas organizações do Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT; um indicado pelos representantes de agricultores familiares e suas organizações do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável - Condras; e um indicado pelos representantes de povos e organizações indígenas integrantes do Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI.

¹⁴ O Artigo 7º, III do Decreto n.º 8.772/16, dispõe de 03 (três) representantes de entidades ou organizações do setor acadêmico, sendo: um indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC; um indicado pela Associação Brasileira de Antropologia - ABA; e um indicado pela Academia Brasileira de Ciências - ABC.

¹⁵ O Artigo 7º, II do Decreto n.º 8.772/16 dispõe de 03 (três) representantes de entidades ou organizações do setor empresarial, sendo um indicado pela Confederação Nacional da Indústria - CNI; um indicado pela Confederação Nacional da Agricultura - CNA; e um indicado alternativa e sucessivamente pela CNI e pela CNA.

Todavia, embora com aparente avanço na participação da sociedade, questiona-se, primeiramente, se a própria Lei n.º 13.123 de 2015 esboça a vontade popular dessas comunidades tradicionais, e, mais do que isso, se este dispositivo específico, a criação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, proporcionará a participação popular ou se é mero formalismo.

Pela nova Lei, compete ao CGen estabelecer normas técnicas; estabelecer diretrizes e critérios para elaboração e cumprimento do acordo de repartição de benefícios; estabelecer critérios para a criação de banco de dados para o registro de informação sobre patrimônio genético e conhecimento tradicional associado; acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e remessa de amostra que contenha o patrimônio genético e acesso a conhecimento tradicional associado. Deliberar sobre o credenciamento de instituição nacional que mantém coleção *ex situ* de amostras que contenham o patrimônio genético e sobre o credenciamento de instituição nacional para ser responsável pela criação e manutenção da base de dados.

Compete, ainda, atestar a regularidade do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao acesso, remessa e exploração econômica; registrar o recebimento da notificação do produto acabado ou material reprodutivo e a apresentação do acordo de repartição de benefícios; promover debates e consultas públicas; funcionar como instância superior de recurso; estabelecer diretrizes para aplicação dos recursos destinados ao Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB) a título de repartição de benefícios; criar e manter base de dados relativos aos cadastros de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa, às autorizações de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa, aos

instrumentos e termos de transferência de material, às coleções *ex situ* das instituições credenciadas que contenham amostras de patrimônio genético, às notificações de produto acabado ou material reprodutivo, aos acordos de repartição de benefícios e aos atestados de regularidade de acesso; e, por fim, cientificar órgãos federais de proteção dos direitos de populações indígenas e comunidades tradicionais sobre o registro em cadastro de acesso a conhecimentos tradicionais associados.

Uma de suas atribuições era deliberar sobre autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, o que, a partir da nova Lei, é esvaziado, visto que não necessita mais de autorização de acesso para pesquisa com patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado. Pela nova lei, resta, apenas, a necessidade de um registro das atividades de acesso em um cadastro eletrônico, o SISGen (artigo 12 Lei n.º 13.123/15).

Ainda, o Decreto n.º 8.772, de 2016, amplia suas atribuições e suas competências, disciplina a obrigatoriedade de se ter o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento e detalha sua composição contendo Plenário, Câmaras Técnicas, Câmaras Setoriais e Secretaria Executiva (artigo 4º e seguintes).

Além disso, é possível que este Conselho crie Câmaras Técnicas, tendo, nestas, a participação do Governo e da sociedade civil, o setor empresarial, acadêmico assim como representantes das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, a fim de subsidiar as decisões do plenário.

Importante ressaltar que a normativa anterior que regulamentava esta matéria dispunha, em seu artigo 6º, que a existência do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético seria evidência científica consistente de perigo de grave e irreversível dano à diversidade biológica decorrente das atividades

particulares, com base em critérios e parecer técnico, o que poderia determinar medidas destinadas a impedir o dano, inclusive sustar a atividade. Essa atribuição não está estampada na nova Lei.

A atribuição de deliberar sobre as autorizações de acesso e de remessa de amostra de componente de patrimônio genético foi drasticamente reduzida. De outra forma, outra competência foi excluída: que a Lei não mais disciplina a atribuição do CGen em anuir os Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

Um apontamento importante é o silêncio da Lei quanto às autorizações e credenciamentos das instituições sediadas no exterior, disciplinando apenas que a remessa para o exterior de amostra de patrimônio genético depende da assinatura do termo de transferência de material, como previsto pelo Conselho (Artigo 11, §2º).

Por certo que não se pode afastar a realidade brasileira dentro do contexto de que a participação da sociedade civil nos órgãos públicos é, muitas vezes, meramente formal. Isso porque, neste ambiente, há o imperativo das representações do setor empresarial, que, como se sabe, exerce absurda e demasiada influência. O domínio do capital é nítido na seara ambiental, onde se vislumbram diversos retrocessos em prol da justificativa de desenvolvimento econômico, esquecendo-se por completo do caminho sustentável, daquelas alternativas que prezam pelo aspecto ambiental, social e, ainda, conciliam com o econômico.

Infelizmente, diante das diversas iniciativas similares, percebe-se que os Conselhos com a participação da sociedade civil conduzem formalmente tal representação, porém, efetivamente, a sociedade continua sem voz e, muito provavelmente, ao final, as deliberações serão em desacordo e, até mesmo, contrárias à vontade expressada por esses representantes.

Inovação trazida pela Lei é a criação do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB), que tem como objetivo valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover seu uso de forma sustentável (artigo 30 da Lei n.º 13.123/15 e artigo 96 do Decreto n.º 8.772/16).

É por meio do Decreto n.º 8.772/16 que se estabeleceu a composição, organização e funcionamento do Comitê Gestor, sendo este órgão composto por representantes da administração pública federal,¹⁶ entidades ou organizações representativas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais,¹⁷ e representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC (artigo 97 do Decreto n.º 8.772/16).

As rendas são advindas de dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais; de doações; de valores arrecadados com o pagamento de multas administrativas aplicadas em virtude do descumprimento da Lei; de recursos financeiros de origem externa decorrentes de contratos, acordos ou convênios, especialmente reservados para as finalidades do Fundo; de contribuições feitas por usuários de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado para

¹⁶ Artigo 97, I do Decreto n.º 8.772/16, que estabelece a composição com representação de 01 (um) representante e 02 (dois) suplentes do Ministério do Meio Ambiente, que o presidirá; do Ministério da Fazenda; do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; do Ministério do Desenvolvimento Agrário; do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; da Fundação Nacional do Índio - FUNAI; e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Iphan.

¹⁷ Artigo 97, II do Decreto n.º 8.772/16, que estabelece a composição com representação de 07 (sete) representantes de entidades ou organizações representativas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, sendo 02 (dois) indicados pelo Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT; 02 (dois) indicados pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável - Condraf; 02 (dois) indicados pelos representantes de povos e organizações indígenas integrantes do Conselho Nacional de Política Indigenista - CNPI; e 01 (um) representante de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional indicado pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - Consea.

o Programa Nacional de Repartição de Benefícios; de valores provenientes da repartição de benefícios e de outras receitas que lhe vierem a ser destinadas (artigo 32 da Lei n.º 13.123/15 e artigo 96, § 1º do Decreto n.º 8.772/16).

Os recursos monetários depositados no FNRB decorrentes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a conhecimento tradicional associado serão destinados exclusivamente em benefício dos detentores de conhecimentos tradicionais associados (artigo 32, § 2º da Lei n.º 13.123/15 e artigo 96, § 2º do Decreto n.º 8.772/16).

É de competência do Comitê Gestor decidir sobre a gestão dos recursos monetários depositados no FNRB, observadas as diretrizes para a aplicação dos recursos estabelecidos pelo CGen; definir, anualmente, o percentual dos recursos monetários depositados no FNRB decorrentes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético proveniente de coleções *ex situ*; aprovar o Manual de Operações do FNRB, estabelecendo condições e procedimentos para a execução financeira e a aplicação de recursos, incluindo o recolhimento de receitas e a contratação, execução, monitoramento e avaliação de ações e atividades apoiadas pelo FNRB; aprovar o plano operativo quadrienal e revisá-lo bienalmente; aprovar ações, atividades e projetos a serem apoiados pelo FNRB; decidir sobre a contratação de estudos e pesquisas pelo FNRB; aprovar, anualmente, relatórios de atividades e de execução financeira, de desempenho da instituição financeira; estabelecer instrumentos de cooperação, inclusive com Estados, o Distrito Federal e Municípios; estabelecer instrumentos de cooperação e repasse de recursos com instituições públicas nacionais de pesquisa, ensino e apoio técnico, inclusive com apoio financeiro do FNRB, para acompanhar as ações e atividades apoiadas pelo FNRB, e elaborar e aprovar o seu regimento interno.

A lei garantiu tanto ao Conselho como ao Fundo, com o processo de regulamentação quando da elaboração do citado Decreto, a sua realização com a participação de representantes de vários setores da sociedade civil.

Embora com a suposta participação da população interessada na elaboração desses instrumentos normativos, nessa nova Lei, percebe-se total abrandamento das disposições legais, permitindo um amplo acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais e sem contrapartida. Por certo que, pelo abrandamento da Lei, o Brasil será o país a receber as empresas de exploração da atividade, ocorrendo o conhecido fenômeno de deslocamento dessas empresas para os países que apresentam legislação ínfima e não protetiva sobre a temática.

Nos países onde esta atividade exploratória tem normativas protetivas ou quando tais países se opõem a tal atividade, então ocorre a figura da deslocalização, que é a mobilidade dessas pessoas físicas ou jurídicas. Especificamente sob o viés ecológico, as empresas buscam países com legislação menos rigorosa com relação ao meio ambiente e à saúde.

Chama-se deslocalização o fenômeno que ocorre quando uma empresa situada em determinado país resolve transferir-se total ou parcialmente para outro, geralmente buscando saída para barreiras comerciais e/ou para redução de custas (transportes mais fáceis, salários menores, redução de carga tributária, concessão de subsídios, encargos sociais mais reduzidos etc.). É a deslocalização internacional. Geralmente, são os países chamados emergentes os principais receptores dos deslocalizados (FRANCO FILHO).

Ao passo que, assim, estas populações estariam enquadradas nas chamadas populações que sofrem o fenômeno de injustiças ambientais, qual seja,

o fenômeno da destinação da maior carga dos danos ambientais decorrentes do processo de desenvolvimento a certas comunidades tradicionais, grupos de trabalhadores, grupos

raciais discriminados, populações pobres, marginalizadas e vulneráveis (RAMME, 2012).

O movimento por justiça ambiental abrange todos os conflitos socioambientais, onde os riscos são suportados por populações socialmente vulneráveis ou por países de “Terceiro Mundo”, de forma desproporcional (RAMME, 2012).

A biopirataria é um típico problema de injustiça ambiental que gera conflitos ecológicos distributivos. Ela é

a prática do acesso e patenteamento de recursos genéticos da biodiversidade de um determinado país e de conhecimentos tradicionais a ela associados, por empresas multinacionais e instituições científicas, sem destinar aos países de origem ou às comunidades tradicionais locais – que sempre usufruíram livremente de tais recursos e desenvolveram tais conhecimentos tradicionais – quaisquer participação nos lucros obtidos com as patentes (RAMME, 2012, p. 37).

Da mesma forma é a questão dos direitos das populações indígenas que geram, também, grandes conflitos de distribuição ecológica. A questão é que, a aparente vantagem na atração das empresas estrangeiras para o país, como aumento no número de empregos, investimentos, se torna, após a saída dessas empresas do território, desvantagens, problemas negligenciados que se verificam apenas após sua retirada (TRINIDADE, 2012).

Por óbvio que, com o seu afastamento do território, há, também, uma maior dificuldade na responsabilização judicial dessas empresas pelos eventuais danos produzidos. No caso da biopirataria, a injustiça ambiental reside em que

além de atingir o meio ambiente pela prática ilegal do contrabando de diversas formas de vida da flora e fauna, acarreta problemas socioeconômicos aos países pobres e, sobretudo, às comunidades tradicionais e povos indígenas residentes em tais países, tendo em vista a apropriação e monopolização por empresas multinacionais dos conhecimentos desenvolvidos por tais populações, ao longo de séculos, no que se refere ao uso dos recursos naturais (RAMME, 2012, p. 38).

Uma crítica se faz a essa nova lei como o “novo *Memo-rando Summers*”, documento interno do Banco Mundial que, no ano de 1991, recomendou que fosse estimulada a migração das industriais sujas e tóxicas para os países menos desenvolvidos, motivada pelas vantagens dos baixos salários, amplos espaços, e um suposto menor valor da vida das pessoas nestes países, aliado a menor expectativa de vida destes. Da mesma forma, com essa falta de proteção dos bens objeto dessa lei, as empresas que exploram os conhecimentos tradicionais e genéticos, diga-se muitas vezes indevidamente, migrarão para o Brasil a fim de explorar de modo desenfreado, sem a devida contrapartida para a sociedade brasileira, e nem ao menos para os povos envolvidos diretamente nesse conhecimento.

O que se pretende não é uma oposição ao desenvolvimento, mas como bem narrou Bouguerra (1997), “nada de oposição cega ao progresso, mas sim uma oposição ao progresso cego” (p. 178).

O desafio do atual marco regulatório da biodiversidade é imenso, passa não só por gerir o uso e conservação da biodiversidade, mas por garantir a repartição de benefícios e os direitos das comunidades tradicionais: “Trata-se de um tema complexo com repercussão internacional, uma vez que evidencia também a clivagem geopolítica entre os países detentores da biodiversidade (SUL) e os países detentores da tecnologia e das patentes (NORTE)” (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015).

Para tanto, acredita-se que a participação da sociedade civil, na forma das populações tradicionais e povos indígenas, no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, seja ineficiente frente à flexibilização da proteção estampada nesta nova lei, que permite, de forma irrestrita, o acesso ao conhecimento tradicional e genético a fim de que as empresas possam explorar tais ativos de modo rápido e fácil.

Referências

BRASIL. **Decreto n.º 8772, de 11 de maio de 2016**. Regula-menta a Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de be-nefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2016.

_____. **Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Bra-sília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

_____. **Medida Provisória n.º 2186-16, de 23 de agosto de 2001**. Presidência da República

Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2001.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **A poluição invisível**. Lisboa: Piaget, 1997.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Deslocalização Inter-nacional e Interna**. Disponível em: <http://www.editoramagis-ter.com/doutrina_24207773_DESLOCALIZACAO_INTERNA-CIONAL_E_INTERNA.aspx>. Acesso em: 22 jul. 2016.

MEDEIROS, Fernanda; ALBUQUERQUE, Letícia. “A Quem Pertence a Biodiversidade? um olhar acerca do Marco Regula-tório Brasileiro”. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e De-senvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 22, out. 2015. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revis-ta/index.php/veredas/article/view/533>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

RAMME, Rogério. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos** [recurso eletrônico]: conjecturas políticos-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul: EDU-CS, 2012.

TRINDADE, Rui Jorge Tavares. As deslocalizações empresariais. A situação na EU entre 2002 e 2011, 2012. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Aveiro, Aveiro, Portugal.

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS APORTADAS PELA LEI N.º 13.123/2015 COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO DOS DIREITOS HUMANOS

Eliane Cristina Pinto Moreira

Um dos mais importantes princípios que regem o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o princípio da progressividade, segundo o qual os direitos humanos devem sempre avançar e jamais regredir perante os patamares alcançados na afirmação destes direitos.

Por isso, também é chamado de efeito *cliquet* – numa referência ao movimento feito pelos alpinistas que, após subirem, não podem mais descer; antes, devem se mover continuamente para o alto (BALDI e RIBEIRO, 2015, p. 251). Canotilho (2002) nos esclarece que, tendo em vista o efeito *cliquet*, “é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios” [grifos meus].

Alguns autores o chamam de efeito catraca, compreendendo que “as conquistas sociais têm efeito de catraca (efeito *cliquet*), não podendo retroceder” (LYCURGO, 2008), isto é, uma vez que passaram, não voltam para trás.

Uma ou outra referência figurativa visa representar a obrigação dos Estados de avançar constantemente no reconhecimento dos direitos humanos, sem perdas de direitos. Em outras palavras: para frente é que se anda! Este princípio é especialmente importante para a concretização dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais – sem perdermos de vista a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

O princípio da progressividade possui, como características essenciais: o gradualismo, que representa a necessidade de escalonamento de medidas voltadas à afirmação de direitos, e a não retroatividade, que implica “não adotar medidas que revertam a situação de progresso do efetivo gozo dos direitos sociais, quer suspendendo políticas públicas, quer alterando legislações” (TEREZO, 2014, p. 114).

Do princípio da progressividade decorre a obrigação de que os Estados estejam sempre empenhados na busca da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais que integram o arsenal de proteção dos direitos humanos. Tal obrigação é prevista em acordos vigentes no âmbito global, tal como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), assim como em instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969):

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

ARTIGO 2º

1. Cada Estado parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas [grifos meus].

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via

legislativa ou por outros meios apropriados [grifos meus].

A obrigatoriedade de aplicar progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais resulta não apenas na cláusula de proibição do retrocesso social, como, também, na progressividade da “proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais” (PIOVESAN, 2013, p. 253). Flávia Piovesan (2013) ressalta que “a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova” (p. 253).

Finalmente, Flávia Piovesan (2013) ressalta o entendimento do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, segundo o qual são obrigações do Estado, no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, “respeitar, proteger e implementar” tais direitos, e complementa:

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não estatais) violem esses direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização desses direitos (p. 254).

De fato, a essência do respeito aos direitos conquistados e a vedação de “olhar para trás” que recai sobre os Estados são subsidiadas pelos deveres de confiança e segurança que devem ser garantidos aos cidadãos:

O princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003, p. 338-339).

Canotilho (2003) formula o conceito do princípio da proibição do retrocesso social nos seguintes termos:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (p. 339-340).

Tal princípio garante, portanto, aos cidadãos, que o Poder Público (legislativo, administrativo ou judiciário), por força de tratados de direitos humanos, está proibido “de adotar regulamentação que derogue ou reduza o nível de direitos econômicos, sociais e culturais usufruídos pela população” (COURTIS, 2006, p. 17).¹ Trata-se de uma “cláusula de amparo ao cidadão” (BALDI e RIBEIRO, 2015, p. 247) que deve ser utilizada como mecanismo de defesa perante arbitrariedades que afetem direitos humanos conquistados.

A importância e vigência deste direito já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê na decisão ora transcrita, na qual se visualiza a consagração deste princípio, compreendido como um impedimento objetivo à desconstituição de conquistas já alcançadas, consagrando-o como verdadeiro obstáculo à redução ou supressão de direitos consagrados, a seguir relatado:

¹ Do original: “adopción de regulamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos economicos, sociales y culturales de los que goza la población”.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados (MELLO, 2015).

Na mesma esteira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) versus Peru² afirmou a incidência e obrigatoriedade deste princípio, afirmando tratar-se de direito que pode ser objeto de prestação de contas e que o “cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido ante as instâncias chamadas a resolver eventuais violações de direitos humanos”.³ Em seguida, afirma a plena justiciabilidade das circunstâncias que sejam consideradas regressividade de direitos econômicos, sociais e culturais (par. 103).

Ao tratarmos de proteção da biodiversidade e dos co-

² SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

³ Parágrafo 102 “cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” [Tradução livre da autora].

nhcimentos tradicionais, estamos no campo dos direitos socioambientais que deveriam ter determinado a elaboração da Lei n.º 13.123/15. Este é um tema que pertence ao campo dos direitos sociais, econômicos e culturais de forma inegável. A proteção ambiental e a proteção cultural impõem-se como direitos humanos preponderantes que demandam proteção progressiva.

Todavia, ao compararmos a atual Lei n.º 13.123 de 2015 com a MP n.º 2186-16 de 2001 é possível perceber com clareza que vários direitos regrediram em seu grau de proteção, em especial os direitos concernentes ao consentimento livre, prévio e informado (ou fundamentado) dos povos e comunidades tradicionais e à repartição de benefícios, estabelecendo-se uma sistemática de isenções que, ao final, deixa desprotegidos os povos e comunidades tradicionais e a biodiversidade.

O mesmo ocorre com referência às normas sobre direitos de propriedade intelectual, que, antes, eram claramente condicionadas à observância das regras que determinavam o acesso e uso destes bens. Todavia, no sistema atual, desaparegam-se destes direitos, sendo suficientes para sua concretização cadastros ou notificações, sem a efetiva garantia dos direitos de consentimento e repartição de benefícios, como fatores condicionantes obrigatórios.

Quadro exemplificativo de direitos que sofreram retrocesso na atual legislação

Direitos

Consentimento de povos e comunidades tradicionais

Lei 13.123/15

Art. 9º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.

§ 2º O acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável **independe de consentimento prévio informado**.

§ 3º O acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça e **não depende do consentimento prévio** da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.

MP 2.186-16/01

Art. 8º Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada.

§ 1º O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para **decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados** ao patrimônio genético do País, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento.

Direitos

Repartição de benefícios

Lei 13.123/15

Art. 17 Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições in situ ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei.

§ 2º Os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios.

§ 4º As operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado,

processo ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por terceiros são caracterizadas como exploração econômica isenta da obrigação de repartição de benefícios.

§ 5o Ficam isentos da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do regulamento:

I - as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006; e

Art. 18. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado para atividades agrícolas serão repartidos sobre a comercialização do material reprodutivo, ainda que o acesso ou a exploração econômica dê-se por meio de pessoa física ou jurídica subsidiária, controlada, coligada, contratada, terceirizada ou vinculada, respeitado o disposto no § 7o do art. 17.

§ 2o No caso de exploração econômica de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado para fins de atividades agrícolas e destinado exclusivamente à geração de produtos acabados nas cadeias produtivas que não envolvam atividade agrícola, a repartição de benefícios ocorrerá somente sobre a exploração econômica do produto acabado.

§ 3o Fica isenta da repartição de benefícios a exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético de espécies introduzidas no território nacional pela ação humana, ainda que domesticadas, exceto:

I - as que formem populações espontâneas que tenham adquirido características distintivas próprias no País; e

II - variedade tradicional local ou crioula ou a raça localmente adaptada ou crioula.

MP 2.186-16/01

Art. 9o À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de:

III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade, nos termos desta Medida Provisória

Art. 24. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e equitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser o regulamento e a legislação pertinente

Direitos

Direitos de propriedade intelectual e a obrigação de observância de sua função socioambiental

Lei 13.123/15

Art. 47 A concessão de direito de propriedade intelectual pelo órgão competente sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado **fica condicionada ao cadastramento ou autorização**, nos termos desta Lei.

MP 2.186-16/01

Art. 31. A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, **fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado**, quando for o caso.

É importante, finalmente, ressaltar que, em Nota Técnica elaborada sobre o Projeto de Lei n.º 7735/14, que, posteriormente, veio a tornar-se a Lei n.º 13.123/2015, o Grupo de Trabalho sobre Conhecimentos Tradicionais da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público Federal (Coordenação e revisão do Ministério Público Federal, 2014), já havia demonstrado a incompatibilidade destas disposições com os ditames de Direitos Humanos dispostos no cenário internacional. A despeito desse relevante alerta, o processo que legitimou as violações persistiu.

Referências

BALDI, César Augusto e RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. “A Proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Vedação do Retrocesso Social”. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

BRASIL. **Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339.

COORDENAÇÃO e revisão do Ministério Público Federal. Nota Técnica: Objeto Projeto de Lei nº 7.735/2014, 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NT_PL7735-2014.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

COURTIS, Cristian. **Ni un paso atrás**: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 17.

MELLO, Celso de. **Agravo** contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TOFFOLI, Dias. _____. Brasília, 03 agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3826308&tipoApp=RTF>.

LYCURGO, Tassos. **Inclusão Social e Direito**: por uma Democracia Constitucional, 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/trabalhoscientificos/2008_inclusao_social_e_direito_por_uma_democracia_constitucional.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Curitiba: Appris, 2014. p. 114.

CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLAÇÕES APONTADAS: EFEITO DAS INCONVENCIONALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI N.º 13.123/2015

*Sílvia Maria da Silveira Loureiro
Denison Melo de Aguiar
Daniela Freitas Chaves
Caio Henrique Faustino da Silva
Isabella Dominiak Soares
Adrieda Rachel Garcia Pena
Kesia Tereza Rodrigues Barbosa
Marlison Alves Carvalho*

Ao longo das seções anteriores, foi realizado um esforço hermenêutico no sentido de identificar, enumerar e discutir as várias violações a direitos humanos de povos indígenas e comunidades tradicionais engendradas pela Lei n.º 13.123/2015. Neste passo, cumpre-nos, primeiramente, sistematizar as inconstitucionalidades encontradas e indicar as possibilidades de questioná-las perante o Supremo Tribunal Federal, na condição deste como guardião máximo da Constituição. Em seguida, com base na jurisprudência sobre povos indígenas e tribais construída pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, verificaremos a possibilidade de questionar as inconvencionalidades apontadas ao longo deste estudo perante o Sistema Interamericano.

POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO PERANTE O STF

Sílvia Maria da Silveira Loureiro
Denison Melo de Aguiar
Daniela Freitas Chaves
Caio Henrique Faustino da Silva
Isabella Dominiak Soares
Adrieda Rachel Garcia Pena
Kesia Tereza Rodrigues Barbosa
Marlison Alves Carvalho

No processo de reconstrução da ordem constitucional democrática brasileira, no transcorrer da Constituinte de 1987, elaborou-se uma ampla e inovadora modificação na disciplina dos direitos e garantias fundamentais, se comparado o texto da Carta Política nascente com os textos constitucionais precedentes.

Por um lado, nota-se, preliminarmente, que a atribuição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, III), o enunciado da prevalência dos direitos humanos como um princípio norteador das relações internacionais do Brasil (art. 4º, II), bem como o deslocamento do tratamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais para o Título II, concentrando-os, principalmente, no início do texto, demonstram, com clareza, a priorização que o Legislador Constituinte conferiu à matéria.

Por outro lado, observa-se, também, a amplificação considerável desse rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelos Deputados Constituintes. Verifica-se que, além das liberdades individuais civis e políticas clássicas, fo-

ram normatizados direitos sociais, econômicos, culturais e ao meio ambiente, envolvendo interesses coletivos e difusos, reconhecendo-se, inclusive, os direitos de inserção social e as garantias de defesa dos grupos de minorias vulneráveis. Do mesmo modo, foram instituídos mecanismos inéditos para a garantia dos mencionados direitos, como o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo, apenas para citar alguns exemplos.

Nesse contexto, em que pese o evidente caráter analítico da Constituição, resultante de um complexo trabalho constituinte, buscou-se, ainda, aperfeiçoar os textos constitucionais anteriores. Assim sendo, à redação da cláusula assecuratória de direitos e garantias fundamentais implícitos e decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais, presente no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891, foi acrescida a cláusula aberta no final do parágrafo 2º, do artigo 5º, para a incorporação à Constituição das normas de proteção dos direitos humanos constantes nos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte. A partir da análise do parágrafo 2º do artigo 5º, depreende-se que a Constituição consagra três categorias de direitos e garantias fundamentais, como demonstra o quadro a seguir:

Quadro explicativo das categorias de direitos e garantias fundamentais da CF/1988

CATEGORIAS NORMATIVAS	EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL	INCIDÊNCIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL
a) Direitos e garantias expressos	Artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte.	Título II e dispositivos expressos ao longo do texto constitucional.
b) Direitos e garantias não expressos	Artigo 5º, parágrafo 2º, segunda parte.	Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.
c) Direitos e garantias incorporados ao texto constitucional após a ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos	Artigo 5º, parágrafo 2º, parte final.	Normas de proteção dos direitos humanos constantes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Fonte: Elaboração dos autores.

Sob tais premissas, a análise da Lei nº. 13.123/15 revela três eixos principais de inconstitucionalidades que podem ser confrontadas com as três categorias de direitos e garantias fundamentais acima.

O primeiro eixo de inconstitucionalidades centra-se no direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e comunidades tradicionais, tanto no que se refere à sua ausência no próprio processo legislativo de elaboração da Lei, quanto às exceções legais previstas para o afastamento da necessidade desta consulta qualificada, como, por exemplo, nos casos de conhecimento tradicional associado de origem não identificável.

O segundo eixo de inconstitucionalidades se refere ao sistema de repartição de benefícios, condicionado a diversas exceções e isenções, longe de se estabelecer critérios de distribuição justa e equitativa pelo uso do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético desenvolvido pelos povos

indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

Por fim, o terceiro eixo de inconstitucionalidades relaciona-se com a previsão de atos de cumprimento voluntário no procedimento de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, bem como o estabelecimento de uma ampla anistia aos atos infracionais praticados antes da vigência da lei, resultando na fragilização das normas de responsabilidade civil ambiental e no descumprimento do dever constitucional de preservação da diversidade, integridade do patrimônio genético e proteção dos conhecimentos tradicionais associados.

Assim, dentre os direitos e garantias expressas na Constituição, que se argumenta como tendo sido violados pela Lei n.º. 13.123/15, são destacadas as seguintes:

Quadro demonstrativo dos artigos violados - Categoria I

Direito Violado	Parâmetro da CF/1988
Direito ao meio ambiente sadio e proteção deficiente à biodiversidade	225, caput e § 1º, II
Direitos territoriais relacionados ao conhecimento tradicional associado	231, § 1º c/c 225, § 1º, II
Repartição justa e equitativa de benefícios	231, § 1º c/c 225, § 1º, II
Função social e ambiental da Propriedade Intelectual	5º, XXIII XXVII, XXVIII e XXIX; 170, III e VI; 225
Tratamento igualitário e não discriminatório	5º, caput
Pacto Federativo	1º e 18
Dever do Estado de proteger o meio ambiente	225
Dever do Estado de proteger o Patrimônio Cultural	215, § 1º e 216

Fonte: Elaboração dos autores.

A segunda possibilidade de parâmetros de arguição das inconstitucionalidades suscitadas está nos direitos e garantias não expressas na Constituição, mas decorrentes do regime de-

mocrático e dos princípios por ela adotados, podendo ser enumerados o princípio da igualdade e não discriminação, o princípio da autodeterminação dos povos e o princípio da vedação ao retrocesso quanto a direitos econômicos, sociais e culturais já conquistados.

Na terceira e última categoria estão as normas provenientes dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil é parte, os quais, segundo os trabalhos constituintes, deveriam passar a fazer parte do texto da Constituição, com o mesmo *status* jurídico do rol constitucional dos direitos e garantias fundamentais das duas categorias anteriores, propiciando uma integração normativa entre os planos nacional e internacional.

Em que pese a intenção do constituinte em adotar este modelo constitucional aberto, inspirado nas Constituições democráticas promulgadas após a II Guerra Mundial, tanto na Europa quanto na América Latina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não reconhece plenamente a hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, limitando-se a conceder-lhes o *status* supralegal, mas infraconstitucional.⁴

Não obstante a persistência do debate acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a nosso sentir, esta é uma discussão estéril, diante da saída hermenêutica da aplicação da norma mais favorável,

⁴ Conferir a mudança do paradigma do HC 72.131-RJ, que consolidou, perante a Corte Suprema, a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais, mesmo que estes últimos versassem sobre direitos humanos, para o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado por maioria, no RE 466.343-SP, que conferiu o *status* de supralegalidade aos tratados sobre direitos humanos. Em sentido contrário, no mesmo RE 466.343/SP, conferir o voto do Ministro Celso de Mello, em que esposou a tese do *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos, desenvolvendo a ideia do bloco de constitucionalidade. Ver, também, os seguintes julgados: RE 349.703-RS, RE 562.051-MT (com repercussão geral), HC 87.585-TO, HC 90.751-SC, HC 92.566-SP, HC 94.013-SP, HC 94.523-SP, HC 96.772-SP, dentre outros.

que, apesar de não ser a tese geralmente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser vista em acórdão singular da 2ª. Turma, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa a seguir transcrevemos no trecho de interesse:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. – Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n.º 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano (STF, 2ª. Turma. HC 96.772-SP. Rel. Min. Celso de Mello. Publicação DJE 21/08/2009).

Mesmo assim, para os fins dos debates travados neste estudo, o *status* de supralegalidade já representa um grande avanço, uma vez que, através deste entendimento, o parâmetro de validade é fixado por normas internacionais de hierarquia superior à Lei n.º 13.123/15, isto é, convenções internacionais sobre direitos humanos que tratam diretamente do direito à con-

sulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e tribais; da distribuição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e à proteção do patrimônio cultural imaterial e à diversidade cultural, dentre os quais destacamos os seguintes:⁵

Quadro das convenções ratificadas pelo Brasil **Consulta Prévia, Biodiversidade e Cultura**

Convenção Internacional	Decreto de Promulgação
1. Convenção da UNESCO relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural	Decreto n.º 80.978, de 1977
2. Convenção sobre Diversidade Biológica, principalmente artigo 8º, j.	Decreto n.º 2.519, de 1998
3. Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais	Decreto n.º 5.051, de 2004
4. Convenção da UNESCO para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial	Decreto n.º 5.753, de 2006
5. Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais	Decreto n.º 6.177, de 2007

Fonte: Elaboração dos autores.

É importante citar, ainda, como convenções gerais de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que será mais bem analisada no item seguinte, e os dois Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), ratificados pelo Brasil,⁶ que também devem ser invocados por conter importantes dispositivos sobre

⁵ Note-se que as convenções relacionadas não foram aprovadas pelo Congresso Nacional segundo o rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º, acrescido indevidamente pela Emenda Constitucional 45/2004, por romper a sistemática de incorporação de tratados sobre direitos humanos adotada pelo parágrafo 2º originário, tornando-a mais gravosa e difícil.

⁶ Cf., respectivamente, decreto n.º 592 e decreto n.º 591, ambos datados de 06 de julho de 1992.

o direito à autodeterminação dos povos⁷ e sobre o direito de minorias.⁸

Além dos tratados acima referidos, duas declarações internacionais merecem destaque. A primeira é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007),⁹ que deve ser mencionada como fonte de um consenso universal sobre a matéria, ainda que não tenha força vinculante de obrigações internacionais. A segunda é a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada no 46º período ordinário de sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizada em Santo Domingo, na República Dominicana, de 13 a 15 de junho de 2016, após 17 anos de trabalho e negociações.

Trata-se de um marco normativo histórico nas Américas, já que é o primeiro instrumento internacional sobre o tema do direito dos povos indígenas da região, somando-se à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

A nova declaração cristaliza, como um consenso alcançado entre os Estados americanos, o reconhecimento de direitos dos povos indígenas que já vinham sendo conquistados desde a década de 1980 através da atuação da *Comissão Interamericana* e da gradual consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana, tais como: o direito à autodeterminação, aos territórios ancestrais e à consulta livre, prévia e informada, além de disposições inovadoras sobre o direito dos povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial e sobre patrimônio cultural e propriedade intelectual, foco do presente estudo.

⁷ Cf. artigo 1º, comum aos dois Pactos.

⁸ Cf. artigo 27 do PIDCP.

⁹ ONU, Assembleia Geral, (2007). *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc A/RES 61/295.

Dispõe o artigo XXVIII da nova declaração americana:

Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas (2014).

Portanto, vislumbramos a possibilidade de arguição da inconstitucionalidade da Lei n.º 13.123/15 perante o Supremo Tribunal Federal face aos diversos parâmetros de inconstitucionalidade que podem ser invocados. Entretanto, a via de ação direta de inconstitucionalidade oferece um rol restrito de legitimados, previsto no artigo 103 da Carta de 1988. Sendo assim, afigura-se que a via de exceção (no bojo de um caso concreto) ou o manejo de ação civil pública poderiam ser os caminhos processuais mais acessíveis aos povos indígenas e comunidades tradicionais.

No passo seguinte, prosseguiremos no estudo das possibilidades hermenêuticas trazidas pela incorporação de tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, enfocando os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada CADH ou “Pacto de São José da Costa Rica”), ampliando a análise para o controle de convencionalidade da Lei n.º 13.123/15.

Referências

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>.

_____. **Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

_____. **Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

_____. **Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade

Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

DECLARACIÓN Americana sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas. Artículo XXVIII, 14 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>.

MELLO, Celso de. **Agravo** contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TOFFOLI, Dias. _____. Brasília, 03 agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3826308&tipoApp=RTF>.

ONU. Assembleia Geral. *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc A/RES 61/295, 2007. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>> e <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii>>.

PERTENCE, Sepúlveda. **Paradigma do HC 72.131-RJ**. Habeas Corpus. Tribunal Pleno, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1169_HC72131_voto_do_min._pertende.pdf>.

POSSIBILIDADE DE ACIONAR O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Denison Melo de Aguiar

Daniela Freitas Chaves

Caio Henrique Faustino da Silva

Isabella Dominiak Soares

Adrieda Rachel Garcia Pena

Kesia Tereza Rodrigues Barbosa

Marlison Alves Carvalho

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos está aberto ao peticionamento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organizações não governamentais que denunciem violações dos direitos humanos cometidas por um Estado, estejam estes direitos contidos na CADH ou em outros tratados interamericanos relacionados em seu regulamento.¹ Após cumprida a verificação dos requisitos de admissibilidade, a Comissão decide sobre o mérito do caso, expedindo um relatório com recomendações de cumprimento ao Estado. Se o Estado aceita a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão pode submeter o caso à Corte² para que esta, após o devido processo, emita uma sentença de cumprimento obrigatório pelo Estado.³

O Brasil é parte da Convenção Americana⁴ e declarou a

¹ Cf. artigo 44 da CADH e artigo 26 do Regulamento da CIDH aprovado em 2009, com as modificações de 2013.

² Cf. artigo 45 do Regulamento da CIDH aprovado em 2009, com as modificações de 2013.

³ Cf. artigo 68 da CADH.

⁴ Cf. decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana,⁵ podendo, portanto, ser demandado perante as duas instâncias do Sistema.

Embora a Corte Interamericana ainda não tenha se pronunciado sobre um caso de violação de conhecimentos tradicionais de povos indígenas ou tribais, envolvendo o direito à consulta livre, prévia e informada e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, a Corte já desenvolveu uma jurisprudência consistente acerca da interpretação dos direitos territoriais indígenas e tribais e direito à consulta prévia qualificada, utilizando como marco hermenêutico os artigos 21 e 23 relacionados com os artigos 1.1 e 2, todos da CADH.

Nesse sentido, são paradigmáticos os seguintes casos:

Quadro de Casos da Corte Interamericana Artigo 21 e 23 c/c 1.1 e 2 da CADH

	Nome do Caso	Estado Demandado	Data da Sentença
1	Povo Saramaka	Suriname	28/11/2007
2	Povo Indígena Kichwa de Sarayaku	Equador	27/06/2012
3	Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz	Honduras	08/10/2015
4	Comunidade Garífuna Punta Piedra	Honduras	08/10/2015
5	Povos Kaliña e Lokono	Suriname	25/11/2015

Fonte: Elaboração dos autores.

No caso dos Povos Kaliña e Locono, a Corte teve a oportunidade de reunir as diretrizes, até aqui estabelecidas, que devem ser observadas em casos de exploração de recursos naturais em territórios indígenas ou tribais, particularmente, o dever do Estado de efetivar a participação dos povos e comu-

⁵ Cf. decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002.

nidades afetados, através de um processo de consulta prévia, livre e informada.

No parágrafo 201, a Corte elenca as três principais salvaguardas:

[...] esta Corte ya estableció en el caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas respecto del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: “primero, debe asegurar la participación efectiva de los integrantes de los [pueblos indígenas y tribales], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro [de su territorio]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros de los [pueblos indígenas y tribales] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de su territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de [los pueblos indígenas y tribales], tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia [como pueblo indígena] (IDH, 2015).

No parágrafo seguinte, acrescenta:

Adicionalmente a lo anterior, la Corte reitera que el artículo 23 de la Convención Americana dispone que “todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) [...] participar en la dirección de los asuntos públicos [...]. En similar sentido, el artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “el derecho [de los pueblos indígenas] a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de re-

presentantes [...]”, y el artículo 32, en lo pertinente, dispone el deber de los Estados de “celebr[ar] consultas y coopera[ci-ón] de buena fe [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras [...], particularmente en relación con [...] la utilización o la explotación de recursos minerales [...] (IDH, 2015, par. 202).

Por fim, a Corte estabelece:

En vista de ello, a fin de garantizar el uso y goce del derecho a la propiedad colectiva indígena, conforme a los artículos 1.1 y 21 de la Convención, frente a la utilización o explotación de recursos naturales en su territorio tradicional, el Estado debe, para efectos del presente caso, contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos. Lo anterior solo consiste en un asunto de interés público, sino que también forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana (*supra* párr. 196) (IDH, 2015, par. 203).

Aplicados estes parâmetros para embasar as violações da propriedade coletiva imaterial dos povos indígenas e comunidades tradicionais trazidas pela Lei nº. 13.123/15, é necessário que, previamente ao possível ingresso no Sistema Interamericano, tenha havido o trâmite de um caso contencioso concreto nas instâncias internas (administrativa e/ou judicial) do Brasil, oportunizando ao Estado a aplicação da CADH e o primeiro controle de convencionalidade, face ao princípio da subsidiariedade deste sistema internacional de proteção de direitos humanos.⁶

A essência da doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana pode ser resumida no seguinte parágrafo, transcrito do caso Cabrera García e

⁶ Cf. artigos 46 e 47 da CADH.

Montiel Flores contra México:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia de ben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (IDH, 2010 [destaques nossos]).

Portanto, frustrado o primeiro controle de convencionalidade, compete à Corte Interamericana de Direitos Humanos promover a análise de parametricidade entre a Lei n.º 13.123/2015 e a CADH, podendo utilizar para ampliar o sentido e alcance da proteção prevista nos artigos 21 e 23, a Convenção 169 da OIT, bem como as duas declarações, universal e americana, sobre direitos dos povos indígenas, dentre outros tratados de que o Brasil é parte, por força das balizas hermenêuticas ampliativas dispostas no artigo 29 da própria CADH.

Referências

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

_____. **Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002.** Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Tratado Internacional Convenção Americana de Direitos Humanos Pacto de São José da Costa Rica. **Artigo 44.** Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. São José, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

_____. **Artigo 45.** Submissão do caso à Corte. São José, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

_____. **Artigo 46.** Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional;

e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. São José, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

_____. **Artigo 47.** A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando: a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46; b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional. São José, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

_____. **Artigo 68.** Publicidade das audiências. As audiências serão públicas. Quando circunstâncias excepcionais o justifiquem, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido da parte interessada, poderá realizar audiências privadas e decidirá quem poderá assisti-las. Esta decisão caberá exclusivamente à Comissão, que deverá informar às partes a esse respeito, anteriormente ao início da audiência, de forma oral ou escrita. São José, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

REGULAMENTO da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Artigo 26.** Revisão inicial. Petições referentes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, 2009. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>.

RELATÓRIO ANUAL 2014: Corte Interamericana de Direitos

Humanos - IDH. **Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C No. 309. Par. 201. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2014.pdf>.

_____. Corte IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220. Par. 225. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2014.pdf>.

POSSIBILIDADE DE ACIONAR O SISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

*Tarin Cristino Frota Mont’Alverne
Liziane Paixão Silva Oliveira*

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresenta importante papel não apenas nos temas mais restritos ao mundo do trabalho, mas, também, na proteção dos povos indígenas e tribais. A principal missão da OIT é promover a justiça social, direitos humanos e trabalho decente e, neste contexto, considera os povos indígenas e tribais como um dos grupos mais vulneráveis (OIT, 2013, p. 9).

Em 1989, a OIT adotou a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais (Convenção n.º 169 da OIT).⁷ Este acordo já foi ratificado por 22 países (OIT, 1989), dentre os quais o Brasil.⁸ A Convenção n.º 169 da OIT apresenta uma abordagem global, uma vez que tenta fornecer uma solução para todas as questões relativas aos direitos dos povos indígenas e tribais (OIT, 2009, p. 7).

Importante destacar que os direitos estabelecidos neste instrumento são interdependentes, ou seja, contemplam questões que se relacionam com a vida e o bem-estar destes povos. A título de exemplo, o direito à consulta e à participação tem impacto sobre o direito de propriedade, e vice-versa.

A OIT tem uma série de procedimentos para examinar como suas convenções estão sendo aplicadas. Existe, portanto,

⁷ Em 1957, a OIT adotou a Convenção n.º 107 sobre os povos indígenas e tribais. Essa Convenção foi o primeiro tratado Internacional que abordou os direitos dos povos indígenas.

⁸ A Convenção foi incorporada pelo ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004.

um processo de diálogo entre o país e os órgãos de supervisão da OIT.

Diante da ratificação da Convenção n.º 169 pelo Brasil, o Projeto de Lei (PL) 7735/2014, que afeta diretamente os povos e as comunidades tradicionais, e seus direitos fundamentais, não poderia ter tramitado no Congresso Nacional, sobretudo em caráter de urgência, sem que esses povos tivessem sido consultados.

Cumprir observar que, ao ratificar a Convenção n.º 169, em 2002, o Brasil aderiu ao instrumento de Direito Internacional mais importante e abrangente sobre a proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais e, por consequência, tem a obrigação de aplicar, de boa fé, os dispositivos da Convenção. O objetivo deste trabalho é justamente apresentar os mecanismos de controle da OIT, em razão do descumprimento dos dispositivos da Convenção n.º 169 pelo Brasil quando da aprovação da Lei n.º 13.123/2015.

Direito à consulta e à participação: pedra angular da Convenção e da Lei n.º 13.123/2015?

A importância dos direitos à consulta e à participação na tomada de decisões tem interesse particular na aplicação, implementação e operacionalização da Convenção (OIT, 2013).

A Consulta e a participação são os princípios fundamentais de uma governança democrática e de um desenvolvimento inclusivo (OIT, 2013). Ora, a consulta e a participação são metas importantes em si mesmas, mas, também, são os meios pelos quais os povos e as comunidades tradicionais podem participar plenamente nas decisões que as afetam.

O direito de consulta dos povos indígenas e tribais está previsto no art. 6.1 da Convenção. A consulta dos povos indígenas aparece como uma obrigação geral no âmbito da

Convenção, principalmente se levarmos em conta as medidas legislativas ou administrativas que afetam diretamente esses povos (OIT, 2013).

Sempre que medidas legislativas afetarem diretamente os direitos dos povos indígenas, estes deverão passar por processo de consulta realizado pela instância tomadora de decisão, o que não ocorreu no caso da Lei n.º 13.123/2015.

Importante destacar que o Comitê de Peritos já definiu a consulta como

[...] o instrumento previsto pela Convenção para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos. A consulta, nos termos previstos na Convenção, pretende harmonizar interesses, às vezes contrapostos, mediante procedimentos adequados (COMMISSION D’EXPERTS, 2009).

Por isso, o Comitê de Peritos, na sua observação geral⁹ de 2009, destacou que os Estados-membros devem: I) assegurar que as consultas adequadas ocorram antes da adoção de quaisquer medidas legislativas ou administrativas que possam afetar diretamente os povos indígenas ou tribais; II) incluir nas disposições da legislação a obrigação de consulta prévia no processo de decisão sobre a exploração e prospecção dos recursos naturais. Ocorre que essas consultas não foram realizadas, e, muito menos, previstas durante o processo de aprovação da Lei n.º 13.123/2015, principalmente quando se considera que os mecanismos de consulta devem ser implementados com a participação dos povos interessados.

Logo, o direito à participação dos povos indígenas e tribais é fortemente conectado com o direito à consulta. A Convenção n.º 169 faz referência à participação em diversos

⁹ “As observações são comentários sobre questões fundamentais que dificultam a aplicação de uma convenção por um Estado-membro. Normalmente esse tipo de comentário é feito quando a Comissão observa casos graves e persistentes de inexecução de obrigações de uma Convenção” (MEIRELES, 2016, p. 144).

dispositivos (artigos 2,¹⁰ 6,¹¹ 7,¹² 15,¹³ 22,¹⁴ 23,¹⁵), o que demonstra, também, a importância desse princípio para a implementação integral da Convenção. Observa-se que, ao longo do texto da Convenção, foi enfatizado que os mecanismos de execução devem ser planejados, coordenados, implementados e avaliados em cooperação com os povos indígenas e tribais. Para tornar isso possível, o Estado deve criar mecanismos de consulta e participação.

Assim, não restam dúvidas de que a ausência de diálogo, no contexto da promulgação da Lei n.º 13.123/2015, deixou de atender aos dispositivos da Convenção n.º 169 da OIT e as observações do Comitê de Peritos, sobretudo quando se considera que esses direitos à consulta e à participação são importantes e necessários para o reconhecimento e a implementação de outros direitos previstos na Convenção e em

¹⁰ Art. 2.1 da Convenção: Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade [grifo nosso].

¹¹ Art. 6 da Convenção: Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: [...] b) estabelecer os meios através dos quais **os povos interessados possam participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes [grifo nosso].

¹² Art. 7.2 da Convenção: A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, **com a sua participação e cooperação**, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria [grifo nosso].

¹³ Art. 15.1 da Convenção: Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem **o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados** [grifo nosso].

¹⁴ Art. 22. 1 da Convenção: Deverão ser adotadas medidas para promover **a participação voluntária** de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral [grifo nosso].

¹⁵ Art. 23.1 da Convenção: O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autossuficiência e desenvolvimento econômico. **Com a participação desses povos**, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades [grifo nosso].

outros Acordos Internacionais,¹⁶ como o direito à propriedade, consentimento prévio e informado, repartição de benefícios, dentre outros.

Por consequência, mecanismos adequados e eficazes de consulta e de participação dos povos indígenas e tribais em casos que lhes dizem respeito devem ser criados e implementados pelos Estados-membros, uma vez que garantem a participação desses povos na tomada de decisões em todos os níveis (administrativo, jurídico e político) (OIT, 2009, p. 61).

Segundo o relatório da OIT, apenas os Estados devem assegurar que as consultas sejam conduzidas de forma adequada, e, não, os particulares ou as empresas (OIT, 2009, p. 61). Dito de outra forma, o Estado é o principal responsável por garantir a aplicação dos princípios da consulta e da participação.

As Comissões de controle da OIT já analisaram vários casos de denúncias de não cumprimento pelos Estados-membros desses princípios fundamentais da Convenção n.º 169 da OIT. Por isso, passaremos a analisar a possibilidade de acionar o sistema de controle da OIT no contexto da Lei n.º 13.123/2015.

Os mecanismos de controle da Convenção n.º 169: possibilidade de acionar a OIT diante das violações decorrentes da Lei n.º 13.123/2015

Os representantes indígenas têm sido muito ativos nas instituições internacionais e defendem os direitos dos povos indígenas e tribais previstos em diversos acordos internacionais. Suas demandas têm ganhado força nas redes transnacionais, nos centros de pesquisa e no ativismo internacional (IRÈNE BELLIER, 2012, p. 61-80). No âmbito da OIT, os mecanismos de controle são regulados pela Constituição da OIT.

¹⁶ Convenção da diversidade biológica e o Protocolo de Nagoya.

Importante destacar que os povos indígenas e tribais, como qualquer outro grupo, não podem invocar diretamente a Convenção perante os órgãos de controle da OIT, mas podem utilizar os mandatos tripartites da OIT para expressar suas dúvidas e preocupações.

Além disso, outra característica do sistema normativo da OIT é que os Estados signatários devem apresentar relatórios regularmente sobre as medidas que já foram tomadas para implementar a Convenção e informar sobre as suas dificuldades encontradas. Esse tipo de controle é denominado de sistema de controle regular (MEIRELES, 2016, p. 141). A ratificação de um acordo da OIT é, portanto, apenas o início de um processo de diálogo e de cooperação entre o Estado-membro e a OIT. O objetivo desse processo é garantir que a legislação e os procedimentos nacionais se adéquem às disposições da Convenção.

Uma vez que a Convenção foi ratificada, os órgãos de controle da OIT monitoram e orientam o processo de implementação da Convenção através de revisões periódicas dos relatórios fornecidos pelos Estados-membros e, também, pelos representantes de trabalhadores e empregadores.¹⁷

Em regra, esses relatórios devem apresentar informações necessárias para que os órgãos de controle possam verificar se os países estão efetivamente aplicando a Convenção, como, por exemplo: se existem ou não novas leis ou medidas relativas à aplicação do acordo; respostas às perguntas do formulário sobre a aplicação prática da Convenção; respostas aos comentários feitos anteriormente pelas comissões de controle (OIT, 2009, p. 23).

¹⁷ Essa obrigação não é prevista na Convenção n.º 169. A obrigação de apresentar relatórios encontra-se nos artigos 19 e 22 da Constituição da OIT e se aplica a todos os acordos ratificados pelos Estados-membros da organização.

O sistema de controle regular da OIT é composto pelos seguintes órgãos: Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações (comumente referida simplesmente por Comissão de Peritos);¹⁸ Comissão de Aplicação de Normas da Conferência e Comitê de Liberdade Sindical (MEIRELES, 2016, p. 142).

No caso da Lei n.º 13.123/2015, o Comitê de Peritos poderá identificar as lacunas existentes no processo de consulta e participação dos povos e comunidades tradicionais e sugerir medidas e mecanismos para orientar e fortalecer a implementação da Convenção (CRIVELLI, 2010).¹⁹

A Convenção n.º 169, devido à sua complexidade, é um dos acordos que resultou em mais comentários dos órgãos de supervisão OIT (2009, p. 179). E, por isso, os povos e as comunidades tradicionais devem acompanhar o envio desses relatórios pelo governo brasileiro para que possam utilizar os instrumentos previstos na Constituição da OIT para assegurar que as suas preocupações estejam incluídas no controle periódico de aplicação da Convenção.²⁰

Outra possibilidade de acionar o sistema de controle da OIT é por meio do controle provocado, ou seja, quando um Estado-membro “não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção”.²¹ O mecanismo de controle

¹⁸ A Comissão de Peritos é composta por 20 especialistas Independentes, que se reúne a cada ano, em Genebra.

¹⁹ Alguns autores afirmam que a atuação da Comissão de Peritos vem ganhando reconhecimento internacional, em razão de seu papel interpretativo na análise dos elementos jurídicos e fáticos que envolvem a aplicação efetiva de uma Convenção em determinado país. Cf. Crivelli (2010).

²⁰ Em razão da estrutura tripartida da OIT, os sindicatos patronais e os trabalhadores podem apresentar relatórios sobre a aplicação da Convenção a qualquer momento, independentemente da data do relatório periódico sobre a Convenção.

²¹ Art. 24 da Constituição da OIT: Toda reclamação, dirigida ao Escritório Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a

provocado poderá ser iniciado por meio de uma reclamação ou uma queixa (MEIRELES, 2016, p. 147), por qualquer Estado-membro interessado, por organizações de empregadores ou trabalhadores, ou, ainda, por decisão do Conselho de Administração. Neste sentido, existe, também, essa possibilidade de acionar o sistema de controle da OIT diante das violações de direitos humanos de povos e comunidades tradicionais decorrentes da Lei n.º 13.123/2015.

Importante destacar que o objeto da reclamação é o descumprimento da Convenção ratificada. Dessa forma, diante da aprovação da Lei n.º 13.123/2015, os dispositivos da Convenção n.º 169 não foram respeitados e a reclamação poderá ser encaminhada ao Diretor Geral da OIT,²² que a transmite ao Conselho de Administração para examinar os requisitos formais de admissibilidade da reclamação.²³ Passada a fase de admissibilidade, o Conselho indicará uma Comissão tripartite para analisar o mérito da reclamação e elaborar um relatório, apresentando conclusões e propondo recomendações.

Desde 1989, a OIT tem registrado várias reclamações relativas à Convenção n.º 169 de países como a Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Dinamarca, Guatemala, Equador, México e Peru (ILO, 1989).

Vale destacar que, em 17 de março de 2009, o Conselho da Administração da OIT já se posicionou acerca do descumprimento, por parte do Brasil, da Convenção n.º 169, decorrente de uma reclamação apresentada pelo Sindicato de Engenheiros do Distrito Federal (SENGE/DF). O objeto da re-

declaração que julgar conveniente.

²² Atualmente, o Diretor Geral da OIT é o Guy Ryder.

²³ Os requisitos formais são: a forma escrita; a procedência de uma organização profissional de empregadores ou trabalhadores dotada de personalidade jurídica; a expressa referência ao art. 24 da Constituição da OIT; a referência explícita a um Membro da Organização e uma convenção por esse ratificada; a afirmação de que o Estado-membro não assegura satisfatoriamente o efetivo cumprimento da convenção em causa (OIT, 2006).

clamação refere-se à ausência de consulta prévia ao longo do processo de aprovação da Lei n.º 11.284/2006 sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável (ILO, 1989).

Outro mecanismo de controle provocado, previsto na Constituição da OIT, é a queixa que pode ser apresentada por um Estado-membro contra outro Estado, também membro da OIT.²⁴ O objeto da queixa também é o descumprimento de uma convenção que ambos tenham ratificado. Importante observar que a queixa pode ser também provocada pelo Conselho de Administração por recomendação do relatório da comissão tripartite oriundo de uma reclamação (MEIRELES, 2016, p. 149). Até a presente data, não foi apresentada qualquer queixa acerca do descumprimento da Convenção n.º 169 da OIT (ILO, 2003).

Diante do exposto, observa-se que, ao promulgar a Lei n.º 13.123/2015, o Brasil não cumpriu com os dispositivos da Convenção n.º 169 e, por consequência, essas violações aos direitos humanos dos povos e das comunidades tradicionais devem ser questionadas por meio dos mecanismos de controle das normas da OIT.

Referências

BELLIER Irène. “Les peuples autochtones aux Nationsunies: un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales”. **Critique internationale**, n. 54, p. 61-80, 2012.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

COMMISSION D’EXPERTS. **Observation generale sur le**

²⁴ Art. 26. 1. Da Constituição da OIT: Cada Estado-Membro poderá enviar uma queixa ao Escritório Internacional do Trabalho contra outro Estado-Membro que, na sua opinião, não houver assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção que um e outro tiverem ratificado em virtude dos artigos precedentes.

Convention n.º 169. 79 sessão, 2008, publiée en 2009.

INTERNATIONALE Labour Organisation. Information System on International Labour Standards. **Representations (Art. 24).** Access to the public of the reports of the tripartite committees, which were submitted following a Representation under article 24 of the ILO Constitution. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50012:0::NO::P50012_LANG_CODE:en:NO>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. **Trabalho, comércio e dignidade no direito internacional contemporâneo: desafio e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC.** Belo Horizonte: Juruá, 2016.

ORGANISATION Internationale du Travail. **Comprendre la convention (n.º 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989. Manuel à usage des mandants tripartites de l'OIT.** Bureau Internationale du Travail, Département des normes internationales du travail. Genève: BIT, 2013, p. 13.

_____. **Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (n.º 169).** Genève: OIT, v. 1, 2003.

_____. **Directeur général de l'OIT.** Disponível em : <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/lang--fr/index.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. **Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique: un guide sur la convention n.º 169 de l' OIT.** Genève: OIT, v. 1, 2009.

_____. Information System on International Labour Standards. **Ratifications de C169 - Convention (nº 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989.** Date d'entrée en vigueur: 05 sept. 1991. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314>. Acesso em: 15 jun. 2016.

VINCULAÇÃO DO SISTEMA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADES DAÍ DERIVADAS

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Denison Melo de Aguiar

Daniela Freitas Chaves

Caio Henrique Faustino da Silva

Isabella Dominiak Soares

Adrieda Rachel Garcia Pena

Kesia Tereza Rodrigues Barbosa

Marlison Alves Carvalho

A Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) ganharam, por meio da Emenda Constitucional n.º 85, de 2015, tratamento jurídico e institucional mais abrangente, sinalizando o fortalecimento de uma política estratégica cujas ações e princípios são pautados no desenvolvimento científico e tecnológico do país, de forma a mobilizar áreas consideradas estratégicas do Estado para o desenvolvimento nacional e para contribuição na solução de problemas globais.

A alteração constitucional insere, portanto, tal visão estratégica na atuação do Estado e na formulação de políticas públicas em áreas prioritárias como a educação, saúde, orçamento dos entes federados e a criação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, em regime de participação colaborativa, como garantia constitucional:

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas

a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

Decorrente desse movimento de maior institucionalização da Ciência, Tecnologia e Inovação no Estado Brasileiro, em 12 de maio de 2016 fora lançada a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação-ENCTI, um plano voltado para a atuação nesses setores durante os anos de 2016 e 2019.

O documento traz como pilares a promoção da pesquisa científica básica e tecnológica; a modernização e ampliação da infraestrutura de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I); a ampliação do financiamento para o desenvolvimento da CT&I; a formação, atração e fixação de recursos humanos; e a promoção da inovação tecnológica nas empresas, traçando, ainda, desafios nacionais, temas estratégicos a serem priorizados pelo Sistema e mecanismos de monitoramento e avaliação.

Dentre os pontos-chave tratados no documento, considerado importante entrave a ser solucionado, está a necessidade de adequação dos marcos regulatórios dos ordenamentos jurídicos do Estado ao acelerado avanço tecnológico, na produção de conhecimento científico e no desenvolvimento de novos produtos, processos e serviços.

Nesse sentido, são apontados como importantes avanços da legislação brasileira a promulgação do novo marco regulatório da CT&I pela Lei n.º 13.243/2016, associado à Lei n.º 13.123/2015, uma vez que este diploma legal é visto como favorecedor da desburocratização de processos e o estímulo ao desenvolvimento sustentável e à pesquisa científica associada à biodiversidade no País.

Todavia, é pertinente considerar que várias forças sociais no processo de construção da ENCTI priorizaram o

crescimento econômico e fortalecimento nacional, em detrimento de direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais. Estas forças, que aliam o capital à tecnologia, exerceram a pressão social e influência nas instâncias governamentais para defender seus interesses econômicos.

Houve a hegemonização das relações jurídicas e separação da dimensão econômica da dimensão identitária, desconsiderando as diferentes lógicas de saber, de fazer e de viver, acarretando o avanço econômico sobre povos indígenas e comunidades tradicionais em seus territórios.

Diante disso, é patente que os ditos avanços descritos na ENCT&I são retrocessos quando vislumbradas suas inconstitucionalidades e inconsistências com o atual ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os tratados assinados pelo país, notadamente no que se refere à aplicação da Lei n.º 13.123/2015 como parte destas estratégias. Assim, as ações e políticas públicas que serão tomadas com base na ECT&I devem ser analisadas de acordo com as normas constitucionais brasileiras e os tratados internacionais vigentes.

Podemos perceber que a Lei n.º 13.123/15, que é apresentada como avanço dentro da ECT&I, pois ocasiona a desburocratização dos procedimentos para acesso à biodiversidade e ao patrimônio genético, insere-se em uma lógica de vantagens comparativas num modelo de crescimento econômico competitivo exógeno.

Contudo, essa desburocratização que aquece o meio econômico será feita à custa de graves violações dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, principalmente no que concerne à consulta livre, prévia e informada do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e repartição de benefícios, devendo ser analisada, inclusive, sob o enfoque internacional.

O Protocolo de Nagoya é suplementar à Convenção sobre Diversidade Biológica (COP), sendo um dos principais instrumentos internacionais sobre o Acesso a Recursos Genéticos e à Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização. O Protocolo de Nagoya foi adotado pelos participantes da COP-10, em 29 de outubro de 2010, em Nagoya, Japão, contudo, o Brasil, embora signatário do acordo em 2010, se manteve fora das negociações porque ainda não ratificou o documento por pressão feita pelo setor do agronegócio brasileiro.

Ao realizar negócios com os outros países que ratificaram esse protocolo, o Brasil deverá seguir esse modelo, uma vez que o país negociante estará adotando-o. De acordo com o artigo 15 do Protocolo, cada parte deverá tomar as medidas adequadas para verificar se as condições estabelecidas pelos contratantes foram cumpridas. Em caso de não cumprimento, as partes tomarão as medidas adequadas, eficazes e proporcionais para resolver situações de não cumprimento, devendo cooperar na medida do possível.²⁵

Tratando-se de um protocolo vinculado à Convenção sobre Diversidade Biológica, as regras desta devem ser aplicadas, inclusive, no que diz respeito às soluções de controvérsias. O artigo 27 da CDB, o qual o Brasil aprovou através do Decreto Legislativo n.º 2, de 1994, prevê:

Ao ratificar, aceitar, ou aprovar esta Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento posterior, um Estado ou organização de integração econômica regional pode declarar por escrito ao Depositário que, no casos de controvérsia não resolvida de acordo com o § 1º ou o § 2º acima, aceita como compulsórios um ou ambos dos seguintes meios de solução de controvérsias:

a) arbitragem de acordo com o procedimento estabelecido na Parte 1 do Anexo II;

²⁵ Tradução livre.

b) submissão da controvérsia à Corte Internacional de Justiça.

Diante do exposto, percebemos uma falta de paridade entre a formação da Lei n.º 13.123/15 e da ENCTI, uma vez que deveria haver não só a consulta, mas, também, a participação efetiva de toda a sociedade, sobretudo comunidades e povos tradicionais. Se a Lei está incluída num sistema que dá importância à produção de conhecimento e à participação representativa de todas as formas sociais na definição de prioridades e na formulação de políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação (ENCTI), a participação dos povos e comunidades tradicionais na defesa de seus direitos e de proteção ao conhecimento tradicional deveria ter sido efetivamente oportunizada, violando o direito à consulta livre, prévia e informada assegurado pela Convenção n.º 169 da OIT.

Perante o ordenamento jurídico nacional e internacional, a promulgação da Lei n.º 13.123/15, se exposta como favorável à ENCTI, mostra-se contrária aos preceitos adotados internacionalmente, notadamente na Convenção sobre a Diversidade Biológica e à Convenção 169 da OIT, podendo, ainda, ser submetida a eventuais mecanismos de solução de controvérsias internacionais.

À GUIA DE CONCLUSÃO: A LEI 13.123/2015 COMO UM ESPELHO DO TEMPO E DA EROSÃO DE DIREITOS

Nurit Besunsan

Como visto ao longo desse estudo, a Lei n.º 13.123/2015 traz, em seu bojo, um conjunto de afrontas aos direitos dos detentores de conhecimento tradicional e, também, à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Para entendermos a dimensão de tais afrontas, temos que retroceder e examinar as intenções originais da CDB e analisar como os direitos daqueles que possuem conhecimentos tradicionais vinculados aos recursos genéticos foram tratados ao longo do tempo.

A CDB possui três grandes pilares estratégicos para a manutenção da biodiversidade. O primeiro é a própria conservação da biodiversidade, operacionalizada por meio dos já consagrados instrumentos, entre eles, o estabelecimento de áreas protegidas. O segundo, revolucionário à época que a CDB entrou em vigor, é o uso racional da biodiversidade, considerado como uma estratégia de conservação. O terceiro pilar, mais complexo e até hoje menos implementado, é a repartição de benefícios oriundos do uso da biodiversidade, expressa nos recursos genéticos de cada país membro da CDB.

A repartição de benefícios, vale ressaltar, é uma estratégia de conservação da biodiversidade. Ou seja, sua concepção tinha a intenção de minorar o desequilíbrio entre países detentores de tecnologia e aqueles possuidores de biodiversidade. A ideia era que houvesse uma espécie de troca: quando a biodiversidade fosse acessada e transformada em produtos inovadores por países que possuem tecnologia, algo deveria

voltar para o país de onde a biodiversidade se originou, tanto para manter a integridade de sua biodiversidade, como para ajudar no seu desenvolvimento científico e tecnológico. Assim, entre as promessas de repartição de benefícios, estava a transferência de tecnologia. Nada disso, porém, se concretizou. Em parte, porque as tecnologias estão em mãos privadas e sua transferência é complexa e, muitas vezes, esbarra em resistências, traduzidas em cipoais de burocracias e mecanismos de propriedade intelectual. Além disso, a CDB falhou em sugerir instrumentos para que a repartição de benefícios fosse, de fato, colocada em prática.

A despeito desse cenário desolador, a lógica da repartição de benefícios foi introjetada nas políticas internas dos países. Assim, países estabeleceram regras para que empresas, mesmo nacionais, que usassem recursos genéticos, repartissem benefícios. Alguns criaram mecanismos de repartição de benefícios com órgãos de proteção ambiental e de fomento à ciência e à tecnologia.

Paralelamente, cabe lembrar, a CDB também reconheceu, explicitamente, pela primeira vez, o papel fundamental que comunidades tradicionais e povos indígenas têm na conservação da biodiversidade. Seus conhecimentos, práticas e inovações foram e continuam sendo essenciais para a manutenção da integridade ecológica. Esse dispositivo, talvez o mais famoso artigo da Convenção, enfrentou problemas similares à repartição de benefícios. A CDB afirma claramente que o uso desses conhecimentos deve ser feito mediante um processo de consentimento prévio informado (CPI), mas não sugere ferramentas para que esse processo seja executado. A CDB também estende a repartição de benefícios para as situações onde esse conhecimento tradicional é usado, mas tampouco diz como fazê-lo.

Ainda assim, o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios derivada do uso do conhecimento tra-

dicional se tornaram presentes também nas legislações nacionais, inclusive na nossa. E deveriam ser tratados como estratégias de conservação da biodiversidade.

Vale, porém, assinalar que, para que a repartição de benefícios se materialize como uma estratégia de conservação, ela precisa acontecer. A tradução disso é que ela não pode ser um processo excessivamente burocrático, de modo que desestimule aqueles que querem acessar e usar os recursos genéticos e o conhecimento tradicional, nem pode ser excepcional, ou seja, acontecendo apenas em situações muito raras. Aqui no Brasil, como veremos, migramos de um polo a outro, da excessiva burocracia à repartição de benefícios como exceção, pervertendo sua lógica, e, não, transformando-a em estratégia de conservação da biodiversidade.

Ao longo dos anos em que esses temas foram debatidos no âmbito da CDB, ficou claro que não bastaria o reconhecimento que o texto da CDB deu aos conhecimentos tradicionais para garantir sua proteção e sua preservação. Também ficou evidente que os mecanismos clássicos de propriedade intelectual não se prestam à proteção do conhecimento tradicional. Esse conhecimento possui uma natureza diversa e não pode ser dissociado de seu contexto cultural. Assim sendo, houve sucessivas discussões acerca do tema e da necessidade de criar um sistema *sui generis* para a proteção desse conhecimento.

Enquanto isso, o Brasil inaugurou sua primeira legislação sobre o tema da pior forma possível. Atropelando uma discussão que se dava no Congresso Nacional sobre um projeto de lei dedicado ao tema, foi publicada uma Medida Provisória destinada a disciplinar o assunto. Depois de 16 reedições e algumas melhorias, a MP 2186-16/2001 se tornou definitiva e regulou o tema até 2015, com o advento da Lei 13.123.

A referida MP pecava pelo excesso de burocracia, é fato, mas revelava uma preocupação com a proteção do conhecimento tradicional e com os direitos dos detentores de tal

corpo de conhecimentos. Garantia seu poder de decisão sobre o destino de seus saberes, regulava a repartição de benefícios relativa ao conhecimento tradicional de forma que ela acontecesse sempre e estabelecia regras para o consentimento prévio informado. Ainda assim, ela foi de difícil implementação e gerou muita polêmica. Ao longo do tempo, porém, as resoluções e deliberações do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão responsável pela gestão do acesso e do uso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, criaram condições para que o sistema funcionasse e, assim, tanto a pesquisa científica quanto o desenvolvimento tecnológico passaram a acontecer.

Foi justamente o azeitamento do sistema que levantou as forças que levaram à mudança da legislação. Ao longo dos anos de vigência da MP, foram feitas inúmeras tentativas de criar um novo marco legal. Redundaram em fracassos sucessivos. Com o funcionamento do sistema e a decorrente aplicação de multas, o setor empresarial fez gestões para a mudança e foi bem-sucedido.

O problema maior é que, ao longo desse tempo, o mundo mudou. Antes, o cerne da discussão ligada à proteção dos conhecimentos tradicionais era o estabelecimento de um regime *sui generis* de proteção. Hoje, tal tema nem sequer é aventado. Determinadas garantias que se julgavam essenciais foram desprezadas sem mais delongas. O conhecimento tradicional foi sendo estreitado pela ideia de conhecimento tradicional “associado” à biodiversidade, ao patrimônio genético, aos recursos genéticos ou a qualquer outra coisa. Essa delimitação, aparentemente inofensiva, cristalizada pela MP 2186-16/2001, foi muito útil para aqueles que querem restringir a repartição de benefícios derivada do uso do conhecimento tradicional e limitar a participação de comunidades tradicionais, pequenos agricultores e povos indígenas nos processos de decisão sobre seus conhecimentos.

Entre os malefícios que a Lei n.º 13.123/2015 trouxe, o pior deles, talvez, seja a separação entre os recursos genéticos, chamados na Lei, em consonância com nossa Constituição Federal, de patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais. Afinal, o que está “associado” pode ser “dissociado”. Assim, a nova Lei tem dois sistemas separados: um para o acesso ao patrimônio genético e outro para o acesso ao conhecimento tradicional.

Dessa forma, além do conjunto de dispositivos da Lei que afrontam os direitos dos detentores de conhecimento tradicional, como a limitação da participação nos processos de decisão sobre seus saberes, a não atribuição específica do conhecimento tradicional intrínseco nas variedades e raças locais e crioulas a detentores determinados, a frouxidão do processo de CPI e de sua verificação e a enorme quantidade de situações onde não haverá repartição de benefícios, a Lei 13.123 não reconhece o conhecimento tradicional amalgamado ao patrimônio genético. Aquele conhecimento que resulta da seleção, manejo, tratos culturais e domesticação das espécies não existe no novo marco legal. Dessa forma, um dos maiores valores do conhecimento tradicional, a essência da cultura desses povos e comunidades, é simplesmente ignorado.

Enfim, as mudanças na lógica da lei e no mundo que a circunda foram tantas, que falhamos, até mesmo, em perceber a dimensão da afronta que esse novo marco legal representa. Um marco que não vai contribuir para a conservação do nosso patrimônio genético, não vai estimular a geração de inovação a partir da biodiversidade, não vai ajudar a preservar o conhecimento tradicional e não vai criar mecanismos de proteção para os detentores de conhecimento tradicional. Ou seja, perdemos todos.