

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JESUS VIEIRA DE OLIVEIRA

A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E A ISENÇÃO DE REPARTIÇÃO DE
BENEFÍCIOS AO RAMO EMPRESARIAL PARA FINS DE ACESSO A
CONHECIMENTO TRADICIONAL.

Belém, Pará

2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JESUS VIEIRA DE OLIVEIRA

A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E A ISENÇÃO DE REPARTIÇÃO DE
BENEFÍCIOS AO RAMO EMPRESARIAL PARA FINS DE ACESSO A
CONHECIMENTO TRADICIONAL.

Dissertação apresentada ao programa de
Pós-Graduação em Direito, Mestrado
Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT,
como requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Eliane Cristina
Pinto Moreira

Belém, Pará

2016.

CIP – CATALAGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

O48p Oliveira, Jesus Vieira de

A Proibição de retrocesso e a isenção de repartição de benefícios ao ramo empresarial para fins de acesso a conhecimento tradicional./Jesus Vieira de Oliveira. - Belém/PA, 2016
119f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Eliane Cristina Pinto Moreira
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT.

1. Direitos humanos. 2. Direitos socioambientais. 3. Conhecimento tradicional – patrimônio genético. 4. Repartição de benefícios – conhecimento tradicional. 5. Lei Federal Nº13.123/2015. 6. Isenção de repartição. 7. Proibição do retrocesso socioambiental. I. Moreira, Eliane Cristina Pinto. II. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Tereza A. Longo Job CRB1-1252

Jesus Vieira de Oliveira

A proibição de retrocesso e a isenção de repartição de benefícios ao ramo empresarial para fins de acesso a conhecimento tradicional.

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Sustentabilidade

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira
Orientadora

Prof. Dr. Carlos Teodoro Huguenev Irigaray
Membro da Banca

Prof. Dr. Marcos Prado de Albuquerque
Membro da Banca

Dedicatória

A minha mãe, Reini, por toda a luta, por todos os ensinamentos, pelo amor, pelas constantes orações, pelo exemplo de fibra, e por sempre acreditar em mim.

A minha esposa, Roselene, por estar ao meu lado e, nas horas mais difíceis, jamais me deixar desistir.

Aos amigos e familiares, pelos incentivos e apoios.

A todos da Unemat, instituição que, hoje, acolhe-me como docente, e outrora, como estudante e como profissional técnico.

Aos acadêmicos do curso de direito da Unemat, razões das minhas batalhas em busca do aperfeiçoamento.

Agradecimentos

Aos diretores Ao Ente Supremo, sem o qual nenhuma folha seca cai de uma árvore, pela vida terrena.

A minha orientadora, Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira, pelos seus ensinamentos, paciência e atenção; condições sem as quais a presente dissertação não seria possível; meu reconhecimento e meus agradecimentos.

Aos Profs. Drs. do programa do Minter, na pessoa dos Profs. Drs. Paulo Sérgio Weyl, Jean François Deluchey, Marcos Prado de Albuquerque e Carlos Teodoro José Huguenev Irigaray.

Aos dirigentes da UFPA, da UFMT e da Unemat, em especial aos Reitores e Pró-reitores de Pós-Graduação, pela oportunidade do Minter.

Aos profissionais técnicos da Unemat e da UFPA que deram o suporte necessário à realização das atividades do curso, na pessoa do servidor Me. Ricardo Furlanetto Amorim.

Aos colegas do Minter e Dinter, nas pessoas do Prof. Armando do Lago Albuquerque filho e Prof. Juliano Moreno.

Aos colegas professores da Unemat, especialmente aos eternos amigos Antonio Armando e Juliano Moreno, pelos momentos de encorajamento e fortalecimento intelectual.

Aos colegas advogados, Andrei Takaki e Patrícia Oliveira, pelos reiterados atos de companheirismo no ofício da advocacia, especialmente nos períodos de exílios acadêmicos.

Todo o saber é saber sobre uma certa ignorância e, vice-versa, toda ignorância é ignorância de um certo saber.

As práticas que não se assentam na ciência não são práticas ignorantes, são antes práticas de conhecimentos rivais, alternativos. Não há nenhuma razão apriorística para privilegiar uma forma de conhecimento sobre qualquer outra.

(Boaventura de Souza Santos)

RESUMO

A presente dissertação trata da tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, com enfoque na análise da compatibilidade da isenção de repartição de benefícios ao setor empresarial estabelecida pela Lei 13.123/2015 com as normas internacionais de direitos humanos de proteção da sociodiversidade. Desse modo, primeiramente, a pesquisa situa os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade no âmbito de proteção dos direitos humanos, abordando os fundamentos históricos e teóricos da proteção dos direitos humanos e o reconhecimento da tutela dos conhecimentos tradicionais a partir das normas internacionais de direitos humanos. Em seguida, a pesquisa analisa o princípio da proibição do retrocesso no contexto do sistema internacional de direitos humanos, ocupando-se compreender os fundamentos teóricos da normatividade dos princípios e a relação entre dignidade humana e proibição de retrocesso. Por último, o terceiro capítulo, avalia a compatibilidade da isenção da obrigação de repartição de benefícios decorrentes da exploração de conhecimento tradicional associado e as normas internacionais que disciplinam o dever de repartição, contextualizando ainda os regimes jurídicos de proteção do conhecimento tradicional no Brasil.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direitos Socioambientais. Conhecimento tradicional – Patrimônio genético – Repartição de benefícios. Lei Federal nº 13.123/2015 – Isenção de repartição. Proibição do retrocesso socioambiental.

ABSTRACT

This dissertation deals with the legal protection of traditional knowledge associated with biodiversity, focusing on the analysis of the compatibility of the exemption of benefit sharing to the business sector established by Law 13.123/2015 with the international human rights standards for protection of sociodiversity. First, the research situates the traditional knowledge associated with biodiversity in the protection of human rights, addressing the historical and theoretical foundations of human rights protection and recognizing the protection of traditional knowledge based on international human rights standards. The research then examines the principle of prohibition of retrogression in the context of the international human rights system, with an understanding of the theoretical foundations of normative principles and the relation between human dignity and prohibition of retrogression. Finally, the third chapter assesses the compatibility of the exemption from the obligation to distribute benefits derived from the exploitation of associated traditional knowledge and the international norms that govern the distribution obligation, also contextualizing the legal regimes for protection of traditional knowledge in Brazil.

Key words: Human rights. Social and Environmental Rights. Traditional knowledge - Genetic heritage - Benefit sharing. Federal Law nº 13.123/2015 - Exemption from apportionment. Prohibition of socio-environmental regression.

LISTA DE SIGLAS

CDB – Convenção da Diversidade Biológica

CGen - Conselho de Gestão do Patrimônio Genético

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTA – Conhecimento Tradicional Associado

DESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais

DUDH - Declaração Universal de Direitos do Homem

EC – Emenda Constitucional

MPV – Medida Provisória

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PNRB – Programa Nacional de Repartição de Benefício

SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A TUTELA JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS	21
2.1	Fundamentos da proteção dos direitos humanos	21
2.2	O reconhecimento da tutela dos conhecimentos tradicionais como direitos humanos	26
2.2.1	Populações e conhecimentos tradicionais: aspectos conceituais	26
2.2.2	A afirmação dos conhecimentos tradicionais como um direito humano no ordenamento internacional	31
2.2.3	A inadequação do sistema de proteção da propriedade intelectual individual à tutela dos conhecimentos tradicionais	36
2.2.4	A formação de um sistema 'sui generis' de tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais a partir de normas internacionais de direitos humanos	38
2.3	As obrigações estatais decorrentes da afirmação dos conhecimentos tradicionais como direitos humanos	41
2.3.1	A Convenção 169 da OIT e as obrigações estatais decorrentes	41
2.3.2	A Convenção da Diversidade Biológica e as obrigações estatais decorrentes	42
2.3.3	O Protocolo de Nagoia e as obrigações estatais decorrentes	44
2.3.4	O compromisso estatal de efetivação dos tratados internacionais no plano interno	47
3	O SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO	49
3.1	Fundamentos teóricos da normatividade dos princípios jurídicos	49
3.2	A dignidade humana como fundamento da proibição do retrocesso	54
3.3	O princípio da proibição de retrocesso no Sistema Internacional de Direitos Humanos	64
3.3.1	Dedução da proibição do retrocesso do ordenamento jurídico internacional	65

3.3.2	A proibição do retrocesso e o controle de convencionalidade	67
3.4	A proibição do retrocesso e a teoria do diálogo das fontes	71
4	A ISENÇÃO DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS AO SETOR EMPRESARIAL DA LEI 13.123/2015 FRENTE A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO	78
4.1	O regime jurídico de proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade e a repartição de benefícios no ordenamento jurídico brasileiro	78
4.1.1	O regime jurídico provisório de tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados	79
4.1.2	O novo regime jurídico de tutela do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados instituído pela Lei nº 13.123/2015	81
4.1.3	O direito de repartição de benefícios no regime jurídico da Lei 13.123/2015	88
4.2	Repartição justa e equitativa de benefícios no ordenamento internacional	92
4.3	A isenção de repartição de benefício ao setor empresarial e a proibição de retrocesso socioambiental	103
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto o acesso e a proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA), especificamente no que toca à possibilidade de isenção da obrigação de repartição de benefícios aos usuários de CTA acessado para fins de exploração econômica, questão afeta ao ramo do socioambientalismo, novo campo de estudo jurídico que se consolida a partir da interdisciplinaridade entre o direito ambiental e outros campos científicos, especialmente dos direitos humanos, da sociologia e da antropologia jurídica.

A temática da proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade ganha relevo a partir de normas internacionais que reconhecem a sua fundamentalidade enquanto direito humano, de modo a vincular Estados signatários a implementar políticas públicas com o escopo de satisfazer esse direito. Neste contexto, a tutela dos CTA tem como primeiro (e também principal) referencial normativo a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), acordada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro e que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, com o objetivo de reconhecer a importância da proteção da diversidade biológica como condição da vida da biosfera e, conseqüentemente, afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano, cuja dimensão ultrapasse a concepção de tutela do meio ambiente apenas enquanto bens ambientais materiais (fauna e flora), conforme as diretrizes estabelecidas cerca de 20 anos antes na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972. Esses dois documentos revelam, do ponto de vista jurídico e político, os principais marcos da preocupação do homem com a preservação da biodiversidade, no entanto, distinguem-se pelo enfoque que cada qual deu ao meio ambiente, sendo que a Declaração de 1972 cuidou preponderantemente da proteção dos bens materiais (fauna e flora), ao passo que a Convenção de 1992 inovou ao destinar atenção especial aos bens imateriais (diversidade étnica, práticas culturais, memória, por exemplo), a reconhecer-lhes a sua índole ambiental, com destaque especial aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Eliane Cristina Pinto Moreira (2006, p. 80) destaca que a CDB foi “um divisor de águas para o estudo da biodiversidade”, pois, antes da Convenção predominava a visão de que a “proteção da biodiversidade se

baseava em valores científicos, estéticos e de lazer. ”

Atualmente, como pontua Alfredo Wagner Berno de Almeida (2008, p. 21), “[...] a questão ambiental não pode mais ser tratada como uma questão sem sujeito. Não se restringe ao contorno de um quadro natural isolado, pensado preponderantemente por botânicos e biólogos”. Do mesmo modo, o olhar jurídico não pode ser estanque, ou apenas centrado nas regras, pelo contrário, há que estar atendo à dinâmica das relações sociais e, no dizer de Marcos Prado de Albuquerque (2009, p. 199), compreender o “Direito não como uma solução de conflitos, mas como instrumento de uma vida digna. ”

No contexto nacional, vale registrar que a “tutela constitucional do Meio Ambiente no Brasil só se deu através da atual Constituição, em 1988”, como ensina Marcelo Antonio Theodoro (2009, p. 259), posto que a proteção do meio ambiente passou a ser fato social a demandar regulação jurídica a partir das discussões iniciadas na década de 70 com a Declaração de Estocolmo. No entanto, inexistente norma expressa no texto constitucional acerca da tutela dos CTA, o que é compreensível, pois, cronologicamente (o que não impede a atualização do texto), as discussões sobre a tutela dos CTA ganharam notoriedade após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, sobretudo, com a CDB de 1992, por outro lado, vale lembrar que as normas de direito internacional que versarem sobre direitos humanos e das quais o Brasil for signatário podem ter a equivalência de emenda constitucional no ordenamento interno, desde de que obedecidos os ritos procedimentais dispostos no § 3º do artigo 5º da CRFB/88. Cabe destacar que o artigo 225 da CRFB/88 tratou, ao dispor sobre a tutela do meio ambiente, da proteção da integridade do patrimônio genético, porém sem o reconhecimento expresso da vinculação existente entre o CTA e a manutenção do patrimônio genético e da biodiversidade como um todo, o que coube às normas infraconstitucionais a disciplinar a matéria.

Há de se registrar que foi a partir do ano 2000 que o ordenamento jurídico brasileiro passou a disciplinar a proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade com a edição de norma específica a regulamentar a temática, sendo que a primeira regulamentação da matéria no âmbito interno deu-se através da Medida Provisória nº 2.052, de 29 de junho de 2000, que foi reeditada sucessivas vezes e vigorou até 27 de dezembro de 2000, quando foi revogada pela Medida

Provisória de nº 2.126, que também foi reeditada sucessivas vezes e vigorou até 28 de junho de 2001, quando foi revogada pela Medida Provisória de nº 2.186-16, que também foi reeditada, mas vigorou até 20/05/2015, quando então foi promulgada a Lei Federal nº 13.123, de 20 de maio de 2015, a revogar a Medida Provisória e a disciplinar o assunto de forma plena.

Não se pode deixar de destacar que a Lei Federal nº 9.985/2000 reconheceu, ao instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), a necessidade de se valorizar e tutelar juridicamente os conhecimentos e culturas tradicionais (conhecimentos, inovações e práticas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais), enquanto bens ambientais imateriais, no entanto, não dispôs sobre o estabelecimento de mecanismos proteção desses bens.

O marco regulatório estabelecido pela Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, recebe críticas, principalmente por não ter contemplado a participação das comunidades tradicionais nas discussões durante a tramitação do projeto de lei, em afronta ao disposto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Além disso, a Lei nº 13.123/2015 também recebe críticas por isentar da repartição de benefícios os usuários de material genético e CTA cujo porte empresarial se enquadre como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual, e também agricultores tradicionais e suas cooperativas, o que contraria o Protocolo de Nagoya de 2010, cuja vigência deu-se em 12 de outubro de 2014, norma que disciplina, no plano internacional, a repartição justa e equitativa de benefícios decorrentes do acesso ao patrimônio genético associado a conhecimento tradicional, da qual o Brasil é signatário, embora ainda sem a devida ratificação do Congresso Nacional, que desde 05 de junho de 2012 recebeu do Poder Executivo a submissão do documento para fins de apreciação.

Assim, a solução dessas antinomias entre o ordenamento interno e o internacional, mais precisamente da isenção de repartição de benefícios, sob a ótica da integridade do sistema internacional de direitos humanos, é a dificuldade que se enfrenta na presente pesquisa.

Os problemas evidenciados no âmbito da Lei nº 13.123/2015 demonstram que a proteção ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade abarca

questões muito além de simples antinomias, ou de aspecto econômico “compensatório” que o espírito da lei tenta imprimir a essa peculiar relação jurídica e aos conflitos dela decorrentes. Do ponto de vista normativo, verifica-se que o regramento interno sobre conhecimentos tradicionais, prioriza uma regulamentação que dê suporte aos processos produtivos, no intuito de viabilizar empreendimentos econômicos, sem, no entanto, enfatizar a participação e o controle pelas comunidades detentoras do saber tradicional em tais empreendimentos, ou seja, há uma preponderância do econômico sobre o cultural.

A pesquisa proposta põe em contraste não apenas a lesão de direitos humanos, configurada em antinomias entre normas do direito interno e internacional, mas, sobretudo, a cosmovisão dos povos tradicionais e a dos agentes do mercado, como cada qual compreende, por exemplo, a função da propriedade e dos direitos a ela inerentes, a modalidades de propriedade (comunal *versus* individual), a função do saber e sua hierarquização (tradicional *versus* científico), a relação com meio ambiente (integração *versus* dominação).

O saber tradicional associado à biodiversidade compreende o saber prático de populações tradicionais, o que para Almeida (2008, p. 14) não lhe retira a sofisticação, pois é a expressão da própria identidade étnica destes grupos sociais, reflexo da visão cosmológica, do modo como se vê, se insere e interage de forma harmônica com a natureza. Em outras palavras, o conhecimento tradicional está associado aos modos de vida dos povos tradicionais, por isso, violar esse direito representa violação à dignidade humana.

Se o conhecimento tradicional fosse analisado unicamente na sua dimensão de propriedade intelectual toda a discussão poderia inserir-se apenas no campo do direito privado, no entanto, seguramente, a perspectiva patrimonial é apenas uma das facetas desse fenômeno de produção coletiva e tradicional do conhecimento, que abarca outras dimensões (política, histórica, social, jurídica, econômica e artística), vez que o fazer e o saber-fazer acompanham coletivos de pessoas e os associam a essas dimensões.

Quando esse saber é sistematizado por método específico que o reduz a um conjunto de princípios que podem ser verificados universalmente tem-se a transformação desse saber em conhecimento científico. Todo conhecimento científico passou por um processo que complexificou o saber “originário”. Na

realidade, segundo Boaventura de Souza Santos (2000, p. 78), o que caracteriza o conhecimento, seja ele científico ou tradicional, é a progressão na trajetória que parte do estado de ignorância até o estado de saber, de modo que “todo o saber é saber sobre uma certa ignorância”.

Ocorre que o modelo econômico capitalista atribuiu valoração econômica ao conhecimento (o saber-fazer), em outras palavras, o conhecimento tornou-se patrimônio, logo, investido de todos os atributos da propriedade, especialmente a oponibilidade *erga omnes*. Assim, enquanto direito patrimonial, a tutela jurídica ao conhecimento é dirigida, inicialmente, à proteção das inovações produzidas a partir do saber técnico-científico, sendo que a fruição deste direito se opera no plano individual, conforme os clássicos institutos de direitos reais. Desse modo, o conhecimento técnico-científico passou a demandar a necessária titulação deste saber/direito a um senhorio, ou sujeito de direito determinado, um proprietário no plano individual.

Por outro lado, todo esse processo, de complexificação e valoração econômica, também estabeleceu hierarquia entre o conhecimento científico e o conhecimento popular ou tradicional, sendo que aquele teve predominância sobre este, sobretudo pelo fato da ciência moderna ter se transformado na principal força produtiva do capitalismo e, conseqüentemente, reguladora em relação aos demais conhecimentos.

Aliás, a categorização de saberes populares em conhecimento tradicional foi operada pela ciência, ou seja, o conhecimento científico avocou para si o poder de dizer o que é ou não conhecimento, bem como de categorizar os diferentes campos do saber.

Essa predominância do saber científico sobre o saber tradicional refletiu num sistema jurídico que priorizou quase que exclusivamente a proteção da propriedade intelectual individual em detrimento do saber tradicional, de natureza coletiva, que passou a receber atenção apenas há poucas décadas, especialmente com a Convenção da Diversidade Biológica.

Nesse contexto, o conhecimento tradicional na sua dimensão patrimonial coletiva demandou e demanda a construção de sistema *sui generis* capaz de dialogar com o paradigma da propriedade individual e, assim, garantir a tutela jurídica desse patrimônio cultural que tem expressão econômica.

Para Almeida (2008, p.15), “reivindicar o direito intelectual é uma forma de luta, é uma forma de contrapor conhecimentos, tomando-se essencial para as alternativas de desenvolvimento autônomo, posto que podem viabilizar a autosustentabilidade.” Nesse sentido, Vera da Silva Telles, citada por José Geraldo de Souza Junior (2002, p. 56), expõe que

Os movimentos sociais recentes aparecem inteiramente reconhecíveis nas suas diferenças, não se ordenando a uma imagem instituída para impor seu reconhecimento e a legitimidade de suas reivindicações. Ao se constituírem em um espaço propriamente social, por referência e oposição ao Estado, tomado como alvo e antagonista, fazem desse espaço um espaço de reconhecimento, de elaboração de identidades e de afirmação de direitos.

Na realidade, o reconhecimento da propriedade coletiva é fruto do pluralismo jurídico que permeia o fenômeno dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, posto que, até então, não havia paralelo no ordenamento jurídico positivo brasileiro. Aliás, tal construção não encontra guarida no direito privado brasileiro, por isso é tratado preponderantemente pelo direito socioambiental.

No âmbito internacional, a Convenção nº 169 da OIT reconhece esse pluralismo e o chancela como um direito a ser tutelado perante o Estado, pois a propriedade comunal dos povos tradicionais associa-se à dimensão cultural desses povos, expressando seus modos de vida.

Por esses motivos, justifica-se o direito à repartição de benefícios decorrente do acesso e exploração econômica sobre o CTA, vez que se trata de patrimônio coletivo insito à forma de ser de seus provedores.

Esse é o contexto no qual se insere o objeto e o problema de pesquisa aqui propostos, tendo por foco analisar a (im)possibilidade de isenção de repartição de benefícios ao setor empresarial para fins de acesso a conhecimentos tradicionais, frente a integridade do sistema internacional de direitos humanos.

Assim, indagou-se: em que medida o conhecimento tradicional pode ser considerado um direito humano? Em que medida a integridade do sistema internacional de direitos humanos possibilita a mobilização de princípios para solução de antinomias entre o direito interno e o internacional? Em que medida as isenções de repartição de benefício ao setor empresarial estabelecidas pela Lei Federal nº 13.123/2015 pode representar violação a normas de direitos humanos, em razão da proibição do retrocesso?

Desse modo, a pesquisa justifica-se, primeiramente, sob as óticas social e ambiental, em razão da necessidade de se evidenciar o problema, vez o que território brasileiro foi contemplado com uma das maiores sociodiversidades do planeta (nas dimensões biológica, étnica e cultural), riquezas estas de valor inestimável, o que tornou esse patrimônio ambiental material e imaterial alvo de ações inescrupulosas de apropriação indevida, desde o período colonial até os dias atuais. Agora, no entanto, vemos a ação de indivíduos e organizações detentoras da biotecnologia, ou seja, dos recursos tecnológicos e científicos necessários à transformação da biodiversidade em produtos industriais, especialmente os fármacos. Dessa maneira, se o Estado não age na proteção, então ele pactua com essa neocolonização.

Sob a ótica do próprio trabalho, justifica-se o recorte apresentado em razão da necessidade de primeiro se estabelecer uma conceituação sobre os direitos humanos e de se caracterizar os conhecimentos tradicionais como tal, para, então, analisar eventual lesão à dignidade humana e a possibilidade solucioná-la mediante a aplicação de princípios de direito.

Na perspectiva teórica, justifica-se a análise empreendida ante a necessidade de melhor compreender as categorias de povos e conhecimentos tradicionais e, sobretudo, a tutela jurídica dessas categorias no sistema internacional de direitos humanos, especialmente ante a possibilidade de restrição dessa tutela no âmbito do direito interno.

Ainda sob a ótica teórica, pretende-se analisar a concepção de princípio jurídico e sua função no sistema de proteção de direitos humanos. Por isso, justifica-se a escolha da repartição de benefícios como ponto de análise de violação ou restrição de direitos humanos, posta a existência de várias normas de direito internacional que dispõem sobre o tema.

Desse modo, a escolha do objeto e as perspectivas de análises demonstram uma pertinência temática e a possibilidade do estudo contribuir, inclusive, para solução de conflitos futuros.

A pesquisa tem enfoque primordialmente teórico, configurando-se revisão bibliográfica, por isso, as fontes de dados da pesquisa se encerram em textos normativos, textos científicos, livros, revistas, dissertações, teses e decisões judiciais.

Desse modo, o método dedutivo foi o adequado aos objetivos da pesquisa, por isso, teve como ponto de partida textos normativos internacionais que estabelecem um sistema internacional de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, para, em seguida, analisar a consonância do arcabouço normativo nacional com o sistema internacional de direitos humanos.

O problema de pesquisa tratado na dissertação analisa as concepções sobre direitos humanos, populações e conhecimentos tradicionais e a força normativa dos princípios, em especial da proibição do retrocesso.

O ponto central, no entanto, gravita sobre a possibilidade de isentar-se a repartição de benefícios a determinados agentes econômicos (empresas) pelo acesso ao conhecimento tradicional acerca da biodiversidade para fins de desenvolvimento de produtos comerciais, ante as normas internacionais e os princípios de direitos humanos que disciplinam a repartição de benefícios e o acesso a conhecimento tradicional.

A presente dissertação construiu-se a partir da análise do arcabouço normativo incidente sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, especialmente no que concerne à possibilidade de isenção de repartição de benefícios para acesso a esses conhecimentos. Da mesma maneira, analisaram-se as concepções de conhecimento e populações tradicionais, de práticas culturais, de biodiversidade e suas significações e contradições no ordenamento jurídico ambientalista. Contextualizou-se historicamente a tutela jurídica aos povos tradicionais e seus saberes, em especial no que concerne ao direito de repartição de benefícios. Identificaram-se as antinomias normativas na tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais entre os ordenamentos internacional e interno, notadamente no que concerne à possibilidade de dispensa da repartição de benefícios para acesso aos conhecimentos tradicionais disposta na Lei Federal nº 13.123/2015.

Assim, no primeiro capítulo, situam-se as análises sobre os fundamentos da proteção dos direitos humanos, em seus aspectos históricos e teóricos, delineando o processo entre a inicial proteção do sujeito de direito individual e universal até o atual reconhecimento da proteção da diferença. Analisa-se ainda o reconhecimento da tutela dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade como um direito humano, inclusive o reconhecimento desse direito no âmbito do sistema

internacional dos direitos humanos.

No segundo capítulo, passa-se à análise da concepção, da função e da força normativa dos princípios, com enfoque na proibição do retrocesso e sua importância na proteção dos direitos humanos.

E, por fim, o terceiro capítulo se dedica à análise da (im)possibilidade de isenção da repartição de benefícios ao setor empresarial prevista na Lei Federal nº 13.123/2015 frente ao princípio da proibição do retrocesso, o que se dá pela análise dos regimes jurídicos de proteção do conhecimento tradicional associado no Brasil e, conseqüentemente, análise da repartição de benefícios no âmbito interno e internacional, para depois se analisar a compatibilidade da referida isenção com as normas de direito internacional em matéria de direitos humanos, com enfoque na proibição do retrocesso, bem como da pertinência de mobilização dessas normas para fins de solução de eventuais conflitos jurídicos.

2 A TUTELA JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

2.1 Fundamentos da proteção dos direitos humanos

Os direitos humanos foram concebidos paulatinamente a partir de profundas transformações ocorridas no Ocidente a partir do final da Idade Média, nos campos político, econômico, científico e jurídico, especialmente em razão da mudança do paradigma teocêntrico para antropocêntrico.

A respeito das aludidas transformações paradigmáticas, Rosinaldo Silva de Sousa (2001, p. 51) pontua que, no campo político, a Igreja passou a intervir nos assuntos mundanos; no campo econômico, o protestantismo vinculou o sucesso econômico à ideia de salvação eterna (diferentemente dos católicos, a usura não era tratada como pecado pelos protestantes); no campo jurídico, se introduziu o indivíduo no mundo do direito; no campo científico, substituiu-se a fé pela razão, na realidade, a razão passou a dominar praticamente todos os campos da existência humana.

Essas transformações propiciaram o surgimento do individualismo moderno, que foi a gênese dos direitos humanos a partir do pensamento humanista renascentista, que propunha, em suma, que o homem fosse a medida e o fim de todas as coisas, ou seja, capaz de ordenar o mundo pela razão, logo, todos os sistemas se ordenaram conforme as necessidades humanas, especialmente o sistema jurídico.

Embora o homem tenha se tornado o centro das indagações e glorificações a partir do humanismo, o fato é que a história demonstra que nem todos foram merecedores de igual consideração e tratamento perante os demais ou às instituições estatais e religiosas.

Por isso, é possível compreender que os avanços no reconhecimento e proteção dos direitos humanos são consequências da busca pela paz na humanidade, ainda que essa busca seja marcada por precedentes episódios de total desconsideração pela dignidade humana, como as guerras mundiais e os Estados absolutistas ou totalitários, pois a partir do humanismo concebe-se que a razão tem mais força que o arbítrio, como pretendia Immanuel Kant (2016) ao tratar da paz

perpétua. No entanto, como aponta Norberto Bobbio (2004, p. 1), a paz estável, sem guerras, só será possível quando tivermos cidadãos do mundo, ou seja, quando houver a universalização dos direitos do homem, acima de qualquer estado.

Naturalmente, essa universalização de direitos implica necessariamente no antecedente reconhecimento do homem como uma “universalidade concreta”, o que foi postulado a partir da cosmovisão antropocêntrica. A ideia de igualdade universal entre os homens fundamentou também a concepção de Estado moderno, instituído a partir do consenso de homens livres e iguais, o que pode ser compreendido como um recurso ideológico utilizado pelos burgueses contra o Estado absolutista (SOUSA, 2001, p. 49; 53).

Do mesmo modo, a igualdade universal entre os homens foi difundida nos ideais iluministas como forma de oposição aos privilégios estamentais do antigo regime francês e, por isso, foi o alicerce da Declaração de Direitos de 1789 da França, veiculada por ocasião da Revolução Francesa.

Dessa maneira, os direitos do homem podem ser concebidos como o escudo contra as desigualdades, as discriminações, as arbitrariedades, contra toda e qualquer ameaça de subjugação de um homem por outro ou por uma instituição qualquer, pública ou privada, e em quaisquer condições. Os direitos humanos são, então, construções históricas, frutos de muitas lutas em torno do acesso, da manutenção, da expansão e da equalização de poder, em seus diversos campos ou dimensões (política, econômica e religiosa, por exemplo).

Assim, a emergência dos direitos humanos representou uma inversão na relação política entre Estado e cidadão, de maneira que se passou da prioridade dos deveres à prioridade dos direitos dos súditos frente ao Estado (BOBBIO, 2004, p. 2).

Esse fenômeno de reconhecimento e de positivação dos direitos humanos é próprio da modernidade, pois é fruto do liberalismo político que estabeleceu uma mudança na centralidade do poder, do Estado ao indivíduo, neste caso os cidadãos. Em outras palavras, há a defesa da supremacia do indivíduo frente ao Estado.

Do ponto de vista das teorias jurídicas, a pretensão de tutela jurídica universal aos homens fundamenta-se, inicialmente, na teoria jusnaturalista, que pressupõe um ordenamento cósmico fundado na justiça moral e a que todos estão submetidos, inclusive os Estados. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 4-5) argumenta que o surgimento dos direitos humanos representa a afirmação do modelo

jusnaturalista em contraposição ao aristotélico, embora não reconheça um fundamento absoluto nesses direitos, pois os entende como direitos históricos que surgem conforme a indigências,

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. [...] Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. (BOBBIO, 2004, p. 6)

Bobbio (2004, p. 17-19) entende ainda que a busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos é infundada, em razão da expressão “direitos do homem” ser mal definível, ter conteúdo variável e tratar-se de classe de direitos heterogênea (comportam interesses antagônicos).

Aliás, Bobbio (2004, p. 21-22) assevera que

[...] a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi o obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles já estabelecidos. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para de fender posições conservadoras.

De todo modo, Bobbio (2004, p. 23) entende que a questão não é justificar (fundamento absoluto) os direitos humanos, mas sim protegê-los, por isso, a preocupação de uma fundamentação puramente teórica perde espaço para uma fundamentação política. O problema da fundamentação absoluta dos direitos humanos está atrelado à afirmação do modelo jusnaturalista, no entanto, ao comentar o pensamento de Lafer e Bobbio, Sousa (2001, p. 54) aponta que esse modelo entrou em erosão no fim do século XVIII em razão das críticas empreendidas pelo utilitarismo inglês, pelo positivismo francês e pelo historicismo alemão. De uma forma geral, as críticas ao jusnaturalismo residem no fato deste não considerar a fonte do direito no próprio homem.

O positivismo, que resulta da compreensão do direito como fruto do consenso entre os homens, foi evidenciado e teve papel de destaque em razão do

processo de sistematização e positivação das normas decorrente do constitucionalismo, nascido na própria Revolução Francesa (SOUSA, 2001, p. 54).

Com o positivismo jurídico a fundamentação absoluta dos direitos humanos deixou de ser problema relevante, pois, as declarações de direitos firmadas entre as nações soberanas passaram a representar o que é ou foi o consenso geral para um determinado período histórico. Neste particular, cabe destaque especial à Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH) aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que se tornou o maior referencial à tutela universal dos direitos humanos e, por isso, chancelou a concepção do sujeito universal.

No entanto, a tutela universal de direitos a partir da concepção do sujeito universal foi confrontada a partir da teoria jurídica do historicismo, que se contrapôs tanto ao jusnaturalismo quanto ao positivismo por compreender o direito como um fenômeno histórico e social e, por isso, fruto de contingências temporais e espaciais, e não de uma abstração com pretensões universalistas. Desse modo, o historicismo lançou, no campo do direito, a tensão entre o universal e o particular.

Em linhas gerais, a tensão entre o universal e o particular é a fonte da denominada crise da modernidade ou do sujeito universal, na medida em que põe em questão a validade da concepção do sujeito unívoco, especialmente pelo fato dos primeiros movimentos de reconhecimento de cidadania terem assimilado ou anulado a ideia de diferença entre os homens ao considerar todos como iguais (SOUSA, 2001, p. 55-58).

Essa crise do sujeito universal evidenciou o multiculturalidade em que se constitui a sociedade e possibilitou a emergência de “novos sujeitos” no cenário político, econômico, cultural, científico e jurídico. Como aponta Erik Jayme (2004, p. 95) “enquanto antigamente favorecia-se a integração destes grupos na nova pátria, no sentido de sua gradual assimilação, prevalece hoje a proteção da identidade cultural da pessoa.” Desse modo, a diferença passou então a ser ferramenta reivindicatória de novas significações particulares e, conseqüentemente, de novos direitos (fundamentais e humanos) de grupos minoritários e até mesmo da reformulação do próprio sistema jurídico e de sua hermenêutica (SOUSA, 2001, p. 58-59).

Configurada como uma luta por identidade cultural autêntica, a diferença deu

origem também ao sujeito coletivo de direito, que reclama por direitos de um grupo dotado de identidade étnica, diferentemente do sujeito individual que luta por interesses particulares. O reconhecimento da existência do sujeito coletivo de direito é a busca de superar a ignorância quanto à diferença ou à composição pluriétnica dos Estados operada pela cidadania liberal, conforme aponta Sousa (2001, p. 62)

Porém, a universalização da condição de sujeito individual de direito, implicada na cidadania liberal, acaba por obliterar a visualização de particularidades culturais de grupos étnicos e de outras minorias. Isto é, o artigo II, § 1 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, que, ao proteger a dignidade e igualdade de direitos dos indivíduos, e condenar qualquer tipo de distinção de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política...” etc., apresenta também, intrinsecamente, a “cegueira” para com a diferença, e, além disso, toma a diferença como atributo de um sujeito-indivíduo isolado, ao invés de tomá-la em sua natureza coletiva e social.

Ignorar a diferença ou a proteção dos direitos de grupos minoritários equivale a abrir as portas ao genocídio e ao etnocídio. Nesta perspectiva, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade representa o reconhecimento do direito à diferença de grupos minoritários, posto que estes demandam direitos específicos, cujo legitimidade baseia-se no *ethos* cultural, conforme defende Yúdice, citado por Sousa (2001, p. 65).

Assim, a diferença (étnica, cultural, racial, social e de gênero) passou a ser legitimadora ou constitutiva de direitos humanos, fenômeno que se consolida notadamente a partir do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais – DESC de 1966, internalizado no ordenamento nacional brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

De tal sorte, a negação ou o reconhecimento negativo de direitos culturais representa violação aos direitos humanos, pois representa ofensa direta à dignidade humana, pelo que se extrai do pensamento de Sousa (2001, p. 69)

Assim sendo, um falso reconhecimento ou mesmo a negação de reconhecimento da parte dos outros que nos cercam – os “outros significativos” – gera uma deformação na identidade do indivíduo ou grupo. Um reconhecimento negativo ou sua ausência pode, portanto, degradar uma cultura e oprimir o indivíduo pertencente à ela. Deste ponto de vista, um reconhecimento positivo da autenticidade cultural de um povo representa uma “necessidade humana vital”, sua negação constitui um ato de desrespeito e violência contra a dignidade humana.

Aliás, a noção de dignidade como atributo de todo ser humano é decorrente do movimento de universalização do sujeito individual, de modo a substituir a concepção de honra como instituidora de direitos vigente no antigo regime, o que

implicava em reconhecer que uns a teriam e outros não (SOUSA, 2001, p. 69). No entanto, vale frisar, a política de igualdade abstrata oculta as desigualdades concretas e possibilita a legitimação das desigualdades sociais, que são decorrentes de contextos históricos e socioculturais.

Nesta perspectiva, há que se reconhecer a importância do relativismo cultural, ou seja, que o reconhecimento e a tutela dos direitos culturais de minorias representam a possibilidade de ressignificação e fortalecimento dos próprios direitos humanos, pois, por um viés, desarticulam os discursos que defendem serem os direitos humanos uma tentativa de dominação ou colonização do ocidente sobre o oriente através da homogeneização do direito e da cultura, por outro, ao não se admitir a divisibilidade e ou a hierarquização destes direitos propicia-se o destensionamento entre o universal e o particular (diferença).

De outro viés, a despeito da concepção de direitos humanos representar a visão ocidental de mundo, é partir desta concepção que minorias tem encontrado guarida para defesa de seus interesses em face de projetos hegemônicos de poder e de dominação econômica.

A tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados é fruto de todo esse processo que se inicia com o reconhecimento da proeminência e, ao mesmo tempo, singularidade do homem frente aos demais seres vivos, de maneira a postular-se uma universalidade concreta entre os homens e, no passo seguinte, reconhecer que, ante as desigualdades existentes entre os mesmos, a diferença é legitimadora da instituição de direitos humanos como requisito para se alcançar a universalização da dignidade humana e, por consequência, a paz estável, no dizer de Bobbio.

2.2 O reconhecimento da tutela dos conhecimentos tradicionais como direitos humanos

2.2.1 Povos e conhecimentos tradicionais: aspectos conceituais

Várias são as normas internacionais e nacionais que versam sobre a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados, antes, porém, se faz imprescindível uma análise conceitual dos termos povo e conhecimentos

tradicionais, para fins de operacionalizar a investigação.

A relevância das categorias comunidades e conhecimentos tradicionais para o campo do direito decorre do processo de reconhecimento da diferença como legitimadora de direitos humanos. Conceitualmente, essas categorias foram reconhecidas primeiramente a partir dos esforços de estudiosos das ciências sociais e humanas, em especial da antropologia.

O surgimento desses conceitos, como aponta Antonio Carlos Santana Diegues (2000, p. 1-3), decorre do processo de reconhecimento de que a biodiversidade não é simplesmente um conceito das ciências naturais, mas, sobretudo, uma construção cultural e social, “é produto da ação das sociedades e culturas humanas, em particular, das sociedades tradicionais não-industriais”.

Juridicamente, a definição de povos ou comunidades tradicionais tem seu delineamento a partir de normas internacionais que versam sobre a proteção de direitos humanos econômicos, sociais e culturais de comunidades dotadas de características étnicas que as distingam da coletividade nacional.

O termo população ou comunidade tradicional passou a ser largamente difundido a partir do texto da CDB, embora não se explicitasse o termo conceitualmente. Na realidade, a CDB utiliza em diversos trechos a expressão “comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais”. Ocorre que o termo “povos” é considerado o mais adequado tecnicamente¹, pois, conforme Fernando Lagares Távora (2015, p. 30-31), expressa o reconhecimento da identidade étnica e cultural e da autonomia como sujeitos de direitos coletivos, além da importância como matriz na composição dos povos formadores da nacionalidade brasileira, ao lado dos europeus e africanos.

A notoriedade da importância das comunidades tradicionais é, no entanto, fruto da expansão de movimentos socioambientais nas décadas de 70 e 80 que influenciaram o surgimento da ecologia social ou etnobiologia, ao repensarem as teorias e prática ecológicas então vigentes, especialmente as que postulavam a exclusão do homem de áreas naturais protegidas (DIEGUES, 2000, p. 9-11).

Diegues (2000, p. 12) aponta ainda que a biodiversidade passou a ser

¹ Távora (2015, p. 31) esclarece que, “Expressões como “populações”, “grupos” e mesmo “comunidades” não carregam a mesma riqueza de sentidos que se atribui à ideia de povo. Contudo, há resistência em chamá-los de “nações”, pela forte conotação política desse termo, que pode reforçar pleitos autonomistas, ainda que seja sensato, do ponto de vista antropológico, constatar que

pautada a partir do documento Estratégia Mundial para Conservação, da União Mundial para a Conservação (UICN) em 1980. E, igualmente, foi a partir de documentos da mesma entidade que, em 1988, se fizeram as primeiras vinculações entre a proteção da diversidade biológica e a diversidade cultural.

Assim, tem-se o início da defesa dos direitos dos povos de determinadas sociedades ou grupamentos humanos de traços culturais comuns, porém diferenciados culturalmente em relação a um contexto geral (país) em razão do desenvolvimento de modos de existência particulares, em simbiose com determinados nichos ecológicos, como esclarece Diegues (2000, p. 21-23).

Diferentemente das sociedades urbano-industriais, as populações tradicionais “estão associadas a modos de produção pré-capitalistas, próprios de sociedades em que o trabalho ainda não se tornou mercadoria, em que a dependência do mercado já existe, mas não é total.”, como enfatiza Diegues (2000, p. 18). Os modos de produção estão baseados na cooperação e no manejo sustentado da natureza.

A visão das populações tradicionais sobre o mundo natural expressa valores marcadamente diferentes dos veiculados no modo de vida de sociedades urbano-industriais, pois, para estes a natureza é vista primordialmente como *comodities*, como matéria-prima para produção e acúmulo de riquezas, já para os primeiros a natureza é o espaço (território) de reprodução cultural e social de todas as significações sobre o mundo.

Contudo, a caracterização das comunidades tradicionais não é algo simples, sendo que Diegues (2000, p. 21-22) apresenta alguns pontos que podem subsidiar o reconhecimento das mesmas, a saber:

- a) pela dependência freqüentemente, por uma relação de simbiose entre a natureza, os ciclos naturais e os recursos naturais renováveis com os quais se constrói um modo de vida;
- b) pelo conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos que se reflete na elaboração de estratégias de uso e de manejo dos recursos naturais. Esse conhecimento é transferido por oralidade de geração em geração;
- c) pela noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente;
- d) pela moradia e ocupação desse território por várias gerações, ainda que alguns membros individuais possam ter se deslocado para os centros urbanos e voltado para a terra de seus antepassados;
- e) pela importância das atividades de subsistência, ainda que a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida, o que implica uma

- relação com o mercado;
- f) pela reduzida acumulação de capital;
- g) importância dada à unidade familiar, doméstica ou comunal e às relações de parentesco ou compadrio para o exercício das atividades econômicas, sociais e culturais;
- h) pela importância das simbologias, mitos e rituais associados à caça, à pesca e a atividades extrativistas;
- i) pela tecnologia utilizada que é relativamente simples, de impacto limitado sobre o meio ambiente. Há uma reduzida divisão técnica e social do trabalho, sobressaindo o artesanal, cujo produtor (e sua família) domina o processo de trabalho até o produto final;
- j) pelo fraco poder político, que em geral reside com os grupos de poder dos centros urbanos;
- l) pela auto-identificação ou identificação pelos outros de se pertencer a uma cultura distinta das outras.

Diegues (2000, p. 23) adverte que não se pretende uma rigidez simplificadora com o estabelecimento desses pontos caracterizadores, mas, pelo contrário, possibilitar o reconhecimento de identidades diferenciadas que legitimam a reivindicação de direitos territoriais e culturais frente ao Estado, pois, sob a ótica antropológica, a cultura ou a identidade étnica não são imutáveis. Aliás, o critério preponderante para determinar uma população tradicional é o do autorreconhecimento ou autoidentificação étnica.

Apresentadas as bases conceituais sobre os “povos tradicionais”, cabe, então, delinear os aspectos conceituais relativos aos “conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”. Conforme Diegues (2000, p. 26-28), a formação das populações tradicionais é resultado de um processo histórico de ocupação de áreas isoladas por “populações alijadas dos núcleos dinâmicos da economia nacional”, primeiramente com os povos indígenas, posteriormente surgiram outras populações rurais não-indígenas (quilombolas, ribeirinhos, caiçaras, caboclos, sertanejos, etc.), mas influenciadas pelo modo de vida indígena de exploração dos recursos naturais mediante manejo sustentável, o que o autor denominou de modelo da cultura rústica. Esse modelo de cultura rústica desenvolveu, a partir da vivência e interação cotidiana com os ecossistemas, uma vastidão de conhecimentos sobre os ciclos biológicos e os processos de manejos dos ecossistemas, bem como as utilidades das diversas espécies da flora e fauna, pois, esses saberes e técnicas estão relacionados, sobretudo, a propriedades medicinais, alimentares e agrícolas, de plantas e animais das florestas.

Desse modo, o saber tradicional associado à biodiversidade é o resultado desse processo de experimentação realizado por povos tradicionais ao longo de

suas gerações sobre os recursos naturais e que deve ser reconhecido como um direito intelectual de natureza coletiva e tutelado como um direito humano cultural.

A importância dos conhecimentos tradicionais associados reside especialmente no fato de que as práticas de povos tradicionais são reconhecidas como responsáveis pela preservação da agrobiodiversidade, como destacado por Santilli (2005, p. 195).

Sob a ótica jurídica, a definição legal de CTA no ordenamento jurídico pátrio foi dada primeiramente pelo Art. 7º, inciso II, da Medida Provisória nº 2.186/2001, que vigorou até o ano de 2015, nos seguintes termos:

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:

I - [...]

II - conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético;

A concepção legal vigente é, no entanto, a da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que revogou a MP nº 2.186/2001, e, por sua vez, traz a seguinte definição de conhecimento tradicional:

Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei:

I - [...]

II - conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético;

Há que se destacar que a Lei adotou um conceito de patrimônio genético diferente² do que consta na CDB, vez na Lei o mesmo é compreendido como “informação”, o que Távora (2015, p. 13) salienta ser o mais acertado para os dias atuais, “[...] pois a biotecnologia é capaz de sintetizar ativos a partir de informação disponível em base de dados, prescindindo do material genético para concluir seu processo de desenvolvimento tecnológico.”

Sem desmerecer os esforços empreendidos para a construção da concepção legal de CTA, deve-se ressaltar que a mesma resulta bastante singela,

² A Lei conceitua patrimônio genético como “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos;”. Já a CDB conceitua, no seu Artigo 2, os termos material genético como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade; e também o termo “recursos genéticos” que “significa material genético de valor real ou potencial.”

pois não contempla toda a complexidade que corresponde à realidade do conhecimento tradicional, que está muito além da razão utilitarista que domina o campo econômico. O conhecimento tradicional está intimamente vinculado à cosmovisão da comunidade provedora ou portadora desse conhecimento, por isso caracteriza-se como um elemento formador da identidade étnica do grupo ou comunidade provedora. Neste ponto, as reflexões de Santili (2005, p. 196), ao discutir as significações do conhecimento tradicional, são valiosas para compreensão do tema, conforme segue:

Mais que um valor de uso, os recursos da diversidade biológica têm, para essas populações, um valor simbólico e espiritual: os “seres” da natureza estão muito presentes na cosmologia, nos símbolos e nos seus mitos de origem. A produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não é motivada apenas por razões utilitaristas, como, por exemplo, descobrir a propriedade medicinal de uma planta para tratar uma doença, ou domesticar uma planta selvagem para cultivá-la e utilizá-la na alimentação. Transcende a dimensão econômica e permeia o domínio das representações simbólicas e identitárias.

Para Diegues (2000, p. 30), o conhecimento tradicional caracteriza-se como um conjunto de saberes e saber-fazer sobre o mundo natural e o sobrenatural, com interligação orgânica entre esses mundos e a organização social para muitas dessas sociedades, ou seja, há uma continuidade entre o natural e social. A ausência de separação entre esses mundos não desqualifica o caráter científico desses saberes, pois, conforme Lévi-Strauss, citado por Diegues (2000, p. 30-31), há dois modos de pensamento científico, e tanto o tradicional quanto o ocidental se aproximam epistemologicamente em razão de se basearem em constatações empíricas, e nesse particular há uma atitude científica no comportamento desses grupos sociais, decorrente da curiosidade e alerta constantes sobre os fenômenos naturais e sobrenaturais.

2.2.2 A afirmação dos conhecimentos tradicionais como um direito humano no ordenamento internacional

Antes de adentrar diretamente na proteção dos CTAs no âmbito internacional, é necessário realizar breve incursão no contexto da organização sistêmica do ordenamento jurídico internacional, que tem como principal entidade e instância de referência quanto à essa estruturação a Organização das Nações

Unidas (ONU), que é uma organização internacional estabelecida após o fim da Segunda Guerra Mundial pela união de diversos países a partir da Carta da ONU de São Francisco, em 26 de junho de 1945, que entrou em vigor oficialmente em 24 de outubro de 1945, com o objetivo de estabelecer a paz e o desenvolvimento mundiais a todos os povos, a partir da reafirmação da igual consideração da dignidade e do valor do ser humano, sem quaisquer distinções, e também entre as nações grandes e pequenas, mediante o compromisso dos países de respeito às obrigações decorrentes de normas internacionais pactuadas.

Para atender as diversas demandas de proteção da dignidade e do desenvolvimento humano a ONU estabeleceu uma estrutura organizacional com seis órgãos principais, a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado.

A ONU é hoje a principal organização de cooperação internacional do mundo, mas sua formação foi precedida por outras organizações internacionais de cooperação específica, estabelecidas ainda no do século 19, no caso, a União Telegráfica Internacional, fundada em 1865, denominada atualmente como União Internacional de Telecomunicações (ITU) e a União Postal Universal (UPU), fundada em 1874. Atualmente, ambas são agências do Sistema das Nações Unidas.

Contudo, a primeira organização internacional com objetivos de cooperação internacional ampla, visando a paz e do desenvolvimento humano, foi a Liga das Nações, criada em 1919, sob o denominado Tratado de Versailles, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, porém, a sua existência deu-se até o início da Segunda Guerra Mundial, posto que não foi eficaz para impedir esse trágico episódio da história humana. O Tratado de Versailles instituiu também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que perdura até os dias atuais como agência da ONU voltada para a justiça social.

Dadas as contingências históricas do momento de fundação da ONU, a Carta de 1945 estabeleceu como objetivos da organização a preservação da paz, a afirmação da dignidade e dos direitos humanos e o reconhecimento da igualdade abstrata, e conforme se extrai do preâmbulo da Carta as nações estavam resolvidas:

[...] a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na

dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Em 10 de dezembro de 1948 a ONU estabeleceu um dos principais documentos de referência à proteção dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, que reconheceu os direitos essenciais dos cidadãos a que os Estados deveriam obrigar-se a cumprir.

Em dezembro de 1966 a ONU adotou dois pactos complementares à DUDH, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - DESC. O primeiro pacto estabeleceu obrigações negativas aos Estados Partes, ou seja, abster-se de praticar certas condutas que caracterizam arbitrariedades, enquanto que o segundo estabeleceu obrigações positivas, consistentes no compromisso de adotar políticas públicas protetivas ou de erradicação de desigualdades sociais. Assim, com a adoção da DUDH e desses dois pactos, a ONU estabeleceu a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O conjunto das normas estabelecidas nesses documentos versa sobre direitos essenciais como as liberdades individuais, igualdade, segurança, acesso à justiça com ampla defesa e contraditório, presunção da inocência, proteção da intimidade, direitos à nacionalidade, ao matrimônio e proteção da família, propriedade individual, liberdade de consciência e de crença, proteção do risco social, maternidade e infância, educação e acesso a cultura. Em suma, são os denominados direitos civis, políticos e sociais, presentes nas constituições modernas.

Pelo que se depreende dos textos da Carta da ONU e dos documentos da Carta Internacional, nesse primeiro momento, a ONU pautou suas ações a partir da concepção de sujeito universal, desenvolvida precedentemente nesta dissertação, como se todos os seres humanos do mundo fossem constituídos ou estivessem em condição cultural homogênea, ou melhor, pressupõe abstratamente uma igualdade de condições entre todos os homens.

O reconhecimento da “diferença” como instituidora de direitos no âmbito da ONU pode ser observado a partir da década de 60, período no qual se formalizaram

vários documentos internacionais relevantes para a temática da igualdade substancial, como

[...] a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006). (ONU, 2016b)

A tutela jurídica ao conhecimento tradicional associado é, assim, uma consequência da virada epistemológica que passou a reconhecer a diferença como legitimadora de direitos, por isso, a afirmação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade como um direito humano consubstanciou-se primeiramente na positivação de normas jurídicas internacionais que versam sobre a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais de minorias.

A discussão sobre a tutela jurídica à propriedade cultural e intelectual de comunidades tradicionais ganhou relevo no plano internacional a partir de debates acerca da questão indígena, especialmente em estudos realizados pela ONU, que em 1982 criou o Grupo Trabalho sobre Povos indígenas com o objetivo de debater e subsidiar o desenvolvimento dos direitos indígenas, inclusive o esboço de uma declaração de direitos dos povos indígenas para apreciação da Assembleia Geral da ONU. A primeira minuta foi apresentada em 1988, mas a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas deu-se apenas no ano de 2007.

Cabe lembrar que a questão indígena ganhou relevo internacional a partir do reconhecimento do direito à autodeterminação dessas populações, o que teve início com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - DESC, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966.

O direito à autodeterminação (econômica, social e cultural) dos povos constituiu um dos primeiros passos para o reconhecimento de direitos de natureza coletiva, vez que a autodeterminação é de fruição coletiva, conforme prescrito no artigo 1º do Pacto DESC. Além disso, a autodeterminação implica no respeito à forma de ser (organização social, política, cultural, etc.) de cada povo.

O Pacto sobre os DESC estabeleceu ainda, também no artigo 1º, o princípio do proveito mútuo e a proibição de privação aos povos de seus próprios meios de subsistência, como forma de estabelecer a equidade nas relações econômicas entre

os povos no que concerne à exploração de riquezas e recursos naturais.

Embora inovador no campo dos direitos humanos, o Pacto DESC de 1966 foi, na realidade, o prenúncio da norma internacional de maior relevância para defesa da autodeterminação de comunidades ou povos tradicionais, a Convenção nº 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, que versa sobre direitos dos povos indígenas e tribais, e foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril 2004.

No entanto, a Convenção nº 169 da OIT não abordou a tutela do conhecimento tradicional de forma específica, o que se deu somente a partir da Convenção da Diversidade Biológica - CDB, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, popularmente conhecida como ECO 92, a qual foi o marco jurídico da tutela desse bem coletivo, sobretudo, ao estabelecer a obrigatoriedade do consentimento prévio e da repartição de benefícios para acesso a CTA. Na realidade, o consentimento prévio foi um direito abordado e disciplinado primeiramente na Convenção nº 169 da OIT, e, por isso, apenas reforçado e especificado na CDB. No entanto, a repartição de benefício foi um direito reconhecido expressamente em relação aos CTA no texto da CDB, embora não disciplinado em seus pormenores, o que impôs a adoção posterior de documento que tratasse a temática como objeto específico, o Protocolo de Nagoia, que será abordado adiante.

Outro documento fundamental para tutela do conhecimento tradicional trata-se da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003, no âmbito da UNESCO, diploma esse internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006. A importância desse documento reside no fato de reconhecer o conhecimento e as práticas tradicionais associadas à biodiversidade como um "patrimônio cultural imaterial", conforme as seguintes definições da norma:

Artigo 2: Definições

Para os fins da presente Convenção,

1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. [...]
2. O "patrimônio cultural imaterial", conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.

Portanto, a ONU teve papel fundamental para tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais por diversas razões, primeiro, ao reconhecer o *status* de direito humano aos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial o direito a autodeterminação de povos indígenas e tradicionais; segundo, por reconhecer no texto da CDB a qualidade de direito humano aos direitos de propriedade coletiva decorrente dos CTA; terceiro, por estabelecer normas para repartição de benefícios a partir do Protocolo de Nagoia.

2.2.3 A inadequação do sistema de proteção da propriedade intelectual individual à tutela dos conhecimentos tradicionais

Como analisado anteriormente, os conhecimentos tradicionais são direitos de natureza coletiva, pois resultam de um processo coletivo de produção e aperfeiçoamento do saber sobre a biodiversidade de modo informal, “mediante ampla troca e circulação de ideias e informações, e transmitidos oralmente, de uma geração a outra” (SANTILLI, 2005, p. 210).

Ocorre que o sistema internacional de proteção da propriedade intelectual (patentes) foi estruturado para proteger inovações cuja titularidade é atribuída a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos determinados que exerçam seus direitos de propriedade de forma singular mediante cotas ideais sobre um determinado bem.

Para Moreira (2006, p. 101) os cenários que oferecem maior disputa são os relacionados com Propriedade Intelectual, especialmente no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) com o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), internalizado no ordenamento pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994; e também no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O Acordo TRIPS regulamenta a proteção da propriedade intelectual em nível global, e tem dois eixos: a propriedade industrial (patentes, marcas, indicações geográficas, etc.) e pelo direito de autor (obras literárias, científicas e artísticas). Note-se que o Acordo

TRIPS é posterior à CDB. O problema é que o Acordo foi baseado na lógica de merca do mercado e impede que os Estados possam impor restrições de concessão de direitos de propriedade, especialmente com base no sistema de acesso à biodiversidade, o que não se amolda perfeitamente para o caso do CTA.

De todo modo, o sistema foi estruturado a partir de premissas de um direito fundamentado em uma visão etnocêntrica que não contempla a propriedade coletiva como um direito a ser tutelado, vez que o direito de propriedade ocidental é, em sua concepção clássica, um direito de natureza individual, com oponibilidade *erga omnes*, pensado apenas para a fruição exclusiva do bem (material ou imaterial), e centrado nos aspectos patrimoniais e econômicos que o bem possa representar em uma dada relação jurídica ou social.

Essa concepção de propriedade não se adequa à concepção vivenciada pelas populações tradicionais, pois, como leciona Santilli (2005, p. 213), a ideia de direito de propriedade individual, que impede o acesso compartilhado do bem, é alheia e antagônica aos valores que sustentam a vida coletiva das comunidades tradicionais, pois nessas sociedades o saber e os bens são partilhados comunitariamente, sem monopólios ou restrições. Além disso, o sistema de patentes protege apenas as invenções que tenham aplicação industrial direta, o que não ocorre com muitos conhecimentos tradicionais.

Por outro lado, o acesso ao conhecimento tradicional nem sempre ocorre de maneira direta, pois, na realidade, conforme esclarece Santilli (2005, p. 196), o CTA “[...] inclui toda informação o útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica.”

Por isso, a proteção ao conhecimento tradicional deve incidir sobre o acesso a toda informação útil à identificação de princípios ativos, o que deve ser precedido do consentimento esclarecido de seus detentores, e também sobre a sua utilização ou exploração comercial, o que deve ser feita mediante mecanismos de repartição de benefícios, sob pena de violação de normas de direitos humanos.

Outro ponto antagônico do sistema de patentes em relação aos conhecimentos tradicionais é temporariedade da proteção do conhecimento intelectual, pois, como destaca Santilli (2005, p. 211-212)

Impossível definir um marco temporal de vigência para quaisquer direitos intelectuais sobre conhecimentos tradicionais, cuja origem exata no tempo

difícilmente poderá ser precisada, e que serão transmitidos, de forma também indefinida no tempo, para outras gerações. O monopólio conferido pelos direitos de propriedade intelectual contraria também a essência do processo de geração de conhecimentos tradicionais, a partir do livre intercâmbio de sementes, e outros materiais biológicos e informações entre comunidades locais e tradicionais.

Desse modo, é possível compreender que a tutela jurídica aos conhecimentos tradicionais via sistema de patentes apresenta muitos pontos de estrangulamento do direito coletivo das comunidades tradicionais. Aliás, o sistema de proteção da propriedade intelectual individual tem se apresentado como um instrumento legitimador do acesso indevido aos conhecimentos tradicionais, como pontua Santilli (2005, p. 204-205)

Desta forma, há uma apropriação indevida e injusta – e coibida pela Convenção da Diversidade Biológica – de um recurso que pertence a outro país e às suas comunidades locais, através do uso de um instrumento legal – o direito de propriedade intelectual, principalmente a patente – consagrado pelas legislações nacionais e internacionais. Concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental, e para atender principalmente às necessidades das sociedades industriais, os direitos de propriedade intelectual têm permitido a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva.

Assim, as normas de direitos humanos, em especial a Convenção nº 169 da OIT, a Convenção da Diversidade Biológica e o Protocolo de Nagoia, objetivam estabelecer a equidade nas relações entre os países provedores da sociobiodiversidade e os países usuários desta e os detentores da biotecnologia, por isso, a partir desses documentos pode-se delinear um sistema *sui generis* adequado às peculiaridades que a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade requer.

2.2.4 A formação de um sistema 'sui generis' de tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais a partir de normas internacionais de direitos humanos

Diante da inadequação da tutela jurídica do CTA, a partir do sistema de proteção da propriedade intelectual individual, se faz imperioso refletir sobre a estruturação de um sistema *sui generis* de tutela a esse bem coletivo.

Esse sistema se estrutura a partir de diversas normas de direito internacional que incidem sobre a tutela jurídica de bens culturais e ambientais, com o reconhecimento da relevância das populações tradicionais para a manutenção do

equilíbrio ambiental, a partir de práticas culturais peculiares de manejo dos recursos naturais.

O estabelecimento de normas específicas para proteção dos direitos intelectuais coletivos de populações tradicionais em face da inadequação do sistema de patentes individuais é marca do novo paradigma da contemporaneidade, que consiste em reconhecer a diferença como critério para legitimar a instituição de direitos, conforme destaca Míriam de Fátima Chagas (2012, p. 258).

Aliás, sob a ótica da ciência do direito, essa alteridade é também epistemológica, na medida em que se passou a reconhecer que o universo do direito é limitado para apreender toda a complexidade dos fenômenos e conflitos sociais que demandam solução mediante intervenção jurídica, impondo a necessidade de diálogo do direito com outros campos do saber, como mecanismo de ampliação da capacidade hermenêutica. Esse novo paradigma propiciou a ruptura com o sistema jurídico arquitetado para tutela de direitos individuais e possibilitou o reconhecimento de novas demandas sociais e jurídicas, agora de natureza coletiva.

A efetivação dos direitos coletivos requer, no entanto, a superação da dicotomia Estado-Indivíduo como forma de garantir a qualificação do sujeito coletivo e a visibilidade de seus direitos, como pontua Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1999, p. 31), ao falar da história e da invisibilidade dos direitos coletivos,

Ou o poder era do Estado, que garantia a realização dos direitos individuais, ou o poder era do indivíduo que, garantido pelo Estado, exercia seus direitos individuais. Qualquer ser impessoal que se estabelecesse como intermediário, rompia a dicotomia, quebrava a unidade, conseqüentemente, a lógica do sistema. Por isso mesmo os direitos coletivos são invisíveis ainda hoje. Cada vez que são propostos ou reivindicados, é desqualificado seu sujeito.

Esse novo paradigma impulsiona “o campo do direito a pensar a esfera da moralidade como fundante de semânticas coletivas reivindicativas de justiça” (CHAGAS, 2012, p. 266), ou seja, os princípios jurídicos de defesa da dignidade humana (estabelecidos a partir de uma dimensão individual do sujeito de direito) devem ser repensados para a defesa dos direitos intelectuais coletivos de grupos sociais com identidade particular ou diferenciada em relação ao contexto geral.

Ao tratar da tensão teórica entre universalismo e particularismo no campo dos direitos humanos, Sousa (2001, p. 56) esclarece que

A partir de então, preservar a identidade particular de um povo sem que isso implique em legitimação da desigualdade social torna-se um imperativo ético no pensamento antropológico contemporâneo. Reconhecer a

legitimidade da persistência da diferença cultural é, assim, uma importante contribuição do discurso antropológico para pensar a sofisticação de novos direitos humanos – como os direitos culturais e de autodeterminação dos povos –, os quais nem sequer estavam presentes nas primeiras afirmações de direitos universais no século XVIII. [...]

A crítica a uma razão abstrata unívoca operada por novos sujeitos sociais tornou necessária a reformulação dos próprios fins do direito, o qual teve de atentar para a evidência de outras “sensibilidades jurídicas”, para usar uma expressão de Geertz (1997), enraizadas em outros costumes, oriundas de particularidades histórico-culturais e não de ideias abstratas de justiça elaboradas por uma suposta “razão universal”.

Sem sombra de dúvidas, as demandas coletivas sempre existiram, ocorre, no entanto, que foram silenciadas, mas passaram a ecoar nos espaços públicos e privados a partir da consolidação dos direitos humanos. Em suma, o processo de expansão dos direitos humanos deu voz às demandas de sujeitos coletivos, antes invisíveis.

Este é o contexto no qual se insere a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, pois, o reconhecimento de determinado direito como um direito humano equivale a reconhecer-lhe o seu caráter antiopressivo, contraegemônico, ou como aponta Bobbio (2004, p. 20)

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar.

Desse modo, o estabelecimento de um sistema *sui generis* de tutela dos conhecimentos tradicionais se insere no contexto dessa nova fase dos direitos humanos que pretende estabelecer mecanismos específicos de tutela da diferença como forma de se garantir a igualdade material entre todos e, por isso, revivificar os direitos humanos como possibilidade de reconhecimento da dignidade de todos.

Assim, esse sistema *sui generis* tem por base diversas normas adotadas pela ONU e suas agências para tutela de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, conforme se verá a seguir.

2.3 As obrigações estatais de tutela dos conhecimentos tradicionais decorrentes das normas internacionais de direitos humanos

2.3.1 As obrigações estatais decorrentes da Convenção nº 169 da OIT

A Convenção nº 169 da OIT foi um dos marcos para a tutela de direitos de povos indígenas e tradicionais³, representa um mecanismo de inclusão destas populações, pois, de maneira geral, estabeleceram-se vários direitos aos povos tradicionais e obrigações aos governos, consistentes em prestações negativas (garantia das liberdades fundamentais) e positivas (instituição de políticas sociais de promoção da igualdade).

A Convenção contemplou em seu texto vários avanços, de natureza teórica, política e jurídica. Do ponto de vista teórico, abandonou-se a tese do assimilacionismo, que vislumbrava o fenômeno da assimilação cultural, de maneira que os povos indígenas e tribais abandonariam paulatinamente suas culturas em razão do convívio com a sociedade envolvente, passando a adotar o modo de vida desta, como se houvesse uma só nação. Assim, passou-se a admitir o multiculturalismo como perspectiva teórica e também jurídica e política.

A Convenção nº 169 estabeleceu vários direitos aos povos tradicionais, e alguns merecem destaque por serem correlatos à proteção dos conhecimentos tradicionais:

- a) o direito à autodeterminação étnica, religiosa, política e econômica dos povos tradicionais;
- b) o direito de consulta prévia sobre quaisquer medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar os direitos dos povos tradicionais;
- c) o respeito ao direito consuetudinário (valores, práticas e instituições) destes povos, ou seja, seja legitimação do pluralismo jurídico;
- d) o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam e aos recursos naturais existentes em suas terras;
- e) a participação nos benefícios decorrentes das atividades de exploração de recursos naturais em seus territórios;

Esses direitos representam, por outro lado, obrigações a serem cumpridas pelos Estados e particulares frente a essas populações.

Igualmente, sob pena de violação de direitos humanos, cabem ainda aos

³ No texto da Convenção 169 a denominação utilizada Povos Indígenas e Tribais, no entanto, as comunidades tradicionais podem ser incluídas nesta última categoria, pois o texto normativo faz referência a povos cujas “[...] 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.”

Estados observar as seguintes obrigações:

a) desenvolver ações coordenadas, com a participação dos povos interessados, vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade (física, moral e patrimonial);

b) promover o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades outorgados aos demais membros da população;

c) promover a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos;

d) estabelecer meios de livre participação em espaços públicos responsáveis por políticas ou programas que lhe sejam concernentes;

Esses direitos e obrigações representam medidas essenciais para proteção dos direitos intelectuais coletivos das populações tradicionais e, por consequência, mecanismos de inclusão dessas populações na medida em que objetivam a igualdade substancial entre todos os povos.

2.3.2 As obrigações estatais decorrentes da Convenção da Diversidade Biológica

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) é um dos principais documentos internacionais que versam sobre a tutela jurídica do CTA, pois foi a partir dela que a temática ganhou relevo nos planos jurídico, acadêmico, econômico e político.

A CDB representou um novo estágio da proteção ambiental, pois, transcendeu a noção de meio ambiente apenas enquanto bens ambientais materiais, consolidada na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, e passou a incorporar a noção de bens ambientais imateriais, como diversidade étnica, as práticas culturais e a memória, por exemplo. Em outras palavras, a CDB incorporou ao conceito de meio ambiente a noção de etnobiodiversidade, que corresponde ao domínio cultural da natureza, fruto da interação do homem com esta.

A CDB sustenta-se em três pilares, conforme se extrai do seu artigo 1, ao prescrever como objetivos da convenção “[...] a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos [...]”.

A proteção dos conhecimentos tradicionais sustenta-se em todos os pilares da CDB, pois, por um lado, reconhece-se a importância das tecnologias de manejo da biodiversidade desenvolvidas pelas populações tradicionais como fator de conservação e utilização sustentável dos recursos naturais, por outro, afirma-se que a utilização dessas tecnologias para fins de exploração comercial ou científica deve ser recompensada enquanto serviços ambientais, vez que há uma estreita relação de dependência dos recursos naturais e o estilo de vida dessas populações.

Nessa esteira, a CDB estabeleceu o principal dispositivo que fundamenta a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais, conforme se depreende do texto do seu artigo 8, alínea j:

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;

Esse dispositivo implica no direito/dever de realização de acesso ao CTA somente mediante consentimento prévio e, após o acesso, a repartição equitativa dos benefícios. Trata-se de obrigação dirigida primeiramente aos Estados, que devem zelar pela proteção dos direitos das populações tradicionais, e posteriormente dirigida também aos particulares que pretendam acessar o CTA.

Desse modo, alicerçada no princípio da soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, a CDB estabeleceu várias regras ao acesso a recursos genéticos entre os Estados Parte, de modo que cabe transcrever os seguintes dispositivos da norma internacional:

Artigo 15
Acesso a Recursos Genéticos
[...]

5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.

6. Cada Parte Contratante deve procurar conceber e realizar pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos providos por outras Partes Contratantes com sua plena participação e, na medida do possível, no território dessas Partes Contratantes.

7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte

Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo.

No mesmo sentido, a CDB estabeleceu ainda outras normas sobre acesso à tecnologia e transferência de tecnologia, intercâmbio de informações e cooperação técnica e científica.

Portanto, a CDB representa o divisor de águas da tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais, pois reconheceu o direito intelectual coletivo das populações tradicionais incidente sobre esses conhecimentos. Acomo um direito humano e, além disso, estabeleceu obrigações aos Estados Parte na proteção desse direito.

2.3.3 As obrigações estatais decorrentes do Protocolo de Nagoia

Embora a CDB represente o principal documento para tutela dos CTA, ocorre que a mesma deixou de tratar de forma minudente o pilar da repartição justa e equitação dos benefícios decorrentes do acesso a recursos genéticos e a conhecimentos tradicionais associados.

Assim, para concretização desse objetivo, as Partes Contratantes firmaram diversos atos multilaterais posteriores à CDB, dentre os quais se insere o Protocolo de Nagoia, que é fruto da 10ª Conferência das Partes, ocorrida em 2010 em Nagoia, no Japão, cujo texto tem por finalidade implementar normas sobre acesso aos recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de seu uso.

O Protocolo de Nagoia representa um marco para a gestão ambiental internacional, pois pretende regulamentar e proteger o fluxo do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, de maneira que a conservação da biodiversidade realizada por comunidades tradicionais represente um ativo a ser compensado com recursos monetários e não monetários, garantindo o desenvolvimento socioambiental das comunidades provedoras de conhecimentos e patrimônio genético. Em suma, a proteção da biodiversidade promovida por comunidades tradicionais deve ser reconhecida como um serviço ambiental prestado a todos.

Vale salientar que o referido acordo tem natureza de norma vinculante, no

entanto, embora o Brasil tenha assinado o documento em 2011, ainda não procedeu à sua internalização no ordenamento jurídico nacional, pois o documento foi submetido ao Congresso em 12 de junho de 2012 para ratificação, mas até o momento o procedimento não foi concluído.

Antes da CDB o que vigorava era o “princípio do livre acesso aos recursos genéticos”, naturalmente sem qualquer compromisso de repartição de benefícios, o que ficou evidenciado nas civilizações pré-modernas, e teve aumento exponencial com as grandes navegações e revolução industrial (GROSS, 2013, p. 11).

Modernamente, o livre acesso tornou-se um problema de grandes proporções e complexo, pois envolve a soberania de países e o respeito a direitos de comunidades locais, questões tratadas no artigo 15 da CDB. A questão é encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos dos provedores e os interesses dos usuários, que se escudam nas leis e no sistema internacional de proteção de propriedade intelectual para usufruir sozinhos os benefícios advindos da exploração econômica de recursos genéticos e CTA.

Gross (2013, p. 11) contextualiza o conflito da seguinte forma

No entanto, a crescente tendência para restringir o acesso aos produtos derivados de tais recursos, desenvolvidos por reprodutores de plantas e animais ou fabricantes industriais, por meio de sistemas de proteção da propriedade intelectual, resultou em uma situação na qual os países que fornecem os recursos genéticos não obtinham nenhum benefício pela conservação desses recursos e por ter possibilitado o acesso a eles. Se quisessem usufruir dos benefícios dos novos produtos desenvolvidos a partir desses recursos precisavam adquiri-los pela via comercial, pagando o preço de mercado.

Dessa maneira, a CDB estabelece duas condições para o acesso aos recursos genéticos, o consentimento prévio e a repartição justa e equitativa de benefícios.

As disposições da CDB representaram, assim, um grande avanço na proteção da sociobiodiversidade, contudo, o terceiro objetivo da Convenção demandava aprofundamento, pois suas disposições careciam de eficácia quanto ao conjunto de obrigações dos usuários (GROSS, 2013, p. 16), especialmente no que concerna a inexistência de um regime internacional de acesso e repartição de benefícios, o que fragilizava tanto o consentimento prévio quanto a repartição de benefícios quando se tratava de bioprospecção internacional.

Essa necessidade de aprofundamento da CDB deu origem ao Protocolo de

Nagoia de 2010, que foi o resultado de negociações iniciadas na Conferência das Partes de 2004 e 2006, com vistas a estabelecer um regime internacional sobre acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da sua utilização, por isso pode ser considerado um acordo histórico gestão ambiental internacional. Ao explicar o tratado estabelecido em Nagoia, Gross (2013, p. 19) esclarece que

É o primeiro tratado ambiental multilateral a estabelecer um sistema comercial global para investimento, pesquisa e desenvolvimento na composição genética e bioquímica dos organismos vivos. Com o tempo, este tratado pode tornar-se um elemento chave para facilitar o crescimento da bioeconomia.

O Protocolo é importante pelo fato de explicitar as obrigações e responsabilidades das Partes, por estabelecer a sua aplicabilidade a todas as Partes e, com isso, dar efetividade a tal almejada segurança jurídica, tanto para provedores quanto para usuários dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados.

Conforme Gross (2013, p. 21), o Protocolo de Nagoia “irá ajudar a reforçar a capacidade dos povos indígenas e povos e comunidades locais de se beneficiarem do uso de seus conhecimentos, inovações e práticas.” Para esse intento,

“As Partes do Protocolo de Nagoia deverão tomar medidas para garantir que o acesso só ocorra com o consentimento prévio e fundamentado dessas comunidades e quando os termos de repartição justa e equitativa dos benefícios estiverem acordados, levando em conta as leis e procedimentos consuetudinários, bem como o uso e troca tradicionais de recursos genéticos.” (GROSS, 2013, p. 21)

2.3.4 O compromisso estatal de efetivação dos tratados internacionais no plano interno

A primeira questão que se apresenta está relacionada com a tensão entre o direito interno e o direito internacional, ou seja, se há uma ou duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. É a discussão entre o dualismo e monismo jurídico.

Para o dualismo há duas ordens autônomas e independentes, a interna e a internacional, sobretudo, por terem fundamento de validade e destinatários distintos.

Para o monismo haveria apenas uma ordem, mas cabe esclarecer que esta teoria tem duas variantes, uma que sustenta a primazia o direito interno e, a outra, a primazia do direito internacional.

No primeiro caso, considera-se o Estado como tendo uma soberania absoluta, que não se submetendo a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Desse modo, o direito internacional decorre da autolimitação do próprio Estado e tem como fundamento de sua obrigatoriedade o próprio direito interno.

No segundo, a soberania estatal deve sujeitar-se à ordem internacional por uma necessidade vital para garantia da estabilidade sistêmica e, assim, evitar conflitos no âmbito internacional.

A discussão sobre monismo e dualismo torna-se relevante em razão do tratamento dado aos tratados de direitos humanos, pois, podem se recepcionados como meros “termos de compromisso” ou propriamente como *jus cogens*, ou seja, norma vinculante.

A proteção desses direitos não pode se limitar apenas ao âmbito dos Estados, mas, quando desrespeitadas, ultrapassar o âmbito nacional e ganhar proteção internacional.

Deve-se ressaltar que a partir do momento que um Estado adere a um tratado internacional ele deve garantir o cumprimento do trato e não da norma interna, em razão do princípio da boa-fé.

Contudo, consolidar os direitos humanos implica, conforme se depreende de Bobbio (2004:37-38), encarar o problema do “desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito à autoridade internacional no plano externo”, ou seja, garantir a eficácia desses direitos.

Isso implica em legitimar uma jurisdição internacional acima das nacionais, de modo que se passe da “garantia dentro do Estado para a garantia contra o Estado”.

As dificuldades ultrapassam o plano procedimental de aplicabilidade (jurídico-político) para alcançar o plano substancial desses direitos, ou seja, o conteúdo jurídico, que demonstrará que não há valor absoluto, de maneira que a efetivação de um direito poderá implicar na supressão de outro.

Assim, como leciona Bobbio (2004:44), “a maior efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Desse modo, ao integrar a comunidade internacional, o Brasil assume o

compromisso, decorrente do princípio da boa-fé, de adotar e aplicar os documentos internacionais de tutela da sociobiodiversidade, incluso nesse rol a proteção jurídica dos direitos intelectuais coletivos de populações tradicionais, consubstanciados nos conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade.

3 O SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

3.1 Fundamentos teóricos da normatividade dos princípios jurídicos

Os princípios caracterizam-se por apresentar a configuração de espécie normativa, ao lado das regras. Para atingir o *status* de norma aplicável à solução de casos concretos os princípios passaram por um processo de evolução teórica, que compreende as diferentes e sucessivas concepções expressadas no campo doutrinário sobre a natureza normativa dos princípios.

Inicialmente, reconhece-se os princípios como normas providas de um elevado nível de generalidade; posteriormente, normas com um alto grau de indeterminação, cuja aplicação em conflitos reais se dá por via interpretativa; em seguida, normas de carácter programático, estabelecendo apenas ideais a atingir, mas sem vinculação com a efetivação concreta; por último, sob o prisma das fontes jurídicas, representam normas com alto grau de elevação hierárquica.

Os princípios foram concebidos também como normas estruturantes dos sistemas jurídico e político, ou seja, direccionadas aos órgãos de criação normativa, e, por último, normas a disciplinar o agir dos órgãos de execução e aplicação das normas, com o escopo de orientar a escolha dos dispositivos ou as normas aplicáveis em diversos casos.

O quadro teórico da evolução da concepção de princípio tem como eixo comum a normatividade, ainda que com enfoques diferentes a partir das correntes teóricas do jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo.

Na concepção jusnaturalista os princípios encontram-se num plano abstrato e ausente de normatividade, vez que representa uma perspectiva ético-valorativa, própria dos ideais de Justiça. Del Vecchio, citado por Bonavides (2007, p. 260), defendeu que os princípios gerais do direito eram princípios de direito natural, em sentido diverso do que postulavam vários pensadores, que associavam os princípios gerais ao positivismo. No mesmo sentido está Flóres-Valdés, citado por Bonavides (2007, p. 261), entendendo que o jusnaturalismo concebe os princípios gerais de direitos como axiomas jurídicos ou normas estabelecidas objetivamente pela reta razão, como decorrentes da lei divina e ou da natureza humana.

Para o positivismo jurídico o reconhecimento do caráter normativo dos princípios decorre do fato de estarem prescritos nos textos legais provenientes do Estado, mesmo que concebidos como fontes normativas secundárias ou auxiliar. O valor dos princípios não se extrai de uma abstração (direito natural), mas das leis do próprio sistema jurídico. Nesse sentido, Bobbio (1999) defende os princípios como normas mais gerais do sistema, porém normas como todas as demais.

Bobbio (1999) aponta cinco critérios que diferenciam as normas gerais (princípios) em relação as normas não-gerais (regras, leis) de um ordenamento jurídico: 1) os princípios são apenas normas com caráter de maior generalidade; 2) são normas fundamentais, a base sobre a qual o sistema ou ordem jurídica não poderia subsistir como mantenedora das relações da vida social; 3) são normas diretivas; 4) são normas indefinidas; 5) são normas indiretas.

Na perspectiva pós-positivista, que tem seu expoente em Ronald Dworkin (1999, 2002), tanto os princípios como uma regra positiva impõem obrigação legal. Esse jurista opôs-se teoricamente aos principais pensadores do positivismo jurídico anglo-saxão e fundamenta-se, primeiramente, em reconhecer os direitos individuais liberais como elementos fundantes da lei, posteriormente, em situar esses direitos individuais no âmbito das concepções da teoria política liberal, para, então, estruturar uma concepção teórica do direito relacionando estes dois temas anteriores. Por essa vertente teórica, ao analisar as alternativas positivistas para a solução dos casos difíceis deve o juiz orientar-se pelas normas, diretrizes políticas e princípios.

No âmbito constitucional, o reconhecimento da força normativa dos princípios revigorou tanto a teoria quanto a prática constitucional, e nesse sentido, leciona Carlos Teodoro Irigaray (2009, p. 95) que “a preeminência dos princípios tem sido saudada pelo constitucionalismo como um verdadeiro oxigênio das Constituições.” A normatividade dos princípios alçou *status* constitucional a partir das teorias apresentadas no final do século XX, destacando-se Jean Boulanger, Emilio Betti, Karl Larenz e Eberhard Grabitz, Joseph Esser, Vezio Crisafulli, Fridrich Müller, Ronald Dworkin e Robert Alexy. (BONAVIDES, 2007, p. 266-278)

Jean Boulanger, citado por Bonavides (2007, p. 266-268), propôs uma teoria com fundamento nos princípios, contudo, diferenciando as generalidades da norma-regra e da norma-princípio, de maneira que a primeira é considerada geral ao ser

imposta para atos ou fatos indeterminados, porém é específica ao vincular-se a uma situação jurídica previamente estabelecida na lei. Por outro lado, um princípio é geral pela possibilidade indeterminada de aplicações, viabilizando elevado número de soluções que requer a prática. Desse modo, a generalidade constitui-se como categoria comum tanto a regra como ao princípio, distinguindo-se apenas pelo campo de abrangência dessas normas.

A posição de Emilio Betti, referenciado por Bonavides (2007, p. 268-270), apresenta-se como ambígua, pois demonstra a inspiração ao positivismo dos séculos XIX e início do XX, mas com influência do pós-positivismo. Em sua perspectiva positivista, não defende o caráter normativo do princípio, mas apenas a possibilidade de servir de critério de avaliação à regra positivada, em razão de apresentar carga mais elevada de conteúdo axiológico que a regra. Além disso, reputa fracassada a tradução dos princípios à normatividade. Por outro, demonstra influências pós-positivistas ao discorrer sobre as funções dos princípios e utilizar termos como critérios diretivos, critérios programáticos, termos que indicam função prescritiva não divergente da mesma função das normas.

Karl Larenz e Eberhard Grabitz, citados por Bonavides (2007, p. 270-272), compreendem os princípios como normas abertas passíveis de preenchimento conforme o contexto de aplicação. Joseph Esser, segundo Bonavides (2007, p. 271), reconhece os princípios como normas, pois são eficazmente incorporados nas instituições, ou seja, o princípio aplica-se normativamente, incorpora-se ao sistema normativo, e apresenta-se como marco inicial para solução judicial de um conflito.

Vezió Crisafulli, conforme Bonavides (2007, p. 273), reconhece o caráter normativo dos princípios e compreende nestes uma dupla eficácia, a imediata e a mediata ou programática. Assim, princípio é toda norma jurídica considerada como determinante de outra que lhe é subordinada, que posteriormente desenvolverá e especificará os sentidos dos preceitos para casos particulares. Nesta perspectiva, os princípios são tanto normas escritas quanto não escritas das quais derivam as normas particulares (escritas e não escritas), sendo que pelo caminho inverso, também se chega aos princípios.

Friedrich Müller, citado por Bonavides (2007, p. 276), e Ronald Dworkin (1999, 2002) apresentam concepções teóricas de ruptura com o positivismo kelseniano, pois propõem uma concepção de Direito fundamentada na força

normativa dos princípios, de modo a transpor o formalismo de Hans Kelsen. Ambos reconhecem os princípios como normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos códigos e, por isso, providos de imperatividade maior e com eficácia suprema.

Pérez Luño (2012, p. 15-16) informa que as empreitadas teóricas realizadas no sentido de se questionar a teoria de Kelsen são “pouco eficazes e convenientes quando pretendem desvirtuar ‘de dentro’; quer dizer, dos próprios postulados informadores de sua tese e das inferências que dela emanam.” Por outro lado, a teoria de Kelsen é uma teoria do direito positivo, mas os Estados contemporâneos se valem também de outras fontes de normatividade.

Robert Alexy, segundo por Bonavides (2007, p. 277-279), trata os princípios como espécies do gênero normas, que se subdivide então em regras e princípios. A distinção entre ambas se baseia em vários critérios, como o mais comum que é o da generalidade. Enquanto os princípios apresentam elevado grau de generalidade relativa, as regras têm baixo grau de generalidade. Além do grau de generalidade, se distinguem também pela qualidade, vez que os princípios são mandamentos de otimização cuja característica reside em poder ser efetivados em distintos graus sob os quais a aplicabilidade não depende apenas de possibilidade fática, mas também jurídica.

A construção teórica de Robert Alexy, citado por Bonavides (2007, p. 277-279), apresenta-se mais nítida quando se discute a colisão de princípios e o conflito de regras, pois, no primeiro caso resolve-se pela dimensão de valor, e no segundo pelo âmbito de validade. No caso de conflito de regras, uma tende a ser declarada inválida, já a colisão de princípios não implica em tornar um princípio inválido, pois se resolve pela ponderação de qual tem maior peso no caso concreto a ser aplicado.

Os princípios possuem dimensões funcionais que permitem ao aplicador maior amplitude interpretativa para a solução dos fatos-problemas. Essas dimensões se caracterizam por serem a) fundamentadoras, porque se constituem a base da ordem jurídica tendo eficácia derogatória e diretiva, b) orientadoras e interpretativas, c) supletivas, pois servem de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume, d) integrativas, pois é máxima a sua aplicação, e) limitativa. (BONAVIDES, 2007, p. 284)

Para Canotilho (2003) são duas as categorias de princípios constitucionais

positivados: 1) político-constitucionais, são as normas que traduzem as opções políticas fundamentais formadoras da Constituição (art. 1º ao 4º); e, 2) jurídico-constitucionais, são as normas que traduzem princípios gerais informadores da ordem jurídica nacional, são desdobramentos dos princípios fundamentais.

A categorização dos princípios fundamentais tem por berço a classificação multifuncional de Georg Jellinek. A partir da posição que o indivíduo ocupa em determinado estado Jellinek rascunhou quatro situações jurídicas (*status*) às pessoas como sujeito de deveres ou titular de direitos.

No primeiro, *status subjectiones*, a pessoa encontra-se subordinada aos poderes do estado, sendo apenas detentora de deveres e não de direitos. O estado vincula a pessoa juridicamente por meio de mandamentos e proibições. No segundo, *status negativus*, o poder estatal é juridicamente limitado, pois qualquer pretensão estatal tem de ser fundada juridicamente, tornando o estado fático de liberdade num estado juridicamente reconhecido. No terceiro, *status positivus*, ao indivíduo assegura-se juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais, exigindo determinadas ações positivas (direito social). Finalmente, na quarta situação, *status activus*, é garantido ao cidadão a participação ativa na formação da vontade estatal. (SARLET, 2006)

Na classificação de José Afonso da Silva (2010, p. 94), há na CRFB/1988 princípios e direitos fundamentais relativos: à existência, forma, estrutura e tipo de Estado (art. 1º); à forma de governo e organização dos poderes (arts. 1º e 2º); ao regime político - cidadania, dignidade da pessoa, pluralismo, soberania popular (art. 1º parágrafo único); à organização da sociedade - livre organização social, convivência justa, solidariedade (art. 3º, I); à prestação positiva do Estado – independência e desenvolvimento nacional (art. 3º, II), justiça social (art. 3º, III), não discriminação (art. 3º, IV); à comunidade internacional – autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade dos Estados, cooperação entre os povos, direitos fundamentais da pessoa humana (art. 4º)

Para Miranda (2002), a função ordenadora desses princípios e direitos fundamentais tem ação imediata quando diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem relações político-constitucionais. A imediatidade dos princípios reside na sua atuação de integração ou interpretação das normas, posto ser eles os propiciadores da coerência geral à ordem ou sistema jurídico. Canotilho

(2003) observa que as normas que compõem os princípios constitucionais têm relevância jurídica diversas, pois algumas são normas-sínteses e outras são normas-matrizes (soberania popular, separação dos poderes).

Vale registrar que o sistema ou regime de proteção dos conhecimentos tradicionais tem sua base de sustentação na normatividade principiológica estabelecida pela CDB e, posteriormente, reforçada nas Diretrizes de Bonn e no Protocolo de Nagoia, especialmente no concerne aos valores da justiça e da equidade que se apresentam como norteadores das relações jurídicas socioambientais de comunidades tradicionais, conforme análise de Moreira (2006, p. 105-107).

3.2 A dignidade humana como fundamento da proibição do retrocesso

Conceituar a dignidade humana não é tarefa fácil, tanto o é que várias correntes científicas (jurídicas e extrajurídicas) intentaram esse feito. A compreensão desse conceito passa especialmente por concepções de natureza teológica, filosófica e jurídica.

No campo teológico, associa-se a dignidade à tradição judaico-cristã, para a qual o homem se caracteriza como imagem e semelhança de Deus, por isso, dotado de um valor absoluto e infinitesimal, cabendo ao Estado apenas reafirmar esse preexistente direito que é a dignidade.

Filosoficamente, a dignidade tem suas raízes no pensamento filosófico da antiguidade clássica grega, mas se consolida com o pensamento iluminista, sobretudo, com Kant em sua obra *Metafísica dos Costumes*, para o qual o homem é considerado um fim em si mesmo, o que é o grande fundamento de sua concepção de dignidade humana.

No campo das teorias jurídicas, a construção de um conceito de dignidade enquanto instituição jurídica é relativamente breve, como aponta Kirste (2013, p. 176), pois inicia-se no século XX após as duas grandes guerras de 1915 e 1945, como forma de coibir a barbárie, por isso, o instituto inicia sua “procissão triunfal através dos textos do Direito Internacional, Declarações de Direitos Humanos e Constituições.”

Barroso (2016, p. 14) aponta que o conceito de dignidade remonta à Roma

antiga, no entanto, até o século XVIII, o sentido de dignidade estava associado a um *status* social superior, decorrente de cargo ou classe social ocupada, implicando na realidade em privilégios a seletas pessoas, o que não coaduna com o sentido atual da expressão, embora esta se baseie em concepções religiosas e filosóficas tão antigas quanto à romana. A concepção atual compreende o homem como um ser de valor intrínseco e de posição especial no universo (seja pela imagem e semelhança ao criador, seja pela capacidade de autodeterminar-se), sendo que a origem (paralela à anterior) desse pensamento é encontrada na filosofia clássica da Grécia, mas tem como marcos históricos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial.

Analisando o desenvolvimento do conceito de dignidade é possível perceber uma similitude com o desenvolvimento das diferentes concepções sobre direito, fruto do influxo dos mesmos movimentos históricos (judaico-cristão, Iluminismo e pós-guerra de 1945) e que deram origens às principais correntes teóricas do direito, quais sejam: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

A dignidade humana representa o valor moral e espiritual que é próprio a todo humano, por isso, constitui um dado prévio, um valor anterior a qualquer ordenamento jurídico, como aponta Sarlet (2013, p. 20-23). Por outro lado, o autor aponta que a dignidade só faz sentido dentro de um contexto de intersubjetividade e pluralidade, ou seja, ela adquire reconhecimento nas relações interpessoais, na medida que impõe o mútuo respeito a todos os membros da coletividade em razão de suas qualidades intrínsecas.

Desse modo, embora se reconheça a dignidade como um dado prévio ou intrínseco a toda pessoa, o seu caráter relacional implica que a efetivação desse valor no contexto da sociedade política resulta de um processo histórico, em outras palavras, o reconhecimento de direitos ou interesses que devem ser protegidos como suporte da dignidade pressupõem uma trajetória de lutas políticas, aliás, é nesse sentido que se pode falar em gerações de direitos fundamentais.

Logo, anular ou restringir direitos fundamentais (sustentáculos da dignidade humana) representa retrocesso histórico, político e jurídico.

Afirmar o caráter relacional da dignidade humana tem como consequência admitir que a concepção de dignidade está sujeita às influências culturais da sociedade na qual se pretende reconhecê-la ou efetivá-la, o que “impõe o

estabelecimento de um diálogo intercultural”, conforme Boaventura Santos, citado por Sarlet (2013, p. 38), no intento de ampliar a consciência da incompletude de ambas culturas e, por consequência, dos próprios postulados normativos que pretendem traduzir a concepção de dignidade em cada cultura.

Häberle (2013, p. 45-46; p. 83-85) aponta que o Estado constitucional se fundamenta nos valores conexos da soberania popular e da dignidade humana. Por essa razão, desenvolveu o argumento de que a dignidade humana é fundamento da comunidade estatal, pois a cláusula da dignidade nos textos constitucionais é um tema típico e central dos Estados Constitucionais e, além disso, expressa as suas premissas antropológico-culturais. Igualmente, trata-se também de fundamento dos diversos diplomas de direito internacional, conforme se extrai, por exemplo, da Carta das Nações Unidas de 1945, da Declaração Universal de 1948, dos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da Convenção da Diversidade Biológica, a Convenção 169 da OIT, e de tantos outros diplomas.

A dignidade humana tem caráter emancipatório, por isso, apresenta-se como valor mais elevado ou supremo do ordenamento jurídico, Häberle (2013, p. 54-56). No entanto, o autor aponta que antes de ser reconhecida como valor jurídico a dignidade humana passou do pensamento puro ou filosófico para a prática jurídica, a partir da contribuição de autores como Pufendorf, Kant, Lassalle e Proudhon.

Starck (2013, p. 200-201) sustenta que a dignidade não é propriamente um direito, mas sim a base dos direitos fundamentais, por isso, trata-se de um conceito de Direito Constitucional, ainda que suas raízes ou conceituações científico-espirituais sejam diversas (cristãs, humanista-iluministas, marxistas, teórico-sistemáticos e behavioristas). Starck (2013, p. 209) elucida que

Essa afirmação deve ser complementada no sentido de que também as próprias leis não podem atentar contra a dignidade humana. Isso porque é possível que não apenas a aplicação de uma lei, mas já a própria lei represente uma ofensa à dignidade humana. Referida afirmação também não pode ser compreendida no sentido de que a dignidade humana apenas poderia ser lesada de forma intencionalmente má. Justamente a “boa intenção” é perigosa quando ela perde de vista o homem como pessoa, com sua dimensão metafísica.

Starck (2013, p. 210-212) esclarece que a dignidade não pode ser revestida de padrões ou formas de vida determinadas, que na realidade só tem validade para

um determinado contexto temporal e ou espacial, como por exemplo o Ocidente. Por isso, a dignidade não pode contemplar um conceito especificou pormenorizado para o campo laboral e econômico, pois tal situação importaria em esvaziamento do sentido da dignidade. Por outro lado, deve-se compreender a dignidade como um “conceito-chave constitucional” para disciplinar a relação entre o indivíduo e o Estado, para que este (ou mesmo particulares) não considerem o homem como mero objeto. Em outras palavras, a dignidade não é propriamente um direito (subjetivo) fundamental, mas sim um princípio fundamental do Estado Constitucional, em razão de sua amplitude, no entanto, tal condição não obsta a garantia de tutela estatal à dignidade.

Para Sarlet (2013, p. 32-33) a dignidade é simultaneamente limite e tarefa ao Estado, e também da comunidade geral. É limite na medida que veda a redução da pessoa à condição de objeto e também gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que possam violar a dignidade humana ou os direitos a ela correlatos. Por outro lado, caracteriza-se como tarefa em razão da imposição do dever concreto de tutela e promoção através de medidas prestacionais.

A garantia de proteção da dignidade humana se dá em duas perspectivas, segundo Starck (2013, p. 223-224), a primeira consiste na proibição de intervenção que resulte em lesão à dignidade ou aos direitos fundamentais dela decorrentes, a segunda resume-se no dever de atuação estatal para concretização material da dignidade nos casos de hipossuficiência.

Ao considerar os princípios como normas estipula-se a matriz chave de todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-a com força normativa a irradiar todo o conjunto de fundamentalidades constitucionais. O princípio da proibição do retrocesso (ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais) apresenta-se como um escudo de proteção aos direitos sociais, por tratar-se de um corolário da segurança jurídica, como pontua Sarlet (2004, p. 2):

Desde logo – e sem que se pretenda aprofundar todos os aspectos da questão – percebe-se que o tema ora versado desnuda também a genética e umbilical vinculação entre o direito à segurança social (aqui considerado como abarcando um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e do direito à segurança jurídica. Que a análise da problemática relativa à proibição de retrocesso no âmbito dos direitos sociais não dispensa uma prévia compreensão das diversas facetas da própria proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro, especialmente no tocante à sua

fundamentação e seu significado, para que se possa, na seqüência, abordar alguns aspectos ligados ao alcance possível da proteção outorgada aos direitos sociais pela proibição de retrocesso, vai aqui assumido como corolário lógico-sistemático da limitação temática ora proposta.

A origem desse princípio advém de discussões ocorridas na Alemanha, que na década de 1970 atravessou por crise financeira que levou a questionar a legitimidade de se promover a supressão de direitos sociais, o que levou ao desenvolvimento do princípio como resposta a tal pretensão. Para Sarlet (2009, p. 167) o princípio da proibição do retrocesso corresponde a

“ [...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 101) informa, fiando-se nas ideias de Luciano Parejo Alfonso, “que Konrad Hesse, em obra de 1978, desenvolveu a teoria da irreversibilidade”, que estabelece ao Estado uma vinculação às cláusulas do Estado Social presentes na constituição Alemã no que concerne à interpretação da legislação, na adoção de tratamento diferenciado em prol da igualdade e na limitação ao poder legiferante. Desse modo, as normas de direitos sociais nos textos constitucionais representam comandos que não podem ser regulados para restringir as conquistas já alcançadas, como expõe Netto (2010, p. 101-102)

A *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas, uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas.

Ayala (2011, p. 257) informa que o princípio impõe uma proibição de reversão da efetivação dos direitos fundamentais e, igualmente, “uma garantia de *não retorno* a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados.”

O grande obstáculo à adoção do princípio da irreversibilidade deve-se à dependência de conjuntura econômica para garantir a sua efetivação, o que levou Hesse a limitar a garantia dos direitos sociais ao núcleo essencial destes direitos. O Estado não pode, nesta perspectiva, eliminar, restringir ou deixar sem proteção os direitos essenciais à própria sobrevivência digna do cidadão, o denominado mínimo existencial, que é o fundamento do Estado Social, como pontua Netto (2010, p. 102).

Nesse sentido, Ayala (2011, p. 257) expõe que embora o legislador disponha

de poder (mandato popular) de realizar as “escolhas sobre o estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, não pode dispor livremente sobre eles”, pois está adstrito aos direitos fundamentais. Aliás, Ayala (2011, p. 257-258) expõe que

A proibição de retrocesso não se impõe enquanto um princípio geral que veda a revisão de escolhas sobre a concretização dos direitos fundamentais, mas se impõe estritamente sobre a garantia de revisão e de retorno na concretização de um mínimo, cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana, e é somente este mínimo que se encontraria sob a reserva de revisão pelas decisões estatais.

Assim, os direitos sociais apresentam dois vieses, um positivo, que compeli o Estado a agir no sentido realizar prestações sociais, e outro negativo, que impede o Estado de praticar atos lesivos a esses direitos.

Além da Alemanha, Portugal também protagonizou debates em torno do princípio da proibição de retrocesso social, como no acórdão relatado por Vital Moreira (AC 39/84), conforme aponta Netto (2010, p. 103),

A proibição de retrocesso social em Portugal é inevitavelmente reconduzida ao célebre acórdão relatado por Vital Moreira (AC 39/84), no qual, por violação ao princípio de proibição de retrocesso social, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional o art. 17º do Decreto-Lei nº 254/82, de 29 de Junho, que revoga os arts. 18º a 61º, 64º e 65º da Lei 56.779, de 15 de Setembro, que organizava o Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal considerou que este Serviço é garantia institucional da realização do direito à saúde e que, criado por lei, passa a ter sua existência garantida constitucionalmente. O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, teriam uma vertente negativa, que vedaria condutas lesivas, e uma vertente positiva, que permitiria exigir do Estado a atividade e as prestações necessárias para sua salvaguarda. Acentuou-se, ainda, que a criação do Serviço configura uma imposição legislativa concreta e permanente e que seu descumprimento é omissão inconstitucional.

Canotilho (2001, p. 374-375) conceitua o princípio da proibição do retrocesso nos seguintes termos

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

Relevante também para a discussão é o posicionamento de Jorge Miranda, citado por Netto (2010, p. 106), para o qual a proibição do retrocesso é um princípio material dos DESC, vez que a efetivação destes dependem de normas infraconstitucionais, de modo que, a supressão dessas normas implica na ineficácia das normas constitucionais, o que encontra óbice na proibição do retrocesso,

fundamentada no “princípio da proteção da confiança. ”

Por outro lado, há autores contrários a existência de um princípio geral ou irrestrito de proibição do retrocesso, sob o argumento de que se tal fosse admitido estaria em colisão com princípios fundamentais da função legislativa, como a liberdade constitutiva e autorrevisibilidade de seus atos, é o que defende José Carlos Vieira de Andrade, citado por Netto (2010, p. 106).

No Brasil, vários juristas também têm se dedicado ao tema, com destaque ao pensamento de Luís Roberto Barroso (2004, p. 377), para o qual os princípios têm uma eficácia vedativa do retrocesso, que possibilita a postulação judicial da invalidação da norma. O autor defende a proibição do retrocesso como um princípio implícito que objetiva proteger a eficácia de norma constitucional, porém só adquire caráter vinculante após a regulamentação de determinado direito social decorrente de previsão constitucional, pois, em tal situação, o referido direito estaria incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, sendo proibida assim a supressão desse direito.

Sarlet (2007, p. 440) defende a existência de um princípio de proibição de retrocesso, porém como decorrência da segurança jurídica, intrínseca ao Estado de Direito. Desse modo, para o autor inexiste dignidade humana sem estabilidade jurídica, o que impõe a proteção dos direitos sociais contra medidas retrocessivas.

No campo socioambiental, consoante leciona Carlos Alberto Molinaro (2007, p. 111), o princípio é dirigido à concretude do mínimo existencial ecológico, na perspectiva de efetivação da dignidade humana e da segurança jurídica, e arremata:

Portanto, em sede de direitos fundamentais, a proibição da retrogradação (socioambiental) vincula o legislador infraconstitucional ao poder originário revelador da Constituição, não podendo a norma infraconstitucional retroceder em matéria de direitos fundamentais declarados pelo poder constituinte.

Netto (2010, p. 113) aponta que a aceitação de um princípio dessa natureza funda-se na ideia de progresso constante no sentido da emancipação e concretização da dignidade humana, contra o que não se permitiria retrocessos, o que levou a autora a apresentar a seguinte concepção sobre o princípio da proibição do retrocesso:

“[...] o princípio de proibição de retrocesso social é norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais no molde a violar sua eficácia.

Não se trata de norma conferidora de um direito fundamental, mas de norma protetora da eficácia dos direitos fundamentais sociais.”

Naturalmente, pelo exposto em linhas antecedentes, deve-se considerar que não há um princípio de natureza absoluta, especialmente pelo fato da colisão de princípios solucionar-se pelo método da ponderação e não por exclusão de normas.

Por outro lado, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso tem como principal barreira o princípio da reserva do possível, contudo, Molinaro (2007, p. 112) defende que a proibição do retrocesso em matéria socioambiental não está adstrito à reserva do possível, “[...] por ser uma norma implícita ao Estado Socioambiental e Democrático de Direito [...]”, em razão da proteção do mínimo existencial. Aliás, pontua que a relativização do princípio pode dar-se por outras razões, mas não de ordem financeira.

De outro modo, não se pode olvidar que não há no texto constitucional de 1988 menção expressa à proibição do retrocesso social, o que não impede de acrescê-lo a outras normas constitucionais. A inscrição da proibição do retrocesso como princípio de índole constitucional encontra fundamento em outros princípios constitucionais e hermenêuticos, bem como na internacionalização dos direitos humanos. Vários princípios constitucionais não declarados expressamente na Constituição passaram a integrar a ordem jurídica como, por exemplo, o duplo grau de jurisdição, o princípio da proporcionalidade, o da autodeterminação dos povos a partir da recepção da Convenção nº 169 da OIT. Sem mencionar aquelas outras normas erigidas a *status* de fundamentalidade e cláusula pétrea por jurisprudência do STF como, por exemplo, princípio da anterioridade tributária.

Para Sarlet (2007, p. 454-457) a existência da vedação do retrocesso sustenta-se nos seguintes alicerces: Estado de Direito democrático e social, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, princípio da proteção da confiança, normas constitucionais de caráter contrário ao retrocesso, vinculação dos órgãos estatais aos seus atos e sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Pérez Luño (2012, p. 10) aponta que as três gerações de Estado de Direito (liberal, social e constitucional) correspondem às três gerações de direitos fundamentais, de maneira que se pode argumentar que a retrocessão ou a restrição de direitos fundamentais sociais implica diretamente na regressão do modelo de

Estado, ou seja, é um retrocesso no processo emancipatório da sociedade.

Netto (2010, p. 115-134) defende a existência da proibição do retrocesso de acordo com os fundamentos a seguir: supremacia da Constituição, postulado de máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, princípios estruturantes do Estado Constitucional, internacionalização dos direitos fundamentais.

A supremacia da Constituição impõe o reconhecimento de que o Estado não produz todo o Direito e, por isso, não tem domínio integral sobre a ordem jurídica, pois, na realidade, o Estado está balizado pela Constituição, e não o contrário. No caso dos direitos sociais, uma vez plasmados no texto constitucional, a supremacia constitucional impõe que os mesmos não sejam violados e, além disso, que sejam concretizados.

Assim, a máxima eficácia dos direitos fundamentais traduz-se em princípio hermenêutico que impõe aos poderes estatais o dever de direcionar suas ações no sentido de promover a efetivação e aplicação dos direitos fundamentais da forma mais imediata possível, em especial os sociais.

No que concerne o Estado Constitucional, Netto (2010, p. 124) informa que este se estrutura a partir dos princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade. O primeiro princípio implica em submeter o próprio poder à disciplina e a limites jurídicos preestabelecidos e, por isso, fundamenta a proteção da confiança e garantia da estabilidade da ordem jurídica; o princípio democracia importa no reconhecimento no propósito político de garantir a titularidade do poder ao povo e, além disso, irradiar aos campos econômico, social e cultural o direito de igual participação de todos no progresso da sociedade; a socialidade impõe a vinculação do Estado a promover o progresso material e a dignidade dos cidadãos.

O último fundamento para Netto, a internacionalização dos direitos fundamentais, é um fenômeno influenciado por atos e/ou fatos de grande repercussão que colocam em risco as próprias condições de sobrevivência da espécie humana, como as grandes guerras, atentados terroristas, estados totalitários e, nos dias atuais, as mudanças climáticas decorrentes de processos predatórios humanos. A internacionalização dos direitos humanos representa a busca de um consenso sobre a dignidade humana, por isso, as declarações internacionais de direitos assumem a natureza de normas cogentes (*jus cogens*) para os ordenamentos nacionais. A proibição do retrocesso encontra fundamento

neste fenômeno na medida em que o Pacto Internacional DESC impõe a obrigação aos Estados signatários de garantir níveis essenciais dos direitos previstos no pacto e ainda promover o avanço gradual de efetivação dos mesmos, com o compromisso de não retrocessão.

Netto (2010, p. 133) aponta que pode ocorrer de não se conseguir avanços em determinado período, dadas as próprias condições materiais, no entanto, não se admite o retrocesso destas garantias.

No campo socioambiental sustenta-se a proibição do retrocesso ou retrogradação com base na garantia do mínimo existencial ecológico e na vedação da degradação ambiental, como postula Molinaro (2007, p. 103).

O panorama atual de toda a complexidade do paradigma de sociedade globalizada impõe a necessidade de uma perspectiva culturalista do direito, estruturado a partir de sistemas comunicativos plurais e dominados por símbolos normativos hipertextuais, com função preponderantemente persuasiva ou argumentativa, como aponta Molinaro (2007, p. 102).

Ao abordar a concepção de Estado Socioambiental e Democrático de Direito, Molinaro (2007, p. 104) aponta que a proibição do retrocesso ou retrogradação tem por fundamento o direito à vida e as bases que a sustentam. Sem sociodiversidade equilibrada não há fruição da vida e, por consequência, dignidade humana. Nesse sentido, cabe refletir que a plêiade de princípios do socioambientalismo são no sentido de se impedir a degradação ambiental, como forma de preservar a vida, por isso, a proibição do retrocesso na seara socioambiental assume a função de princípio nuclear de todos os demais princípios jurídicos socioambientais, como aponta Molinaro (2007, p. 100).

Para Ayala (2011, p. 260)

Desse modo, uma norma deveria ser considerada regressiva sempre que o grau de efetividade de um direito veiculado pela nova norma resulte inferior àquele que já havia sido alcançado anteriormente, de modo que somente seria possível afirmar-se uma situação de reversão proibida ou de retrocesso proibido mediante uma análise empírica e comparativa entre as realidades normativa.

O enfoque da proibição do retrocesso incide primeira e fortemente sobre a atividade legislativa, no entanto, Ayala (2011, p. 261) ressalta que o efeito do princípio impõe a vedação ao Estado de autorizar, tolerar ou atribuir proteção normativa a particulares que impliquem em degradação ao meio ambiente, ou à

sociodiversidade, por ser esta opção conceitual capaz de abarcar toda a complexidade do equilíbrio ecológico, incluindo o elemento humano.

Como destaca Ayala (2011, p. 264), o mínimo existencial (pressuposto da dignidade humana) impõe dois deveres, um positivo de intervir para efetivação das condições mínimas, e outro negativo de abster-se de ação revisora retrocessiva.

A dignidade humana tem como pressuposto um mínimo de condições existenciais, as quais exigem o compromisso estatal de efetivação, manutenção e proteção contra condutas regressivas, especialmente do próprio Estado.

Desse modo, a vedação de retrocesso pode ser compreendida como um imperativo principiológico dirigido ao Estado de assegurar o mínimo existencial econômico, cultural e socioambiental, impedido quaisquer condutas, estatais ou particulares, que importem em retroagir a nível inferior de dignidade humana, em relação ao já consolidado.

3.3 O princípio da proibição de retrocesso no Sistema Internacional de Direitos Humanos

Pérez Luño (2012, p. 10-11) aponta que o Estado constitucional contemporâneo tem vocação universalista, perceptível a partir do fenômeno que o autor denomina de “supraestatalidade normativa” (também denominado de supralegalidade), que é a adoção de normas jurídicas, em sentido lato, comuns a ordenamentos diferentes, em razão da vocação global que essas normas apresentam.

Segundo Pérez Luño (2012, p. 17-18) a sistematização dos materiais normativos é traço marcante dos Estados modernos, e este fenômeno está associado ao crescente número e complexidade de regras positivadas. Teoricamente, a sistematização tem fundamento na ideia de ordenamento jurídico, que tem por princípios a unidade, a plenitude e a coerência do conjunto de regras que compõem o ordenamento estatal. A unidade faz referência ao fato do ordenamento constituir um conjunto delimitado e específico, de maneira que a normas adquirem juridicidade pelo fato de pertencer ao ordenamento, e não o contrário. A plenitude (que também pode compreendida como completude) indica a pretensão de autossuficiência do ordenamento estatal em disciplinar e solucionar

todos os fatos e conflitos sociais que demandem a intervenção do direito, ou seja, nesta perspectiva, o ordenamento jurídico é concebido como completo, sem lacunas. A coerência impõe a sistematização do ordenamento de modo a eliminar as antinomias ou contradições entre as normas, a harmonizar o conjunto das regras do Estado.

A sistematização dos direitos fundamentais no constitucionalismo democrático contemporâneo impõe, no entanto, transformações nesses princípios do positivismo. A unidade cedeu espaço à pluralidade, à abertura do sistema constitucional às ideias e interesses no seio da comunidade política, fenômeno esse apresentado teoricamente por Häberle, conforme Pérez Luño (2012, p. 22). A plenitude foi relativizada e garantiu a multiplicidade de instâncias jurisdicionais aptas a efetivar os direitos fundamentais, especialmente no âmbito internacional. Diante de um sistema aberto a coerência foi concebida como inalcançável, por isso, foi substituída pela argumentação, ou seja, por sistema de regras e procedimentos hábeis a garantir a racionalização da decisão jurídica isenta de subjetivismo, como proposto por Alexy, de acordo com Pérez Luño (2012, p. 29).

O modelo positivista que centrava o ordenamento em único eixo de gravidade assume agora uma forma policêntrica, resultado da intersecção de uma pluralidade de estruturas normativas e heterogêneas, segundo Pérez Luño (2012, p. 38).

Maués (2013, p. 219) aponta, ao tratar da supralegalidade no contexto da interpretação constitucional, que “os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante”.

3.3.1 Dedução da proibição do retrocesso do ordenamento jurídico internacional

O Sistema Internacional de Direitos Humanos consagra a vedação do retrocesso em diversos documentos internacionais como um princípio basilar do sistema de proteção, pois trata-se, na realidade, de uma barreira de contenção contra atos tendentes a fragilizar a efetivação dos direitos fundamentais.

É possível extrair do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 a compreensão de que o espírito das Atos Internacionais é no sentido de

promover o reconhecimento da dignidade humana e o progresso contínuo de todas as condições existenciais da humanidade, vedando-se o retrocesso a condições indignas já experimentadas socialmente, como a escravidão (artigo IV) e a tortura (artigo V).

Igualmente, a proibição de retrocesso pode ser depreendida da previsão do artigo 2º, inciso I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – DESC, internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992, que estabelece o compromisso entre cada Estado Parte de promover a progressiva efetivação destes direitos, conforme segue:

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.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, faz previsão expressa ao compromisso de desenvolvimento progressivo e, por consequência, impedimento da retrocessão. Aliás, o Protocolo Adicional à CADH, Protocolo de San Salvador, expressa também a vedação de retrocesso aos Estados ao impor o dever de preservação e “melhoramento” do meio ambiente.

É fundamental destacar que as normas internacionais concernentes ao campo socioambiental também apresentam disposições das quais se extrai a vedação do retrocesso, como ocorre na CDB, que impõe o compromisso aos Estados-parte de estabelecerem mecanismos eficazes de preservação da sociodiversidade como, por exemplo, a criação e manutenção de áreas protegidas, recuperação e restauração de ecossistemas degradados e de espécies ameaçadas, preservação e manutenção dos conhecimentos tradicionais. Aliás, as normas de proteção socioambiental são as que mais exigem a vedação do retrocesso, ante a singularidade da vida das diversas espécie e ecossistemas do planeta e, sobretudo, em razão da possibilidade de irreversibilidade dos danos socioambientais.

A Convenção nº 169 da OIT também apresenta diversas disposições de caráter proibitivo de retrocesso, como a obrigação de garantia da “efetividade plena” dos direitos sociais, o “gozo pleno” dos direitos humanos e liberdades fundamentais,

a vedação de traslado territorial, o respeito à cultura e tradições dos povos tradicionais, e, sobretudo, a vedação de emprego de força ou coerção capaz de violar direitos humanos das comunidades tradicionais.

Cabe ressaltar que o fundamento da internacionalização dos direitos humanos ganhou reforço no Brasil com o § 3º do art. 5º da CRFB/1988, que reconhece a equivalência de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento pátrio aprovados por dois terços do Congresso e em dois turnos de votação. Vale destacar que o § 2º também do art. 5º amplia o rol de direitos fundamentais indicando a possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais a partir da recepção e integração das normas internacionais no País.

Desse modo, há que se reconhecer a força normativa do princípio da não retrocessão, seja implicitamente, como consequência de atividade interpretativa que possibilitará sua dedução a partir do sistema jurídica vigente, ou, explicitamente, pela recepção dos documentos internacionais que contemplem o princípio em seus textos e que passem a integrar o ordenamento jurídico nacional através dos procedimentos de internalização de normas internacionais.

3.3.2 O controle de convencionalidade das leis como mecanismo de correção de atos retrocessivos

Evidenciada a existência do princípio da proibição do retrocesso no âmbito do ordenamento jurídico internacional, cabe apresentar algumas reflexões sobre a eficácia das normas (princípios e regras) de direito internacional no ordenamento interno, no sentido de coibir que o legislador nacional promova, ao realizar seu mister, violação de normas de direitos humanos inscritas em tratados, convenção e demais documentos representativos dos textos normativos internacionais.

O tema do controle jurisdicional de convencionalidade de leis ganhou relevo na doutrina jurídica brasileira a partir dos escritos de Valério de Oliveira Mazzuoli, no ano de 2008, e também a partir de julgados dos tribunais pátrios, em especial o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP do STF, também no ano de 2008, que versou sobre a compatibilidade do instituto da prisão civil do depositário infiel ante disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969,

especificamente do art. 7º, n. 7, que dispõe que “ninguém deve ser detido por dívida”. O controle de convencionalidade passou a ter lugar na doutrina e na jurisprudência brasileira em razão da EC nº 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 5º da CRFB/88, reconhecendo a equivalência a emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. Oportuno informar que, como adverte Mazzuoli (2009, p. 33), na realidade, desde 1988, com as disposições do §2º, art. 5º, da CRFB/88, que assegurou o respeito a outros direitos fundamentais decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, deve-se considerar que há fundamentos jurídicos para o exercício do controle de convencionalidade. Não se pode olvidar que o controle de convencionalidade é dever de todos os poderes.

A partir dessa realidade, a proposta de Mazzuoli (2009, p. 32) é no sentido de, através do controle jurisdicional de convencionalidade, se promover a invalidação de normas infraconstitucionais em desacordo com os tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados no ordenamento pátrio. Deve-se observar que essa invalidação terá lugar na hipótese de a norma internacional ser mais benéfica à proteção da dignidade humana, de modo que não há fundamento para a invalidação caso se constate o contrário, ou seja, a norma nacional demonstrar-se mais favorável à promoção da dignidade humana, em razão do princípio *pro homine*.

O controle jurisdicional de convencionalidade opera-se em dois planos, no internacional – de modo subsidiário – pelas cortes internacionais, e no interno pelos magistrados – seja de forma difusa ou concentrada. Segundo Mazzuoli (2009, p. 39), o controle de convencionalidade interno não se trata de mera faculdade, mas sim um dever decorrente dos próprios compromissos internacionais, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que determina a obrigação aos “Estados-partes na Convenção” de respeitar os direitos e garantias reconhecidos na Convenção, bem como adotarem medidas para efetivação desses direitos. Nesse sentido, o autor (2006, p. 40-41) elucida:

O exercício do controle de convencionalidade, porém, não é mecânico; não há de ser efetivado pelo simples cotejo, pela simplória sobreposição de uma norma (internacional) a outra (interna). Além de cotejo analítico, se requer do magistrado conhecimento do conteúdo eficaz da norma-paradigma (a norma internacional mais benéfica) e da interpretação que dela faz a Corte

Interamericana. [...] Tal reforça a tese de que o controle de convencionalidade a ser efetivado no Brasil tem como paradigma todo o corpus juris internacional de proteção, ou seja, todo o mosaico protetivo dos sistemas global (onusiano) e regional interamericano.

Deve-se ressaltar que não cabe ao magistrado alegar desconhecimento das normas internacionais no intuito de se eximir de seu mister, pois há “um *desdobramento funcional* de competências, que o mantem na posição de juiz interno ao mesmo que lhe consagra tarefas de juiz internacional. ” O controle de convencionalidade nacional, no entanto, é o principal, ao passo que o internacional será subsidiário, a ser acionado apenas em situações de omissão ou atuação insuficiente. (MAZZUOLI, 2009, p. 41; 49-50)

Mazzuoli (2009, p. 62) pontua que todo o “mosaico protetivo”, formado pelo conjunto de normas (em sentido amplo⁴) de direitos humanos no plano interno e internacional, dialoga (na concepção da teoria de Erik Jayme, analisada abaixo) entre si para promover a máxima efetividade dos direitos humanos, com base no princípio da solução *pro homine*.

A consequência do controle de convencionalidade será, semelhante ao de constitucionalidade, ou seja, a invalidação da norma, o que implica dizer que poderá ter vigência formal, mas não validade material, cabendo lembrar que caso o controle seja concentrado, ou seja, realizado pelo STF, o efeito será *erga omnes*. Deve-se salientar que os instrumentos internacionais não estabeleceram um padrão a ser seguido para o controle de convencionalidade.

Cabe então, pesquisar sobre o modelo brasileiro de controle de convencionalidade, porém, primeiramente, necessário se faz analisar a discussão acerca dos diferentes *status* dos tratados internacionais em nosso ordenamento. Neste ponto, são valiosos os ensinamentos de Mazzuoli, pois, pelo que se extrai do pensamento do autor (2009, p. 79), verifica-se que as normas que versam sobre os direitos humanos detêm preeminência em relação às demais (que o autor denomina de comuns), por isso, o controle de “convencionalidade” refere-se apenas àqueles, ao passo que em relação a estas tem-se o fenômeno do controle de “supralegalidade”. Necessário informar que o pensamento de Mazzuoli repercutiu na

⁴ Mazzuoli (2009, p. 60-61) expõe que ao conjunto amplo de normas internacionais denomina-se “bloco de convencionalidade”, que corresponde a “todo o corpus formal (tratados e costumes) e jurisprudencial *lato sensu* (sentenças e opiniões consultivas) presente em determinado entorno geográfico”.

jurisprudência nacional (com destaque ao RE nº 466.343/SP do STF), porém, não coincidiu com a posição dominante, pois, a maioria do STF entendeu que o status constitucional só é reconhecido aos tratados que atenderem às disposições do § 3º, art. 5º, da CFRB/88, aos demais tratados de direitos humanos não submetidos a esse crivo cabe o *status* supralegal, uma posição intermediária entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Mazzuoli fundamenta seu posicionamento a partir da análise conjugada das disposições dos parágrafos 2º e 3º (este introduzido após a EC nº 45/2004) do art. 5ª da CRFB/88, de modo a entender que todas as normas sobre direitos humanos têm *status* constitucional material, independente do momento da internalização e do procedimento e quórum qualificado (2/3 do Congresso, em 2 turnos) estabelecido pelo § 3º, vez que, desde 1988, o § 2º já reconhecia a validade dos tratados internacionais internalizados pelo Brasil como fonte de direitos fundamentais, de maneira que as normas anteriores ao novo paradigma estabelecido pela EC nº 45/2004 passaram então pelo fenômeno da “recepção” de normas. Por outro lado, as normas posteriores à EC nº 45/2004 e que observarem o referido procedimento terão a “equivalência” de emenda constitucional, o que vale dizer que terão um *status* “material e formal” de norma constitucional. Por essas razões o autor defende o controle de convencionalidade para todas as normas sobre direitos humanos devidamente internalizadas no nosso ordenamento.

Quanto à supralegalidade, Mazzuoli (2009, 79) esclarece que os tratados comuns adquirem *status* intermediário entre a normas constitucionais e a infraconstitucionais, por isso o termo “supralegalidade”, o que implica em compreender que a análise de compatibilidade entre as leis e os tratados comuns trata-se de “controle de supralegalidade”.

Pois bem, diante deste quadro e do disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 5ª da CRFB/88, há que se reconhecer a existência de fundamentos mais que suficientes para conceber o controle de convencionalidade como uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, impondo a todas as normas infraconstitucionais a observância dos tratados internacionais, tanto os que versem sobre direitos humanos quanto os “comuns”, o que significa dizer que a Lei nº 13.123/2015 deve estar no mesmo tom de afinação do “mosaico protetivo” internacional de direitos humanos, conjunto no qual se insere a tutela dos direitos dos povos tradicionais,

com especial destaque aos seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Desse modo, independente de seguir-se a orientação doutrinária, já esposada, ou mesmo a jurisprudencial manifestada nas decisões do STF, o fato é que os tratados de direitos humanos tem ascendência sobre as normas infraconstitucionais e, por isso, impõe a observância obrigatória, assim, a Lei nº 13.123/2015 deverá observar as disposições da CDB, da Convenção nº 169 da OIT, Protocolo de Nagoia (após a devida ratificação) e demais normas internacionais que possam ser invocadas para tutela dos CTA.

Portanto, o controle de convencionalidade apresenta-se como mecanismo eficaz para impor aos Estados a responsabilidade de implementar em seus ordenamentos internos os tratados internacionais de direitos humanos. O controle de convencionalidade terá, nesta perspectiva, a função de harmonizar os ordenamentos interno e internacional, bem como estabilizar e garantir a segurança jurídicas às relações sociais a partir das normas de direitos humanos. Neste cenário, o mosaico protetivo será o referencial normativo para avaliação de eventuais atos retrocessivos praticados pelos Estados contra os direitos humanos, cuja correção poderá ocorrer pela via do controle convencional.

De todo modo, a análise de compatibilidade da lei com os tratados deve ser, no âmbito dos direitos humanos, guiada pelo método do diálogo das fontes, desenvolvido por Erik Jayme, com vistas à primazia da norma mais benéfica (solução *pro homine*) (MAZZUOLI, 2009, p. 112-113).

3.4 A teoria do diálogo das fontes como método à máxima eficácia dos direitos humanos e à vedação do retrocesso socioambiental

Se, por um lado, o controle convencional propõe, em certa medida, a solução de antinomias pelo método de exclusão de normas, por outro, a teoria do diálogo das fontes propõe uma solução pela complementariedade, almejando sempre a solução que melhor efetive as normas de direitos humanos. Assim, do mesmo modo que é possível se objetivar a máxima eficácia da constituição, também há que se pensar em máxima eficácia das normas veiculadoras de direitos fundamentais, neste caso, os tratados internacionais de direitos humanos relativos ao meio ambiente e, de modo mais específico, de tutela dos conhecimentos

tradicionais associados à biodiversidade. No entanto, os conflitos de jurisdição decorrentes da dicotomia entre ordenamento interno e internacional ainda representam um obstáculo para a efetivação de normas de direitos humanos prescritas em instrumentos internacionais. Neste contexto, a teoria do diálogo das fontes fornece subsídios valiosos para a harmonização de eventuais e aparentes conflitos normativos e, sobretudo, para propiciar a aplicação das normas de direitos humanos da forma mais favorável aos vulneráveis ou hipossuficientes.

A teoria do diálogo das fontes normativas é fruto do trabalho do jurista alemão Erik Jayme, cuja teoria foi difundida no Brasil a partir dos estudos desenvolvidos por Claudia Lima Marques, sendo destacado também o trabalho desenvolvido por Valério de Oliveira Mazzuoli⁵. Jayme (2004, p. 114) informa que “esse diálogo das fontes é um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a ideia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas.” Em linhas gerais, segundo Mazzuoli (2010, p. 13), Erik Jaime propõe um modelo teórico para enfrentar as antinomias normativas em um universo de pluralidade de fontes normativas, de maneira que o resultado não seja a exclusão e sim a complementariedade das normas e das fontes do direito. Marques (2012, p. 23) pontua que Erik Jayme insere-se na “tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma nova perspectiva mais humanista”, e ao tratar da aplicação da teoria do diálogo das fontes, Marques (2004, p. 42) elucida:

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’ do sistema plural brasileiro [...]

Nesse contexto, ganha destaque o fenômeno da expansão e consolidação, tanto no âmbito teórico quanto normativo, dos direitos humanos, especialmente a partir dos diversos tratados que versam sobre a temática e que deram corpo ao direito internacional dos direitos humanos, que, conjuntamente com os textos

⁵ Valério de Oliveira Mazzuoli foi orientando de doutorado de Claudia Lima Marques que, por sua vez, foi orientanda de doutorado de Erik Jayme.

constitucionais de cada país, passou à condição de pilar da proteção da dignidade humana. (MAZZUOLI, 2010, p. 16)

A teoria do diálogo das fontes pretende reconstruir a necessária coerência do ordenamento jurídico, fragilizada em razão das críticas dirigidas (após a Segunda Grande Guerra) ao paradigma positivista de centralidade do direito no Estado, enquanto fonte exclusiva de produção normativa. As críticas dirigidas ao positivismo jurídico postularam o reconhecimento de outras fontes de normatividade que não o Estado, como, por exemplo, os fatos sociais, defendidos pela escola sociológica, ou mesmo os princípios morais, conforme a corrente do pós-positivismo.

Se considerado que a teoria do diálogo das fontes pretende ser um instrumental hábil a manter a coerência do ordenamento e, por consequência, eliminar possíveis antinomias (problema próprio do ordenamento estatal), poderia se afirmar que seu idealizador propôs uma teoria de reafirmação do positivismo, na medida que o diálogo é dirigido predominante às fontes formais, pelo que se extrai do pensamento de Marques (2012, p. 20)

Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.

No entanto, Marques (2012, p. 24) é categórica em afirmar que o diálogo das fontes transcende as teorias positivistas, pois, o diálogo pode dar-se entre “leis postas, mas também pode atingir normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais”. A teoria propõe uma integração entre as diferentes fontes ou ordens normativas e, nessa medida, apresenta-se como proposta de superação dos problemas teóricos positivistas da incompletude e da incoerência do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, das antinomias, porém não apenas de um ordenamento, mas também de ordenamentos plúrimos entre si. Jayme (2004, p. 120) leciona que “na linguagem do direito, o pluralismo significa ter à disposição alternativas, opções, possibilidades [...]”

Marques (2012, p. 21) aponta que a teoria do diálogo das fontes é, na realidade, um método de interpretação e aplicação do direito, um “instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes”. Nesse

contexto, os princípios decorrentes da ordem ou sistema constitucional e internacional adquirem força normativa incontestável, especialmente os garantidores de direitos fundamentais.

Pelo que se extrai do texto “Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado”, de Erik Jayme, publicado no Brasil em 2004⁶, uma das razões da necessidade do diálogo decorre da constituição de uma sociedade multicultural global, formada tanto pelo crescente fluxo migratório quanto pela circulação de bens e riquezas, e, por consequência, pelo reconhecimento da demanda de proteção das minorias étnicas no contexto do direito internacional. Aliás, esse fenômeno tem ressonância em textos constitucionais que passaram a reconhecer textualmente a formação multicultural ou pluriétnica do Estado, a exemplo do que ocorre no Brasil. Em suma, a teoria do diálogo das fontes pretende explicar “como os valores pós-modernos realizam-se e efetivam-se nas ordens jurídicas” contemporâneas, como aponta Jayme (2004, p. 131). Nesse sentido, Bruno Miragem (2012, p. 72) leciona que a complexidade dos tempos atuais exige formas de solução de conflitos que sejam promotoras do direito, a despeito da exigência de observação de requisitos formais, conforme se extrai das linhas a seguir:

[...] frente à complexidade dos fatos sociais e das fontes normativas que os regulam total ou parcialmente – porém simultaneamente – é que se exige método de solução de antinomias não afetas ao paradigma de mera validade formal do direito, mas que se estabeleçam a partir de uma interpretação da norma jurídica que não se oriente apenas pelo critério de compatibilidade/não contrariedade entre normas, mas pelo caráter valorativo e promocional do direito.

Nessa perspectiva, supera-se o estágio de “solução por incompatibilidade absoluta” para o estágio de solução por “coordenação e aplicação simultânea” de fontes plúrimas, cujo fundamento de validade se dará pela coerência do diálogo, a partir da “hierarquia axiológico-normativa”, ou seja, é possível se extrair do próprio sistema normativo uma ordem de preeminência, de modo que, por exemplo, valores constitucionais prevalecem sobre valores de microssistemas, assim como princípios de direitos humanos tem precedência sobre valores constitucionais, sem que haja, necessariamente, a exclusão de qualquer norma (MIRAGEM, 2012, p. 72).

⁶O texto foi traduzido e publicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em seu Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito, conforme consta nas referências bibliográficas.

Reconhecer a precedência de normas de direitos humanos sobre normas constitucionais representa um grande passo à tutela dos CTA, vez que essa é a natureza das normas que dispõem sobre a proteção desse bem.

Jayme (2004, p. 96) ressalta que a pluriétnicidade é a razão de Estados africanos terem constituído “ordenamentos plurilegislativos”, o que levou o autor a concluir que as sociedades multiculturais têm como consequência o reconhecimento da identidade étnica ou cultural da pessoa como um valor jurídico, no âmbito do ordenamento jurídico internacional. No entanto, o reconhecimento e aplicabilidade da identidade étnica como valor jurídico torna-se um grande desafio ao mundo jurídico quando se está diante de grandes contrastes culturais, como, por exemplo, paradigmas sociais ocidentais versus orientais islâmicos, o que impõe uma solução segundo “os direitos do homem”, pelo que se extrai do pensamento de Jayme (2004, p. 98) a seguir:

Enquanto se estava normalmente habitado, no mundo europeu, a excluir a aplicação dos direitos islâmicos que violavam certos preceitos constitucionais como fazendo parte da ordem pública internacional, é interessante ver que, recentemente, os países extra-europeus invocam, para uma tal aplicação das regras religiosas, os direitos do homem, sobretudo a liberdade de religião, para defender a aplicabilidade do direito pessoal segundo a respectiva religião da pessoa.

Segundo Jayme (2004, p. 106-107), o modelo de direito contemporâneo vincula-se ao paradigma de cultura pós-moderno, mais precisamente a quatro valores pós-modernos em especial: “pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos”. O pluralismo revela a “ideia de autonomia em escolher seu próprio modo de vida”, e se caracteriza pelo direito à diferença; a comunicação decorre da inexistência de fronteiras, da agilidade propiciada pelos recursos tecnológicos e, sobretudo, pela “vontade e o desejo” de comunicar-se; a narração⁷ flui como consequência da comunicação, que possibilita o “descrever, contar, narrar” a vida; o quarto valor explicita “um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural”, um retorno e valorização das origens como forma de proteção da

⁷ Jayme (2004, p. 109-110) informa que as normas de direito internacional têm, além da função prescritiva, uma função narrativa, o que significa, segundo o autor, que “os princípios enunciados pela Convenção podem ser tomados em consideração, para decidir questões que a Convenção reserva ao direito nacional.” Em outras palavras, ainda que a norma convencional não seja aplicável ao caso concreto na sua função prescritiva em razão do seu âmbito de validade (temporal ou material), pode a mesma ser invocada com um papel argumentativo, ou seja, “figurando essa disposição como norma narrativa.”

individualidade.

Enfim, pelo que se depreende do pensamento de Jayme, a vinculação do direito a esses quatro valores pós-modernos representa um cenário (notadamente pelo contexto de pluralidade de fontes legislativas) de demanda por novos métodos de solução de conflitos (interpretação e aplicação do direito), que seria a função da teoria do diálogo das fontes, em um cenário de globalização que desperta, como aponta Jayme (2004, 133-134), um grande temor em relação à proteção da “dignidade da pessoa humana”, em especial a “identidade cultural do indivíduo”, pois esse fenômeno econômico induz à descentralização estatal “do poder e da proteção da pessoa humana”, de maneira que os mercados obtenham ascendência sobre as entidades estatais, em outras palavras, as políticas públicas são na realidade políticas direcionadas pelo e para o campo econômico ou o mercado. A observação de Jayme quanto ao domínio do campo político pelo econômico também foi realizada por Michel Foucault, na obra Nascimento da Biopolítica (2008), na qual o autor informa que o liberalismo transformou o mercado em lugar de verificação, ou de aferição da verdade, que fundamenta a limitação da prática ou intervenção governamental na sociedade. Busca-se governar para o mercado e não por causa do mercado, aponta Foucault, demonstrando que ao invés de se controlar o mercado para que este esteja a serviço das populações, realiza-se o processo inverso, controlam-se estas para que estejam à disposição ou a serviço daquele. Sob essa ótica, a tutela dos CTA seria realizada em conformidade com as disposições do mercado e não na perspectiva dos interesses dos povos tradicionais. Deve-se ressaltar que Foucault propõe como via revolucionária ao mercado a via dos direitos humanos.

Desse modo, a teoria do diálogo das fontes é, a partir de sua fundamentação multicultural, instrumento útil à proteção da dignidade humana, pois possibilita a solução dos conflitos a partir da coordenação das normas e de maneira que se obtenha a resposta mais favorável ao sujeito hipossuficiente da relação jurídica, conforme leciona Marques (2012, p. 28)

[...] “diálogo” em virtude das influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.

O diálogo das fontes é orientado pelos valores dos direitos humanos e constitucionais, colando a satisfação da dignidade da pessoa humana como objetivo central do ato de aplicação normativa. O diálogo possibilita a aplicação da pluralidade de fontes de forma conjunta, sem que haja exclusão normativa, e da maneira mais benéfica ao hipossuficiente, aliás, o método do diálogo não pode ser manejado para suprimir ou restringir direitos, sob pena de se transformar “em analogia *in pejus*” (MARQUES, 2012, p. 28-29;61). Essa visão permite compreender o diálogo das fontes também como um método útil à aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

Marques (2012, p. 32) apresenta três tipos de diálogo como formas de solução de conflitos, a saber: a) sistemático de coerência, no qual uma norma serve de “base conceitual para outra”; b) de complementaridade e subsidiariedade, na hipótese da aplicação de uma norma depender da complementação ou subsídios de outra; e, c) de coordenação e adaptação sistemática, que ocorre com a “redefinição do campo de aplicação” ou pela influência das conquistas de uma norma no âmbito da outra.

Assim, no âmbito da tutela dos CTA, a teoria do diálogo das fontes mostra-se de grande valia para superação de possíveis conflitos normativos que possam ser prejudiciais aos povos tradicionais, sobretudo em situações que representem retrocesso socioambiental, como no contexto da Lei nº 13.123/2015, que traz vários dispositivos em desacordo com disposições expressas em normas internacionais de proteção dos direitos humanos, ou seja, há um fenômeno de pluralidade de fontes normativas (direito interno e internacional), de maneira que a aplicação dos dispositivos discordantes da Lei nº 13.123/2015 sob eventual fundamento de soberania do direito interno pode gerar violação de direitos humanos. De tal sorte, o diálogo das fontes possibilitará a máxima eficácia dos direitos humanos e, por consequência, o impedimento ou afastamento de atos retrocessivos.

4 A ISENÇÃO DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS AO SETOR EMPRESARIAL DA LEI 13.123/2015 FRENTE A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

4.1 O regime jurídico de proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade e a repartição de benefícios no ordenamento jurídico brasileiro

Uma vez reconhecido pelo ordenamento internacional que a proteção dos conhecimentos tradicionais configura um dever correlato aos direitos humanos das comunidades tradicionais, cabe, então, analisar a tutela jurídica da biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse caso, prestigiando as teorias de supremacia constitucional, tem-se como primeiro referencial a CRFB/1988, especificamente no disposto no artigo 225 e parágrafos.

O art. 225 da CRFB/1988 estabelece o meio ambiente como um bem de uso comum e cuja salvaguarda incumbe tanto ao poder público quanto à coletividade, no interesse das presentes e futuras gerações.

No que concerne à proteção do patrimônio genético, o inciso II, do § 1º, do art. 225 da Constituição impôs ao poder público a obrigação de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, especialmente no que diz respeito à fiscalização das atividades de pesquisa e manipulação de material genético.

Ainda que o texto constitucional não tenha realizado referência expressa à proteção do CTA, este se insere no mesmo campo de tutela na medida em que se concebe que o conhecimento tradicional associado é elemento intrínseco dos recursos genéticos. Por outro lado, não se pode olvidar que a tutela do CTA foi reconhecida como um direito a partir da CDB em 1992, ainda que a apropriação indevida dos CTA seja um fato que remonte ao período da ocupação portuguesa no território brasileiro.

No entanto, a edição de norma específica a disciplinar a tutela jurídica do CTA no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro só ocorreu no ano 2000, cerca de oito anos após a CDB, contudo, tal regulamentação deu-se através da adoção de medida provisória que passou por sucessivas reedições até o ano de 2015, quando foi sancionada a Lei nº 13.123/2015 que revogou a norma provisória e passou a regulamentar a matéria de forma plena.

4.1.1 O regime jurídico provisório de tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados

Nesse contexto, em obediência às obrigações estabelecidas no texto constitucional de 1988 e na CDB, em 29 de junho de 2000 foi adotada a Medida Provisória de nº 2.052⁸, que foi reeditada sucessivas vezes e vigorou até 27 de dezembro de 2000, quando foi revogada pela Medida Provisória de nº 2.126, que também foi reeditada sucessivas vezes e vigorou até 28 de junho de 2001, quando foi revogada pela Medida Provisória de nº 2.186 que também foi reeditada por duas vezes e vigorou até 20/05/2015, quando então foi sancionada a Lei Federal de nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que disciplina a matéria atualmente.

Nesse período também foram editados diversos decretos presidenciais a regulamentar a MPV nº 2.186/2001, a saber: Decretos nº 3.945/2001, 4.946/2003, 5.4/59/2005 e 6.159/2007. Atualmente, todos esses decretos foram revogados juntamente com a MPV 2.186/2001 em razão da edição Lei nº 13.123/2015, que foi regulamentada pelo Decreto nº 8.772 de 11 de maio de 2016.

Embora revogadas, a análise das MPV's nº 2.052/2000, 2.126/2000 e 2.186/2001 e de seus decretos regulamentares é salutar para compreensão de todo o processo de consolidação da tutela jurídica do CTA e do Patrimônio Genético e, sobretudo, para avaliação dos avanços e ou retrocessos empreendidos pelo marco legal em vigor.

A Medida Provisória nº 2.052/2000 foi a primeira norma a disciplinar o acesso e a repartição de benefícios decorrente da utilização de recursos do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Desse modo, como marco regulatório inicial, a MPV nº 2.052/2000 estabeleceu o regime jurídico de gestão do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados no ordenamento brasileiro, por isso,

⁸ Segundo Gross (2013, p. 21), desde 1995 vários projetos de lei sobre a matéria foram protocolizados e tramitaram junto ao Congresso Nacional, no entanto, a adoção da referida MP no ano de 2000 foi motivada por uma polêmica transação realizada entre a BioAmazônia (ONG brasileira financiada com recursos públicos) e Novartis Pharma (empresa multinacional do ramo farmacêutico) que teria se caracterizado como ato de biopirataria.

disciplinou conceitos legais⁹, competências institucionais, direitos de comunidades tradicionais, requisitos para acesso ao patrimônio genético e ao CTA, as condições para acesso em terra indígena e em áreas públicas ou especialmente protegidas, a obrigação de consulta prévia para acesso em comunidades indígenas e locais, a obrigação de repartição de benefícios decorrentes de exploração econômica e suas respectivas formas, os requisitos do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, bem como sanções administrativas decorrentes do acesso indevido.

Para gestar e fiscalizar o acesso ao patrimônio genético e ao CTA a MPV 2.052/2000 previu a criação de um Conselho Interministerial, vinculado à Casa Civil da Presidência da República, composto de representantes dos órgãos que detêm competência legal sobre as diversas ações disciplinadas na MPV, no entanto, a concepção e a estrutura do referido Conselho não foram disciplinadas pela MPV de forma adequada à tutela dos bens jurídicos em questão.

Essa inadequação foi corrigida com a adoção da MPV nº 2.126-11, de 26 de abril de 2000, que reeditou e promoveu alterações pontuais no texto da MPV 2.052/2000, concernentes à ampliação de alguns conceitos e, principalmente, a criação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN, de caráter deliberativo e normativo, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente. Diferente da MPV anterior, o Conselho teve as suas competências (coordenação de políticas públicas, normativa, deliberativa, fiscalizatória e controle) amplamente explicitadas no texto legal.

A Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, foi um dos primeiros atos normativos a regulamentar a proteção e o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, bem como a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para conservação da biodiversidade em conformidade com a CDB e com a CRFB/88.

Esse marco regulatório brasileiro estabeleceu primeiramente a competência da União para fins de autorização de acesso ao patrimônio genético.

⁹ A MP 2.052/2000 estabeleceu a partir dos incisos do art. 7º o conceito legal de: patrimônio genético, conhecimento tradicional associado, comunidade local, acesso ao patrimônio genético, acesso ao conhecimento tradicional associado, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia, bioprospecção, espécie ameaçada de extinção, espécie domesticada, Autorização de Acesso, Termo de Transferência de Material e Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

No que concerne à tutela jurídica do CTA, em sintonia com o direito de autodeterminação estabelecido na Convenção nº 169 da OIT, reconheceu-se o direito das populações tradicionais decidirem sobre o uso de seus conhecimentos associados à biodiversidade, ainda que compreenda um patrimônio cultural brasileiro.

De forma mais específica, o art. 9º da MPV nº 2.186-16/2001 estabeleceu os direitos das populações tradicionais decorrentes do direito patrimonial coletivo sobre o CTA, nos seguintes termos:

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:

I - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;

II - impedir terceiros não autorizados de:

a) utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado;

b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado;

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.

Parágrafo único. Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento.

Embora nesse período inicial, de 2000 a 2015, o marco regulatório tenha se caracterizado pela precariedade do instrumento disciplinador (Medida Provisória), o fato é que essas normas garantiram vários direitos dos detentores de conhecimento tradicional.

4.1.2 O novo regime jurídico de tutela do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados instituído pela Lei nº 13.123/2015

Após cerca de 15 anos de vigência de um regime provisório¹⁰ de tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais correlatos, foi sancionada a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, a disciplinar o acesso ao patrimônio genético,

¹⁰ Provisório no sentido em que foi disciplinado por Medidas Provisórias, que na realidade é um instrumento normativo concebido no ordenamento brasileiro para situações emergenciais. Tal situação reclama críticas no concerne ao CTA, pois, a Convenção 169 da OIT impõe a obrigatoriedade de participação e consulta prévia aos povos interessados quando atos estatais versarem sobre seus interesses, porém a MPV é instrumento normativo emanado pelo Poder Executivo unilateralmente.

sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Embora até o florescer da Lei nº 13.123/2015 se tenha percorrido um longo caminho de tramitação e apreciação legislativa de diversas propostas, o fato é que o novo diploma legal recebeu críticas contundentes quanto à ausência de participação popular, especialmente das comunidades tradicionais, sobretudo, ante a obrigatoriedade do procedimento de consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais, consagrado pela Convenção nº 169 da OIT, para fins de aprovação ou adoção de quaisquer atos ou políticas públicas que versem sobre os interesses destas populações. Pode-se cogitar que essa ausência de participação popular possibilitou a ocorrência de alguns pontos polêmicos na lei, como as dispensas de consulta prévia e as isenções ou limitações de repartição de benefícios. A ausência de consulta prévia e participação dos povos tradicionais na discussão da Lei poderá ensejar a propositura de demandas judiciais com o fito de questionar a validade da norma por descumprimento de requisito legal e, além disso, responsabilização do Estado, conforme aponta Távora (2015, p. 45)

Não identificamos, no histórico da tramitação das proposições que resultaram na Lei nº 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. As poucas oportunidades dadas aos povos indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais para opinar sobre o assunto, em apenas uma audiência pública no Senado Federal, não apenas é insuficiente para caracterizar uma consulta ampla e transparente, como seria desejável num contexto democrático. Essa falha pode expor a União a responsabilização em âmbito nacional e internacional por impor aos índios uma lei sem antes os ouvir devidamente, em afronta ao disposto nessa Convenção.

Analisando a estrutura normativa da Lei Federal nº 13.123/15 compreende-se que a mesma tem por objeto principal a proteção e o acesso ao patrimônio genético, aos conhecimentos tradicionais, e a consequente repartição de benefícios decorrentes do uso destes recursos, no entanto, observa-se que a referida norma disciplina uma quantidade significativa de bens, direitos e obrigações jurídicas, conforme dispõe o art. 1º da Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos:
I - ao acesso ao patrimônio genético do País, bem de uso comum do povo encontrado em condições in situ, inclusive as espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições ex situ, desde que encontrado em condições in situ no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva;

- II - 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;
- III - ao acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica;
- IV - à exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado;
- V - à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, para conservação e uso sustentável da biodiversidade;
- VI - 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
- VII - à implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados.

A Lei positivou ainda uma série de conceitos jurídicos sobre determinados atos, fatos e ou fenômenos que importam ao mundo jurídico e às relações jurídicas disciplinas pela Lei, conforme se depreende do art. 2º e seus trinta e três incisos.

O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético foi reconhecido na Lei nº 13.123/2015 como um bem jurídico socioambiental que integra o patrimônio cultural brasileiro, conforme § 2º do art. 8º, por isso, demanda proteção contra a utilização e exploração ilícita (art. 8º). No entanto, em sua fruição, o CTA continua como um direito de natureza coletiva, “ainda que apenas um indivíduo de população indígena ou de comunidade tradicional o detenha”, nos termos do § 1º, do art. 10 da Lei. A definição da natureza jurídica do CTA é crucial para se determinar o regime de repartição de benefícios, pois, a titularidade do bem (pública ou privada) determinará o tipo de receita pública (originária ou derivada) a ser exigida pelo Estado.

A afirmação do CTA como patrimônio cultural brasileiro implica na possibilidade de depósito deste patrimônio em banco de dados. A Lei elencou (§ 3º, art. 8º) de forma exemplificativa algumas formas de reconhecimento deste patrimônio, a saber: publicações científicas; registros em cadastros ou bancos de dados; ou inventários culturais.

Com o novo diploma legal se estabeleceu um sistema de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional submetido a três procedimentos administrativos distintos, denominados de cadastro, autorização e notificação, conforme o tipo de atividade a ser desenvolvida com o material acessado, sendo

que a competência quanto a gestão, o controle e a fiscalização das atividades e repartição de benefícios prescritas na Lei coube à União. O procedimento de cadastro aplica-se às atividades sem finalidade de exploração econômica. A autorização será exigida quando tratar-se de acesso em área indispensável à segurança nacional e em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva. Já a notificação tem lugar na hipótese de acesso para fins de exploração econômica, situação que demandará a repartição de benefícios.

Como um bem de natureza coletiva, aos provedores do CTA (povos indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam) foram garantidos vários direitos correlatos ao conhecimento tradicional associado, conforme prescreve art. 10 da Lei:

Art. 10. Às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado são garantidos os direitos de:

I - ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação;

II - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;

III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei;

IV - 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;

V - usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das Leis nos 9.456, de 25 de abril de 1997, e 10.711, de 5 de agosto de 2003; e

VI - conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

Cabe ressaltar que o inciso V, ao dispor sobre o uso ou venda de produtos que contenham patrimônio genético impõe a observância da Lei de Proteção de Cultivares e da Lei Nacional do Sistema de Sementes e Mudanças.

A nova Lei condicionou o acesso ao conhecimento tradicional associado à obtenção do consentimento prévio informado da população tradicional¹¹ interessada,

¹¹ O §1º do art. 9º elenca povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares. No entanto, o conceito de populações ou comunidades tradicionais é mais amplo, pois faz referência a “grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”, conforme inciso IV do art. 2º da Lei. Do mesmo modo, a Lei traz uma conceituação de agricultores familiares, como “pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar”, conceituação esta com menor restrição em termos de

que é o ato formal, concedido pela população tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários, segundo definição da própria lei em seu art. 2º, inciso VI. No entanto, a Lei inovou ao prescrever hipóteses de “isenção” à obrigatoriedade de obtenção do consentimento prévio informado, inovação esta que é altamente questionada por contrariar diversas normas internacionais de direitos humanos, especialmente a Convenção nº 169 da OIT.

De tal maneira, a Lei dispôs que o consentimento prévio informado é obrigatório apenas na hipótese de acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável, conforme prevê o art. 9º. Por outro lado, haverá isenção de consentimento na hipótese de acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável (art. 9º, § 2º), assim entendido como 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”, nos termos do inciso III, do art. 2º da Lei. A segunda hipótese de isenção de consentimento prévio para acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional decorre da “equiparação legal” a conhecimento tradicional não identificável de variedade tradicional local ou crioula¹², ou raça localmente adaptada ou crioula¹³ para fins de atividades agrícolas¹⁴.

Contudo, deve-se ressaltar que a prescrição de isenção de consentimento prévio para fins de atividades agrícolas colide frontalmente com as regras e princípios do Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura da FAO (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação), internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 6.476, de 5 de Junho de 2008,

vinculação cultural entre seus membros.

¹² Definido legalmente pelo inciso XXXII, do art. 2º, como “variedade proveniente de espécie que ocorre em condição **in situ** ou mantida em condição **ex situ**, composta por grupo de plantas dentro de um táxon 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.”

¹³ Definição legal dada pelo inciso XXXIII, do art. 2º, como “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.”

¹⁴ Trata-se de definição legal, delineada pelo inciso XXIV, do art. 2º, e corresponde a “atividades de produção, processamento e comercialização de alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas.”

e, como apontado acima, também contraria a Convenção nº 169 da OIT, pois a consulta prévia foi reconhecida como um “direito” das populações tradicionais contra quaisquer empreitadas que possam lhes causar prejuízo de qualquer ordem. Igualmente, tal prescrição colide também com a Convenção da Diversidade Biológica, vez que esta impõe o direito de participação das populações interessadas em qualquer hipótese de acesso a material genético mediante uso do seu conhecimento.

A lei disciplinou quatro formas de comprovação da obtenção do consentimento prévio informado, conforme prescreve o §1º, art. 9º, nos seguintes termos:

Art. 9º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.

§ 1º A comprovação do consentimento prévio informado poderá ocorrer, a critério da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional, pelos seguintes instrumentos, na forma do regulamento:

I - assinatura de termo de consentimento prévio;

II - registro audiovisual do consentimento;

III - parecer do órgão oficial competente; ou

IV - adesão na forma prevista em protocolo comunitário.

Pelo que se depreende do texto, o consentimento prévio informado foi tomado como simples procedimento probatório, quando na realidade trata-se do resultado de um complexo processo de reflexão sobre a função do conhecimento tradicional e sobre o papel de seus portadores (povos tradicionais) para um dado empreendimento (seja científico, cultural ou comercial), sendo que este processo deve pautar-se por alguns princípios, como: garantia da ampla participação das populações interessadas, a transparência, a boa-fé, a clareza dos riscos e benefícios, bem como o acesso irrestrito às informações que possam auxiliar nas deliberações das comunidades. Merece críticas também o inciso III, pois o parecer de um órgão oficial não substitui ou presta-se como prova de obtenção do consentimento prévio, o que está em desacordo com a Convenção nº 169 da OIT que garante tanto o direito de consulta prévia quanto o direito de autodeterminação dos povos. Por último, deve-se salientar que o texto legal não prescreve a quem caberá a responsabilidade de obtenção do consentimento prévio junto às populações tradicionais.

Foi mantido o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen, órgão colegiado com funções de natureza deliberativa, normativa, consultiva e recursal, e

com incumbência de coordenar a elaboração e a implementação de políticas públicas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, bem como da repartição de benefícios.

Como autoridade nacional responsável pela gestão do sistema, o CGen deve ser composto por representantes do Estado e da sociedade civil, neste caso em no mínimo 40% (quarenta por cento) e no máximo 60% (sessenta por cento) dos assentos, sendo estes representantes advindos dos setores empresarial, acadêmico, e povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

Nota-se que foi garantida a participação das populações tradicionais no CGen, no entanto, o órgão tem menos atribuições do que outrora, especialmente em razão do novo procedimento de cadastro autodeclaratório, além disso, o seu poder decisório foi restringido em parte.

A Lei 13.123/2015 organizou em um capítulo (VIII) disposições concernentes a reformulação de pedido, adequação e regularização de atividades de acesso e remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado ocorridos antes da Lei. Tratou-se de reformulação de pedido (art. 35) os casos de requerimentos de autorização ou regularização de acesso ou exploração econômica ainda em trâmite na data de entrada em vigor da Lei. A Lei estabeleceu o prazo de 01 (um) ano para efetivação dessa obrigação, contado da data da disponibilização do cadastro pelo CGen. A adequação (art. 37) tem lugar nas hipóteses de atividades de acesso ou exploração econômica sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado realizadas a partir de 30/06/2000 e em conformidade com a MPV 2.186-16/2001. Essa obrigação deve ocorrer também no prazo de 01 (um) ano e impõe o dever de adequar-se ao novo sistema da Lei 13.123/2015, qual seja realizar o pedido de cadastro, a notificação e a repartição de benefícios referentes à exploração econômica (exceto se já realizada), conforme o caso. Exige-se a regularização (art. 38) nos casos de acesso e ou exploração econômicas realizadas a partir de 30 de junho de 2000 até a entrada em vigor da lei atual, em desacordo com a legislação antecedente (MPV 2.186-16/2001). Esse procedimento deve ocorrer também no prazo de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do cadastro pelo CGen, exigindo-se a assinatura de Termo de Compromisso a ser firmado entre o usuário e a União, o qual será dispensado na hipótese de atividades exclusivamente de pesquisa científica.

A intenção de adequar e regularizar situações anteriores pode ser compreendida como necessária, no entanto, o que pode suscitar conflitos jurídicos é o fato da Lei prever “anistia” aos atos praticados irregularmente antes de sua vigência, mesmo em situações cujo procedimento administrativo de apuração de responsabilidade já tenha se findado (é o que se depreende do art. 38, § 3^o¹⁵). A Lei prevê (art. 41) ainda a suspensão da aplicação e da exigibilidade de sanções administrativas, as quais poderão ser extintas após cumpridas as obrigações do Termo de Compromisso. O pedido de regularização permite a continuidade da análise de requerimento de direito de propriedade industrial em andamento no órgão competente.

A Lei concedeu ainda uma anistia no caso de multas já aplicadas na proporção de 90% (noventa por cento) para os que efetivarem o Termo de Compromisso, e ainda remitiu (art. 44) as “indenizações civis relacionadas a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado das quais a União seja credora”. O usuário em processo de regularização de acesso antes da vigência da nova Lei pode ainda optar por repartir os benefícios de acordo com a legislação anterior.

Por fim, cabe destacar que a Lei nº 13.123/2015 vedou o acesso a pessoa natural estrangeira, no entanto, não estabeleceu restrições ao acesso a pessoa jurídica na modalidade de microempreendedor individual - MEI, que pode ser formalizada por estrangeiro com visto permanente, sem contar ainda com a possibilidade de isenção da repartição de benefícios estabelecida pela Lei ao MEI.

4.1.3 O direito de repartição de benefícios no regime jurídico da Lei nº 13.123/2015

A Lei disciplinou o direito à repartição de benefícios, no entanto, prescreveu várias restrições ou limitações a esse direito. Aliás, o art. 17 da Lei estabeleceu como requisito da repartição a ocorrência de “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”.

¹⁵ O dispositivo prevê “extinção da exigibilidade das sanções administrativas”, desde que a infração tenha sido cometida até o dia anterior à data de entrada em vigor da Lei 13.123/15.

Por outro lado, na hipótese de produto acabado a repartição de benefício tem como condição que o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado represente um dos elementos principais de agregação de valor¹⁶, conforme o mesmo art. 17.

Conforme se depreende do texto legal, as duas condicionantes devem ser verificadas cumulativamente para que se configure o direito à repartição de benefícios, o que, na realidade, impõe uma situação de incerteza aos provedores do conhecimento tradicional, pois, caso o usuário acesse o CTA ou mesmo o patrimônio genético e desenvolva produtos, mas nunca os explore, também não haverá a obrigação de repartição. Sucede que essa orientação normativa da Lei nº 13.123/15 contraria, mais uma vez, as regras e princípios da CDB, do Protocolo de Nagoya, além do Acordo FAO e da Convenção nº 169 da OIT.

Outro ponto da Lei que deve ser submetido a críticas refere-se à orientação legal de responsabilizar pela obrigação de repartição de benefícios “apenas o último elo da cadeia produtiva”, isentando os demais elos (fabricantes ou desenvolvedores de produtos intermediários) ao longo da cadeia produtiva, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente, conforme se extrai do § 1º, do art. 17 e do § 1º, do art. 18. Cabe destacar que a Lei sequer aventa a hipótese de responsabilidade subsidiária dos elos intermediários da cadeia produtiva.

Haverá ainda isenção da obrigação de repartição de benefícios, conforme § 5º, do art. 17, às microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais, bem como aos 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 nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). A Lei tenta compensar essa isenção através de acesso ao Programa Nacional de Repartição de Benefícios, no entanto, tal programa trata-se de uma política pública, por isso, custeada com recursos de natureza pública, logo, os usuários do CTA ou do patrimônio genético serão beneficiados sem qualquer contrapartida, o que representa uma lesão a direitos das populações tradicionais.

Outro ponto que chama atenção é o comando inserto no art. 17, § 7º da Lei

¹⁶ O texto legal compreende como elementos principais de agregação de valor aqueles “cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para

que busca disciplinar fatos (produção de material acabado ou reprodutivo) a ocorrer fora do território nacional, o que encontra óbice no disposto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Quanto às modalidades de repartição de benefícios, a Lei estabelece (art. 19) as formas monetárias e não monetárias, sendo que para esta modalidade apresenta o seguinte rol exemplificativo: projetos de preservação ou manutenção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais; transferência de tecnologias¹⁷; disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; licenciamento de produtos livre de ônus; capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social.

A Lei estabeleceu ao usuário o direito de eleger a modalidade de repartição de benefícios, no caso de acesso a patrimônio genético sem vinculação a CT, conforme prescreve o art. 19, § 1º, no entanto, esse comando inverte a lógica de nosso sistema jurídico, pois estabelece a supremacia do interesse privado sobre o público, já que o patrimônio genético é, enquanto bem ambiental, de uso comum e, por isso, não comporta tal disponibilidade.

A Lei estabeleceu regras diferentes para a repartição monetária em conformidade com os distintos tipos de acesso: ao patrimônio genético, ao CTA de origem não identificável e ao CTA de origem identificável.

Na modalidade de repartição monetária de benefícios decorrente de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável foi estabelecido um teto (arts. 20, 21 e 23), correspondente a uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, que poderá sofrer redução para até 0,1% (um décimo por cento) por acordo setorial, com a finalidade de garantir a competitividade do setor contemplado.

Na hipótese de acordo setorial, a Lei informa que órgãos oficiais de defesa

a formação do apelo mercadológico”, consoante art. 1º, inciso XVIII.

¹⁷ O § 3º do art. 19 elenca algumas formas possíveis de transferência de tecnologia: I - participação na pesquisa e desenvolvimento tecnológico; II - intercâmbio de informações; III - intercâmbio de recursos humanos, materiais ou tecnologia entre instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada, e instituição de pesquisa sediada no exterior; IV - consolidação de infraestrutura de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico; e V - estabelecimento de empreendimento conjunto de base tecnológica.

dos direitos de povos indígenas e de comunidades tradicionais “poderão” ser ouvidos sobre o tema, o que gera conflito normativo, pois, o direito de participação deve ser pleno.

A repartição monetária de benefícios referente ao conhecimento tradicional associado de origem identificável será negociada, consoante art. 24, §1º, “de forma justa e equitativa entre as partes, atendendo a parâmetros de clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas, que deverão indicar condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curto, médio e longo prazo”.

Para os demais provedores do mesmo conhecimento tradicional a Lei pontua que a repartição será na modalidade monetária, porém através do Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios – FNRB, sendo devida a metade do previsto no art. 20 ou em acordo setorial, cabendo destacar que a Lei não dispõe sobre acordos setoriais aos conhecimentos tradicionais associados identificáveis, o que gera dúvidas.

A Lei dispõe ainda sobre as partes contratantes do acordo de repartição de benefícios que, na hipótese de acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado de origem não identificável, será a União e o usuário; ou na hipótese de acesso a conhecimento tradicional associado de origem identificável, serão partes o provedor de conhecimento tradicional associado e o usuário. A lei dispôs ainda sobre as cláusulas¹⁸ essenciais do contrato de repartição.

Disposição que poderá ser bastante prejudicial aos povos tradicionais refere-se a dissociação operada pela Lei entre o CTA e o patrimônio genético, em matéria de repartição de benefícios, pois dispensa o usuário de repartir benefícios referentes ao patrimônio genético quando o acesso incidir sobre o CTA, conforme o art. 25, § 3º.

As sanções administrativas foram apresentadas no texto legal de forma geral, de modo que qualquer conduta que viole a Lei nº 13.123/2015 será caracterizada infração administrativa, embora sem a devida correlação entre a conduta e a sua respectiva sanção, ou seja, não tipificou condutas, em total afronta ao princípio da legalidade.

Cabe destacar, por fim, que a Lei prescreveu (art. 46, parágrafo único) que “a

¹⁸ As cláusulas essenciais são: produtos objeto de exploração econômica; prazo de duração; modalidade de repartição de benefícios; direitos e responsabilidades das partes; direito de

repartição de benefícios prevista no Protocolo de Nagoia não se aplica à exploração econômica, para fins de atividade agrícola, de material reprodutivo de espécies introduzidas no País pela ação humana até a entrada em vigor desse Tratado”, o que, na realidade, está em total dissonância com o Protocolo de Nagoya, principal norma internacional que disciplina a repartição de benefícios.

A Lei nº 13.123/15 apresentou como inovação a figura (art. 30) do Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios – FNRB, de natureza financeira e subordinado ao Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável. A composição, organização e funcionamento do FNRB ficou a cargo de regulamentação presidencial, no entanto, foi assegurada na Lei a participação das populações tradicionais na gestão do fundo.

Juntamente com o FNRB a Lei instituiu também o Programa Nacional de Repartição de Benefícios - PNRB, enquanto política pública destina à conservação da sociobiodiversidade, com 15 finalidades¹⁹ elencadas nos incisos do art. 33.

4.2 Repartição justa e equitativa de benefícios no ordenamento internacional

Os requisitos regulamentares para fixar a obrigação de repartição de benefícios oriundos do acesso a recursos naturais têm como parâmetros, no âmbito

propriedade intelectual; rescisão; penalidades; e foro no Brasil.

¹⁹ O art. 33, em seus 15 incisos prescreve como finalidades do PNRB: I - conservação da diversidade biológica; II - recuperação, criação e manutenção de coleções ex situ de amostra do patrimônio genético; III - prospecção e capacitação de recursos humanos associados ao uso e à conservação do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; IV - proteção, promoção do uso e valorização dos conhecimentos tradicionais associados; V - implantação e desenvolvimento de atividades relacionadas ao uso sustentável da diversidade biológica, sua conservação e repartição de benefícios; VI - fomento a pesquisa e desenvolvimento tecnológico associado ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado; VII - levantamento e inventário do patrimônio genético, considerando a situação e o grau de variação das populações existentes, incluindo aquelas de uso potencial e, quando viável, avaliando qualquer ameaça a elas; VIII - apoio aos esforços das povos indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais no manejo sustentável e na conservação de patrimônio genético; IX - conservação das plantas silvestres; X - desenvolvimento de um sistema eficiente e sustentável de conservação ex situ e in situ e desenvolvimento e transferência de tecnologias apropriadas para essa finalidade com vistas a melhorar o uso sustentável do patrimônio genético; XI - monitoramento e manutenção da viabilidade, do grau de variação e da integridade genética das coleções de patrimônio genético; XII - adoção de medidas para minimizar ou, se possível, eliminar as ameaças ao patrimônio genético; XIII - desenvolvimento e manutenção dos diversos sistemas de cultivo que favoreçam o uso sustentável do patrimônio genético; XIV - elaboração e execução dos Planos de Desenvolvimento Sustentável de Populações ou Comunidades Tradicionais; e XV - outras ações relacionadas ao acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, conforme o regulamento.

internacional, as disposições da CDB, as Diretrizes de Bonn, o Protocolo de Nagoia e as próprias decisões das Conferências das Partes.

A repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos é um dos objetivos da CDB, e representa um verdadeiro mecanismo de conservação da sociobiodiversidade, pois visa equilibrar as relações que envolvem o acesso e a exploração de recursos naturais e/ou conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade entre os países ou corporações usuárias e os países ou comunidades provedoras desses recursos naturais, na medida em que possibilita a compensação (monetária ou não) pelo ônus da preservação e manutenção desses recursos naturais e conhecimentos correlatos.

Gross (2013, p. 11) destaca que antes da pactuação da CDB o princípio prevalente era, em termos de utilização da biodiversidade, o do livre acesso aos recursos genéticos. Aliás, esse princípio vigorou por séculos, e foi claramente evidenciado com o fenômeno das expansões territoriais e comerciais promovidas pelas civilizações europeias. A dispersão de recursos genéticos resultou em diversos benefícios para a humanidade, no entanto, os dias atuais anunciam o perigo da escassez de recursos genéticos e, por outro lado, os atuais sistemas de proteção da propriedade intelectual impõe restrições normativas que impossibilitam os países provedores de participar dos benefícios resultantes da exploração de seus próprios recursos biológicos. Gross (2013, p. 12) destaca ainda que:

A CDB, assim, incorpora a proposta feita pelos países em desenvolvimento, a qual pode ser assim definida: em troca da conservação e da permissão de uso sustentável de seus recursos biológicos, os países teriam direito a uma parte equitativa dos benefícios econômicos decorrentes dos produtos desenvolvidos a partir da composição genética dos recursos biológicos.

Esse compromisso, que na realidade é o terceiro pilar ou objetivo da CDB, é delineado nos artigos de 15 a 20 da Convenção. Em termos de fundamento, a obrigatoriedade da repartição de benefícios decorre do texto da CDB que em seu preâmbulo reconhece, por um lado, a “estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e povos indígenas com estilos de vida tradicionais”, por outro, a necessidade de apoiar as “práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes”.

No mesmo sentido, cabe lembrar que a Convenção nº 169 da OIT prescreve que os recursos naturais existentes nos territórios de populações tradicionais

deverão ser especialmente protegidos.

Contudo, deve-se ressaltar que a CDB prescreve a repartição de benefício como um direito, porém não disciplinou as regras específicas ao exercício desse direito, deixando apenas assinaladas as premissas básicas (pelo que se extrai dos arts. 15 a 20 da Convenção) para a implementação desse direito, a saber:

a) reconhecimento da soberania estatal sobre os recursos naturais e seu respectivo acesso;

b) a imposição de negociação de termos mutuamente acordados para efetivação do acesso;

c) a exigência do consentimento prévio fundamentado da parte provedora dos recursos naturais ou gnosiológicos;

d) a realização de pesquisas científicas com a participação da parte provedora dos recursos, especialmente aos países em desenvolvimento;

e) obrigação de compartilhar de forma justa e equitativa, e de comum acordo, os resultados das pesquisas e de seus usos comerciais;

f) permissão ou facilitação às Partes Contratantes, em condições justas e favoráveis, de transferência de tecnologia pertinentes à conservação da biodiversidade;

g) adequação dos direitos de propriedade intelectual aos objetivos da Convenção, de modo que não representem obstáculos a efetivação destes;

h) obrigação de proporcionar o intercâmbio de informações, disponíveis ao público, pertinentes à conservação da biodiversidade;

i) promoção de cooperação técnica e científica entre as Partes Contratantes, especialmente em relação aos países em desenvolvimento;

j) permissão da participação efetiva, em atividades de pesquisa biotecnológica, das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, com acesso prioritário aos resultados e benefícios derivados das biotecnologias baseadas em recursos das quais são provedoras;

l) elaboração de protocolo, com concordância previa fundamentada, para fins de a transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo vivo modificado pela biotecnologia, inclusive, com a obrigação de fornecimentos de informações quanto às normas de segurança e riscos ambientais destes organismos;

A implementação dessas premissas ficou a cargo da Conferência da Partes - COP, órgão reitor da CDB e, por isso, responsável por promover sua aplicação e implementação através de decisões adotadas em suas reuniões periódicas, sendo que até o presente momento já se realizaram 12 reuniões ordinárias e 01 extraordinária. De 1994 a 1996 realizaram-se reuniões ordinárias anuais, sendo que atualmente tem-se a periodicidade de 2 anos. As reuniões realizaram-se nos seguintes locais e anos²⁰: COP 1 - Nassau, Bahamas, 1994; COP 2 - Jakarta, Indonesia, 1995; COP 3 - Buenos Aires, Argentina, 1996; COP 4 - Bratislava, Eslovaquia, 1998; EXCOP 1 - Cartagena, Colombia e Montreal, Canadá, 22 - 23 fevereiro de 1999 e 24 - 28 janeiro de 2000; COP 5 - Nairobi, Kenia, 2000; COP 6 – Haia, Holanda, 2002; COP 7 - Kuala Lumpur, Malasia, 2004; COP 8 - Curitiba, Brasil, 2006; COP 9 - Bonn, Germany, 2008; COP 10 - Nagoya, Japão, 2010; COP 11 - Hyderabad, India, 2012; COP 12 - Pyeongchang, Republica da Korea, 2014; COP 13 - Cancun, México, entre 4 e 17 de dezembro de 2016.

O acesso a recursos naturais e a repartição de benefícios foram temas principais em diversas reuniões da COP, mas receberam destaque especial nas COP's de Bonn e de Nagoia, pois, na primeira, se estabeleceram as “diretrizes” (presentes já na COP 6, em Haia²¹) para o Sistema Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios – ABS²², e na segunda, acordaram os termos do Protocolo Internacional de ABS.

As Diretrizes de Bonn (decisão 24, da COP 6, ou Decision VI/24²³) apresentaram as balizas para a criação dos sistemas internos de ABS para os Estados Parte, porém, deve-se destacar que as mesmas têm caráter apenas recomendatório, ou seja, sem efeito vinculante ou de obrigatoriedade (*soft law*). No entanto, a despeito desta circunstância, as Diretrizes delinearão de modo claro formas hábeis à implementação de medidas legislativas e administrativas capazes para efetivar o terceiro pilar da CDB.

²⁰ Conforme sítio eletrônico internacional da CDB, disponível em: <<https://www.cbd.int/cop/>> acesso em 17/11/2016.

²¹ A COP 6 foi sediada em Haia, mas houve uma segunda parte na qual surgiram as referidas diretrizes, já na cidade de Bonn, Alemanha.

²² Sigla do termo em inglês: “Access and Benefit Sharing”.

²³ Disponível no sítio eletrônico internacional da CDB, em <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7198>>, acesso em 17/11/2016, ou no sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente do Brasil, em <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cop6ing_72.pdf>, acesso em 17/11/2016.

Seguindo a linhas mestras da Convenção, as Diretrizes de Bonn informam em seu texto 11 objetivos²⁴, no entanto, a própria CDB os resume, em cartilha veiculada em 2012²⁵, em 2 objetivos principais, quais sejam: a) orientar a criação de sistemas legais nacionais aos Estados Parte, na condição de provedores, através da indicação dos elementos e procedimentos essenciais desses sistemas; b) auxiliar provedores e usuários a negociar as condições dos termos mutuamente acordados, com indicações dos elementos essenciais dos contratos.

Desse modo, no intuito de concretizar o terceiro objetivo da CDB, as Diretrizes lançaram-se à empreitada de descrever procedimentos²⁶ relativos ao acesso e a repartição de benefícios, inclusive com a apresentação de rol exemplificativo de formas de repartição de benefícios, monetária e não monetária.

As Diretrizes reafirmam o Consentimento Prévio Informado (PIC) como ponto fundamental do ABS, por isso, dispõe sobre os princípios (art. 26) fundamentais

²⁴ 11. The objectives of the Guidelines are the following: (a) To contribute to the conservation and sustainable use of biological diversity; (b) To provide Parties and stakeholders with a transparent framework to facilitate access to genetic resources and ensure fair and equitable sharing of benefits; (c) To provide guidance to Parties in the development of access and benefit-sharing regimes; (d) To inform the practices and approaches of stakeholders (users and providers) in access and benefit-sharing arrangements; (e) To provide capacity-building to guarantee the effective negotiation and implementation of access and benefit-sharing arrangements, especially to developing countries, in particular least developed countries and small island developing States among them; (f) To promote awareness on implementation of relevant provisions of the Convention on Biological Diversity; (g) To promote the adequate and effective transfer of appropriate technology to providing Parties, especially developing countries, in particular least developed countries and small island developing States among them, stakeholders and indigenous and local communities; (h) To promote the provision of necessary financial resources to providing countries that are developing countries, in particular least developed countries and small island developing States among them, or countries with economies in transition with a view to contributing to the achievement of the objectives mentioned above; (i) To strengthen the clearing-house mechanism as a mechanism for cooperation among Parties in access and benefit-sharing; (j) To contribute to the development by Parties of mechanisms and access and benefit-sharing regimes that recognize the protection of traditional knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities, in accordance with domestic laws and relevant international instruments; (k) To contribute to poverty alleviation and be supportive to the realization of human food security, health and cultural integrity, especially in developing countries, in particular least developed countries and small island developing States among them; (l) Taxonomic research, as specified in the Global Taxonomy Initiative, should not be prevented, and providers should facilitate acquisition of material for systematic use and users should make available all information associated with the specimens thus obtained. Texto original, disponível em Disponível no sítio eletrônico internacional da CDB, em <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7198>>, acesso em 17/11/2016, ou no sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente do Brasil, em <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cop6ing_72.pdf>, acesso em 17/11/2016.

²⁵ Material sem informações de catalogação internacional, disponível no sítio eletrônico internacional da CDB, em <<https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/web/factsheet-bonn-pt.pdf>>, acesso em 17/11/2016.

²⁶ Textualmente "IV. STEPS IN THE ACCESS AND BENEFIT-SHARING PROCESS", que em livre tradução, o documento trata de "etapas ou passos" no processo de acesso e repartição de benefícios.

deste processo, que podem ser compreendidos em:

- a) clareza e segurança jurídica;
- b) facilitação do acesso aos recursos a custo mínimo;
- c) restrições de acesso transparentes, baseadas em fundamentos legais, e não contrariar os objetivos da Convenção;

Nesse sentido, dispôs-se sobre os elementos prioritários (art. 27) do sistema PIC, a saber:

- a) autoridade(s) competente(s) a conceder ou fornecer provas de consentimento prévio fundamentado;
- b) estabelecimento prazos para obtenção do PIC;
- c) especificação dos pretendidos usos dos recursos;
- d) estabelecimento de procedimentos²⁷ para obtenção do PIC;
- e) mecanismos de consultas às partes interessadas;
- f) processo formal, documentado por escrito ou uso de formulários;

Igualmente, as Diretrizes dispuseram (art. 42) sobre os princípios dos termos mutuamente acordados (previsto no Convenção em seu art. 15, parágrafo 7º), da seguinte forma:

- a) clareza e segurança jurídica;
- b) minimização dos custos das transações;
- c) inclusão de disposições sobre as obrigações de usuários e provedores;
- d) desenvolvimento de diferentes acordos contratuais, conforme os recursos a acessar, bem como desenvolvimentos de acordos padronizados;
- e) negociação eficiente em prazos razoáveis;
- f) termos acordados devem ser preferencialmente por escrito.

Há ainda a indicação (art. 44) dos termos ou cláusulas típicas de um acordo

²⁷ Ao tratar dos procedimentos, as Diretrizes apontam (art. 36) as diversas circunstâncias a ser informadas pelos usuários aos provedores, a saber: (a) Legal entity and affiliation of the applicant and/or collector and contact person when the applicant is an institution; (b) Type and quantity of genetic resources to which access is sought; (c) Starting date and duration of the activity; (d) Geographical prospecting area; (e) Evaluation of how the access activity may impact on conservation and sustainable use of biodiversity, to determine the relative costs and benefits of granting access; (f) Accurate information regarding intended use (e.g.: taxonomy, collection, research, commercialization); (g) Identification of where the research and development will take place; (h) Information on how the research and development is to be carried out; (i) Identification of local bodies for collaboration in research and development; (j) Possible third party involvement; (k) Purpose of the collection, research and expected results; (l) Kinds/types of benefits that could come from obtaining access to the resource, including benefits from derivatives and products arising from the commercial and other utilization of the genetic resource; (m) Indication of benefit-sharing arrangements; (n) Budget; (o)

ABS, a saber:

- a) tipo e quantidade dos recursos genéticos e sua área geográfica e ecológica de origem;
- b) limitações nos possíveis usos dos recursos;
- c) reconhecimento dos direitos soberanos do país de origem;
- d) identificação das transferências de tecnologias;
- e) cláusulas de circunstâncias de renegociação do acordo;
- f) possibilidade de transferência dos recursos a terceiros e sob quais condições;
- g) disposição sobre o respeito e preservação do o conhecimento, das inovações e das práticas das populações tradicionais, bem como sobre a proteção e incentivo da utilização habitual dos recursos em conformidade com as práticas tradicionais;
- h) termo de confidencialidade das informações, se necessário;
- i) disposição sobre repartição de benefícios decorrentes da exploração comercial e utilização dos recursos genéticos.

As Diretrizes tratam ainda da repartição de benefícios no que concerne aos tipos de benefícios (monetário e não monetários), prazo dos benefícios (curto, médio e longo) e mecanismos de repartição de benefícios.

Como dito, as Diretrizes receberam críticas em razão da ausência de força cogente, mas representaram o grande passo rumo à efetivação do terceiro fundamento da CDB, abrindo caminho para concretização desse feito através do Protocolo de Nagoia²⁸, que é fruto da 10ª Conferência das Partes, ocorrida em 2010²⁹ em Nagoia, Japão, e que foi assinado pelo Brasil em fevereiro de 2011.

Várias são as motivações que fundamentam o Protocolo de Nagoia, conforme

Treatment of confidential information.

²⁸ Texto em português disponibilizado pelo Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN em seu sítio eletrônico, endereço de acesso: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf>, acesso em 17/11/2016.

²⁹ O Protocolo de 2010 é o resultado de diversos debates e negociações, que se iniciam em 2002, em Joanesburgo, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, quando os representantes dos Estados Parte entenderam pela necessidade de se acordar, no contexto da CDB, um regime internacional que disciplinasse a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos naturais, negociação esta iniciada em 2004, na Conferência das Partes da CDB. Em 2006, realizou-se em Curitiba a oitava reunião da Conferência das Partes, e se fixou o ano de 2010 como prazo para findar as negociações, na décima reunião. Assim, o Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Decorrentes da sua Utilização foi aprovado em Nagoia, no Japão, em 29 de outubro de 2010.

se extrai de seu preâmbulo, contudo, dentre todas se destacam:

a) o reconhecimento da necessidade de promover a conscientização pública do valor econômico dos ecossistemas e da biodiversidade e de que a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração da biodiversidade com os guardiães da biodiversidade é um instrumento chave para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;

b) o reconhecimento de que o acesso com repartição de benefícios pode também contribuir na erradicação da pobreza, o que também é almejado pela CDB;

c) a demanda por propiciar segurança jurídica sobre o acesso e repartição de benefícios, tanto de usuários quanto de provedores de recursos naturais;

d) a importância dos recursos genéticos para segurança alimentar, a saúde pública, a conservação da biodiversidade e a mitigação e adaptação às mudanças climáticas;

e) da inter-relação entre recursos genéticos e conhecimento tradicional, sua natureza inseparável para comunidades indígenas e locais, da importância do conhecimento tradicional para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes e para a sustentabilidade dos meios de subsistência dessas comunidades,

f) a importância da promoção da equidade e da justiça na negociação de termos mutuamente acordados entre provedores e usuários de recursos genéticos e CTA.

O fato é que as disposições da Convenção podem balizar os parâmetros para se estabelecer um sistema nacional de acesso ao patrimônio genético, mas é insuficiente, por si só, para estabelecer um sistema internacional, de maneira que um dado país não poderia reclamar sobre o acesso indevido em seu território se a pesquisa ou exploração se efetivasse em outro país. Por isso, o Protocolo de Nagoia torna-se a grande referência para fins de constituição de um sistema internacional de acesso e repartição de benefícios decorrentes de uso de recursos naturais, como aponta Gross (2013, p. 16).

Segundo Gross (2013, p. 16-17), a implementação de um sistema de repartição de benefícios atende a duas preocupações da CDB, a primeira diz respeito à criação de alternativa à conversão (para não dizer degradação) de ecossistemas ricos em biodiversidade em simples ambientes de produção de

commodities agrícolas e, além disso, manter a diversidade cultural e social desses ecossistemas, pois, há evidências da estreita relação entre preservação ambiental e diversidade sociocultural; a segunda preocupação está relacionada com a segurança jurídica exigida pelo mercado, pois, a inexistência de regras claras amplia enormemente a possibilidade de se gerar conflitos jurídicos e, com isso, frustrar-se o desenvolvimento de produtos.

Assim, o Protocolo de Nagoia deve ser compreendido como a norma internacional para dar eficácia ao terceiro objetivo da CDB (o acesso adequado e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos), previsto no Art. 1 e delineado em seus artigos de 15 a 19, por isso, o Protocolo estabeleceu o marco regulatório internacional para acesso a recursos genéticos e conhecimento tradicional associado, bem como à repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração desses bens. Com esse novo instrumento normativo busca-se assegurar aos provedores a observância por parte dos usuários dos direitos e deveres estabelecidos na CDB quanto ao acesso e a repartição de benefícios.

Segundo Gross (2013, p. 20), o Protocolo tem como princípios básicos a segurança jurídica e a transparência, por isso, o mesmo estabelece um “arco de proteção” sustentado em dois pilares, o primeiro concernente ao direito do país provedor estabelecer (em razão do princípio da soberania sobre os recursos naturais) os procedimentos legais a serem observados para fins de acesso e coleta dos recursos naturais, que deverá passar pelo crivo de autoridade nacional do país provedor; o segundo pilar cuida da obrigação dos países de assegurarem que em seus territórios a utilização de recursos naturais deverá obedecer ao regramento do país provedor. Para efetivar esses pilares o Protocolo criou o mecanismo do Certificado de Conformidade Internacional, emitido pelo escritório central de intermediação de acesso e repartição de benefício da CDB, em Montreal.

O Protocolo diferencia-se em relação às Diretrizes de Bonn por ser dotado de força cogente, por isso, impôs às Partes signatárias a obrigação de adotarem medidas concretas em relação ao acesso aos recursos genéticos e à repartição de benefícios. Suas normas dispõem sobre a obrigatoriedade do consentimento prévio fundamentado (PIC), a celebração de termos mutuamente acordados, as modalidades de repartição de benefícios (com rol exemplificativo em seu anexo),

medidas de combate ao acesso indevido (biopirataria), bem como normas sobre a harmonização com outros tratados (art. 4).

A obrigatoriedade do PIC está prevista no Artigo 6 do Protocolo, e se configura como pré-requisito ao acesso aos recursos naturais, de maneira que o parágrafo 3 do referido artigo dispõe que os procedimentos e as medidas legislativas, administrativas ou políticas necessárias devem:

- (a) proporcionar segurança jurídica, clareza e transparência em sua legislação ou seus regulamentos nacionais de acesso e repartição de benefícios;
- (b) estabelecer normas e procedimentos justos e não arbitrários sobre o acesso a recursos genéticos;
- (c) prestar informação sobre como requerer o consentimento prévio informado;
- (d) conceder decisão escrita clara e transparente pela autoridade nacional competente, de maneira econômica e em um prazo razoável;
- (e) determinar emissão, no momento do acesso, de licença ou seu equivalente como comprovante da decisão de outorgar o consentimento prévio informado e do estabelecimento de termos mutuamente acordados, e notificar o Centro de Intermediação de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios;
- (f) conforme o caso e sujeito à legislação nacional, estabelecer critérios e/ou procedimentos para a obtenção do consentimento prévio informado ou aprovação e participação de comunidades indígenas e locais para acesso aos recursos genéticos; e

No que concerne aos Termos Mutuamente Acordados, os mesmos são disciplinados pelo artigo 6, parágrafo 3, alínea “g”, da seguinte forma:

- [...]
- (g) estabelecer normas e procedimentos claros para o requerimento e o estabelecimento de termos mutuamente acordados. Tais termos serão estabelecidos por escrito e podem incluir, entre outros:
 - (i) cláusula sobre solução de controvérsias;
 - (ii) cláusulas sobre a repartição de benefícios, inclusive em relação a direitos de propriedade intelectual;
 - (iii) cláusulas sobre a utilização subsequente por terceiros, caso haja; e
 - (iv) cláusulas sobre mudanças de intenção, quando aplicável.

Os Termos Mutuamente Acordados são abordados também no Artigo 7, que dispõe sobre o estabelecimento destes termos juntamente com o processo de obtenção do consentimento prévio informado como pressupostos do acesso aos CTA, entre usuários e populações tradicionais provedoras. Por outro lado, o artigo 18 do Protocolo estabelece normas para o cumprimento dos Termos, no caso, dispõe sobre a necessidade de inclusão de cláusulas com a previsão dos meios ou formas de solução de eventuais litígios³⁰. Assim como nas Diretrizes, o Protocolo

³⁰ O parágrafo 1 do artigo 18, elenca como cláusulas necessárias: (a) a jurisdição à qual submeterão quaisquer processos de solução de controvérsias; (b) a lei aplicável; e/ou (c) opções para solução

prevê o desenvolvimento de cláusulas ou acordos modelo.

No que diz respeito à repartição de benefícios, o Protocolo ratificou as disposições da CDB sobre a temática, inclusive quanto às modalidades (monetária e não monetária, sendo que foi apresentado como anexo ao Protocolo um rol exemplificativo de formas de repartição não monetária). Estabeleceu-se que a repartição tem como condição de validade a realização dos termos mutuamente acordados. Aos Estados-Parte da Convenção foi estabelecida a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas necessárias em seu âmbito interno para efetivação da repartição de benefício.

O Protocolo prevê (art. 13) a obrigatoriedade de instituição de uma autoridade nacional com a incumbência de prestar informações sobre os procedimentos de acesso e repartição de benefícios, bem como “outorgar o acesso ou, conforme o caso, fornecer comprovante escrito de que os requisitos de acesso foram cumpridos”, no caso, a obtenção do consentimento prévio informado e dos termos mutuamente acordados.

Foi disposto também no Protocolo sobre o estabelecimento de um Centro de Intermediação de Informações, com a função de compartilhar informações relativas a acesso e repartição de benefícios no que tange à implementação do Protocolo por cada Parte. Essa disposição decorre de comando emanado pela CDB no seu artigo 18, parágrafo 3.

Como forma de coibir o acesso indevido ao patrimônio genético e aos CTA, o Protocolo estabelece (arts. 15 e 16) a obrigatoriedade para cada Parte quanto à adoção de medidas legislativas, administrativas ou políticas no sentido de assegurar que as atividades de acesso em suas respectivas jurisdições só ocorram em estrita conformidade com os requisitos legais (consentimento prévio e termos mutuamente acordados) estabelecidos no ordenamento internacional e reiterados nos regramentos nacionais. Nesse compasso, o Protocolo dispôs também sobre a adoção de medidas de monitoramento do acesso e repartição de benefícios, especialmente através de procedimento de licenciamento e certificação internacional de conformidade a ser expedida pelo Centro de Intermediação previsto no art. 14 do

alternativa de controvérsias, tais como mediação ou arbitragem. O parágrafo 2 trata da garantia de acesso a meios recursais. O parágrafo 3 dispõe ainda sobre medidas para assegurar o acesso a justiça e o reconhecimento mútuo e execução de sentenças estrangeiras e decisões arbitrais.

Protocolo.

O Protocolo dispõe ainda sobre a obrigatoriedade de as Partes adotarem medidas relativas à conscientização a respeito da importância dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado (art. 21), à cooperação para capacitação institucional (art. 22).

Desse modo, compreende-se que, através das Diretrizes de Bonn e do Protocolo de Nagoia, a CDB instrumentalizou os Estados-Parte de um arcabouço jurídico suficiente para efetivar o terceiro pilar da Convenção, com vistas à instituição de um sistema internacional de acesso e repartição dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados.

4.3 A isenção de repartição de benefício ao setor empresarial e a proibição de retrocesso socioambiental

Um dos pontos que mais tem gerado questionamentos no âmbito da Lei Federal nº 13.123/15 refere-se às disposições (art. 17, § 5^{o31}) sobre as hipóteses de isenção de repartição de benefícios decorrentes do acesso realizado por microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais, bem como agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3^o da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Embora as isenções sejam direcionadas a diversos setores, a presente pesquisa terá como foco principal o setor empresarial.

Dessa maneira, cabe extrair luzes do ordenamento jurídico internacional, neste caso, especificamente das disposições da CDB, das Diretrizes de Bonn e do

³¹Art. 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.
(...)

§ 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 no 123, de 14 de dezembro de 2006; e

II - os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite

Protocolo de Nagoia, nas quais³² a repartição de benefícios tem nítido caráter compensatório, decorrente do uso ou acesso aos recursos genéticos e/ou aos CTA, caso contrário não se utilizaria, por exemplo, o termo “pagamento de *royalties*” ao se dispor sobre as possíveis formas de repartição monetária de benefícios.

Há que se ressaltar que a CDB reconhece a titularidade do CTA aos povos tradicionais, o que também o faz a Convenção³³ nº 169 da OIT. Aliás, o Pacto Internacional sobre DESC estabeleceu no seu artigo 1º o princípio do proveito mútuo e a proibição de privação aos povos de seus próprios meios de subsistência, como forma de estabelecer a equidade nas relações econômicas entre os povos no que concerna à exploração de riquezas e recursos naturais.

A Lei nº 13.123/2015, no seu art. 1º, inciso V, também dispõe em sentido semelhante ao disposto no ordenamento internacional, divergindo apenas no requisito (exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo) para formação do liame obrigacional da repartição de benefícios, vez que a CDB não apresenta tal restrição. Mas, de todo modo, a Lei reconhece que a obrigação de repartição decorre do uso de recursos genéticos ou do CTA.

Pelo que se vê, há elementos que permitem afirmar que tanto os recursos genéticos quanto os CTA são considerados como patrimônio, no primeiro caso, de uso comum³⁴, no segundo, de uso coletivo³⁵ de determinados povos ou grupos sociais. Aliás, no que toca aos CTA, estes são reconhecidos legalmente como direitos de propriedade coletiva, logo, a repartição de benefícios é obrigação decorrente destes direitos.

Por outro lado, ainda que o Estado seja o mediador da relação jurídica de acesso aos CTA, o mesmo não pode extinguir, restringir ou limitar os direitos de propriedade dos povos tradicionais, especialmente sem a manifestação expressa destes, como preconiza a Convenção nº 169 da OIT, pois, uma ação em sentido

máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

³² O Artigo 1 da CDB traz textualmente o termo “utilização” ao dispor sobre o terceiro objetivo da Convenção, que corresponde à “repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos”.

³³ O art. 4º, § 1º da Convenção 169 dispõe: Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

³⁴ O Artigo 1º, inciso I, da Lei 13.123/15 dispõe literalmente que o patrimônio genético do País é “bem de uso comum do povo encontrado em condições *in situ*”.

³⁵ Nesse sentido dispõe o § 1º, Art. 10, da Lei 13.123/15 que estabelece que “qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético será considerado de natureza coletiva”.

diverso caracterizaria violação a direitos humanos. A restrição ou limitação ao exercício dos direitos patrimoniais das populações tradicionais, nesta perspectiva, caracteriza um ato retrocessivo, na medida que as disposições, tanto o ordenamento interno e quanto o internacional dispunham de modo totalmente diverso do preconizado pela Lei 13.123/2015, por ocasião de sua elaboração e publicação. Frise-se ainda que o referido ato retrocessivo tem natureza expropriatória, pois retira direitos patrimoniais dos povos tradicionais.

Há que se ressaltar que a proteção dos direitos de propriedade intelectual coletiva das populações tradicionais, neste caso os CTA, tem como premissas o direito à autodeterminação estabelecido pela Convenção 169 da OIT, bem como o direito de soberania sobre os recursos naturais, estabelecido pela CDB e seus atos complementares, Diretrizes de Bonn e Protocolo de Nagoia. Há que frisar que a autodeterminação (econômica, social e cultural) dos povos constituiu um dos primeiros passos para o reconhecimento de direitos de natureza coletivos, vez a autodeterminação é de fruição coletiva, conforme prescrito no seu artigo 1º do Pacto DESC. Além disso, a autodeterminação implica no respeito à forma de ser (organização social, política, cultural, etc.) de cada povo.

Assim, o retrocesso produzido pela Lei nº 13.123/2015 consiste no fato do ordenamento jurídico internacional não prever isenções ou restrições sobre os direitos de propriedade coletiva dos povos tradicionais, o que, no entanto, foi implementado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 13.123/2015. De outro lado, tal situação implicaria em afirmar que tal situação se aproxima ao retorno do princípio do livre acesso a recursos genéticos, que, na realidade, não se compatibiliza com o atual quadro normativo internacional de gestão, acesso e repartição de benefícios oriundos de exploração dos recursos genéticos.

A CDB (Artigo 1) deixa explícito que a repartição de benefícios é uma consequência ou obrigação jurídica inerente a toda utilização de recursos genéticos e CTA, pelo que se depreende da letra do dispositivo:

Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Desse modo, isentar usuários da obrigação de repartição de benefícios

representa lesão direta a direitos humanos de povos tradicionais e, por consequência, atuação legislativa retrocessiva do Estado. Neste caso, observa-se que o Estado desconsiderou a proteção da dignidade humana nas duas perspectivas abordadas por Starck (2013, p. 223-224), pois, primeiro, realizou intervenção que resultou em lesão à dignidade ou aos direitos fundamentais dela decorrentes, segundo, deixou com isso de proceder no dever de atuação estatal para concretização material da dignidade nos casos de hipossuficiência.

Pode-se cogitar ou argumentar, em defesa da isenção, que a Lei nº 13.123/15 busca compensar a isenção de repartição através de acesso ao Programa Nacional de Repartição de Benefícios, no entanto, tal programa trata-se de uma política pública, por isso, custeada com recursos de natureza pública, logo, os usuários do CTA ou do patrimônio genético serão beneficiados sem qualquer contrapartida, o que representa uma lesão a direitos dos povos tradicionais, especialmente no que diz respeito à autodeterminação e à soberania sobre seus recursos e patrimônio (inclusive intelectual). Por fim, poderia se argumentar, na defesa da isenção ao setor empresarial, que a referida atuação estatal também está a atender interesse social, qual seja o progresso econômico da sociedade, neste caso capitaneado pelo setor empresarial. No entanto, ainda assim, estaríamos diante de uma lesão de direitos humanos culturais e patrimoniais (a dimensão cultural do CTA se extrai do Pacto DESC, e sua dimensão patrimonial do Pacto de Direitos Civis e Políticos, vez a tutela dispensada à propriedade individual também alcança a coletiva) dos povos tradicionais, pois, estes não podem arcar com o ônus do progresso econômico e do enriquecimento de determinado setor social.

É oportuno salientar que a soberania sobre os recursos naturais tem como referencial a Resolução nº 1803³⁶ (XVII) da ONU, de 14 de dezembro de 1962, que tratou sobre a “Soberania Permanente sobre Recursos Naturais” e dispôs sobre a matéria nos seguintes termos:

1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.
2. A exploração, desenvolvimento e disposição de tais recursos, bem como a importação dos capitais estrangeiros necessários para tais fins, deverão estar de acordo com as regras e condições que os povos e nações

³⁶ Texto original em inglês disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/193/11/PDF/NR019311.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19/11/2016.

livremente considerem necessárias ou desejáveis relativamente à autorização, restrição ou proibição de tais atividades.

Nesse sentido, o Protocolo de Nagoia estabelece que o acesso tem como requisito prévio a obtenção do consentimento da “parte soberana” sobre os recursos que se pretende acessar.

Assim, pelo cotejo das normas internacionais de direitos humanos, a isenção de repartição de benefícios decorrente da exploração econômica de CTA representa atuação retrocessiva do Estado, o que dá ensejo à propositura de medidas judiciais para sanar tal equívoco.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O arcabouço jurídico que constitui o sistema internacional de proteção dos direitos humanos permite afirmar que o conhecimento tradicional associado a biodiversidade trata-se de um bem jurídico tutelado por normas de direitos humanos e, nessa qualidade, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a essas normas um *status* hierárquico de norma constitucional, conforme prevê a própria CRFB/1988, em seu artigo 5º, §§ 2º e 3º.

Desse modo, considerando que os direitos patrimoniais das populações tradicionais estão caracterizados como norma definidora de direitos fundamentais, deve o Estado adotar medidas tais que possibilitem a aplicação ou tutela imediata desses direitos, a despeito de qualquer cisão teórico-doutrinária ou normativo-sistemática acerca da aplicabilidade ou eficácias das normas de direitos humanos.

Os Direitos Humanos são resultado de um processo histórico (resultado de transformações no campo político, econômico, religioso e jurídico) de reconhecimento da singularidade de cada ser humano e que, nessa condição, todos são merecedores de proteção especial contra atos que atentam contra o valor dessa singularidade ou dignidade, sejam eles advindos do Estado ou de setores outros da própria sociedade.

Desse modo, os Direitos Humanos representam os avanços conquistados pela sociedade na busca paz, concebida como o pleno respeito pela dignidade, pela liberdade, e pelo direito de autodeterminação de todas as pessoas e povos do planeta. Assim, a categoria Direitos Humanos configura um escudo de proteção contra arbitrariedades, contra desigualdades, discriminações, contra toda e qualquer ameaça de subjugação de um homem por outro, ou mesmo por uma instituição, seja pública ou privada, e em quaisquer condições.

O reconhecimento dessa categoria de direitos no âmbito dos Estados é fenômeno que ocorre a partir da modernidade e impõe, nos dias atuais, a supremacia do indivíduo frente ao Estado, não apenas como um sujeito individual de direito, mas também como representação de uma coletividade singular (sujeito coletivo de direito) a reclamar proteção contra atos atentatórios a sua identidade étnica.

Sob esse prisma, a diferença constitui fundamento para o reconhecimento de

Direitos Humanos de defesa de valores sociais constituintes da ordem econômica, social e cultural (DESC), na qual se insere a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. A diferença se constitui, assim, como legitimadora da instituição de direitos humanos na medida que se reconhece que obter a paz estável é imprescindível a universalização da dignidade humana, porém tal propósito demanda o compromisso de eliminar as desigualdades existentes entre os homens, sem, contudo, desrespeitar a diferença.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que as populações tradicionais são reconhecidas como grupos sociais merecedores de especial proteção, ante a singularidade de seus modos de vida, que implicam no saudável reconhecimento e valorização da pluralidade de instituições sociais, políticas, religiosas e jurídicas, bem como saberes e práticas culturais reveladoras de valores humanos supremos.

Essas constatações permitem afirmar que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade constituem, na condição de direito patrimonial intelectual coletivo, um direito humano das populações tradicionais, o que se reconhece a partir das diversas normas emanadas do Sistema Internacional de Direitos Humanos, especialmente pelo que se extrai da Convenção nº 169 da OIT, da Convenção da Diversidade Biológica e seus documentos complementares (Diretrizes de Bonn e Protocolo de Nagoia). Oportuno elucidar que a tutela jurídica desses bens (CTA) encontra respaldo também nos Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – DESC e dos Direitos Civis e Políticos, pois, num primeiro momento, são compreendidos enquanto direitos culturais, noutro é possível compreendê-los enquanto direitos patrimoniais. Porém, dada a singularidade desses direitos, os mesmos demandam a constituição de regime jurídico *sui generis*.

Esse panorama permitiu o estabelecimento de normas internacionais específicas de tutela dos direitos patrimoniais coletivos decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, primeiramente com a CDB e, posteriormente, com seus documentos complementares, as Diretrizes de Bonn e o Protocolo de Nagoia, que deram efetividade ao terceiro pilar da CDB, consistente na repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, mediante, inclusive, o acesso e a transferência adequados de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os

direitos sobre tais recursos e tecnologias.

É de se destacar que esses documentos internacionais viabilizaram a constituição de um sistema internacional de gestão do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados, reconhecendo-se, sobretudo, o direito à repartição de benefícios decorrentes do acesso e exploração de recursos naturais. No entanto, para o pleno funcionamento desse sistema cabe aos Estados Parte da Convenção instituírem seus sistemas nacionais em consonância com as normas internacionais.

Embora não tenha ratificado ao Protocolo de Nagoia, o Estado brasileiro promulgou legislação específica, a Lei 13.123/2015, a disciplinar o acesso e a repartição de benefícios decorrentes da exploração de recursos genéticos ou CTA. No entanto, alguns dispositivos da norma brasileira estão em desacordo com as normas internacionais, das quais o Brasil é signatário inclusive, o que permitiu questionar sobre a ocorrência de retrocessão de direitos humanos.

O principal ponto de discordância analisado refere-se à possibilidade de concessão de isenção de repartição de benefícios ao setor empresarial em razão de acesso a CTA, como previsto na Lei nº 13.123/2015. Sucede que os CTA são bens correlatos a direitos patrimoniais dos povos tradicionais e, nessa condição, estes têm o direito de soberania sobre tais recursos, o é reconhecido pela CDB e outras normas do Sistema Internacional de Direitos Humanos, como, por exemplo, a Resolução nº 1803 de 1962 da ONU. De tal sorte, o ato de isenção de repartição de benefícios representa um ato de expropriação dos direitos de propriedade intelectual coletiva, vez que as populações serão impedidas da fruição plena destes direitos. Sob outra perspectiva, as normas internacionais não dispuseram sobre a possibilidade de isenção sobre o CTA, de maneira que, se considerar que os povos tradicionais constituem o elo mais frágil (reconhecimento da vulnerabilidade) da relação de acesso e repartição, conforme Moreira (2006, p. 105), há que se impor que na hipótese de antinomias ou lacunas as normas devem ser aplicadas de modo a atender os ditames da CDB, que neste caso impõe o reconhecimento dos direitos patrimoniais dos povos tradicionais.

Assim, diante dos dados e informações apurados na presente pesquisa, pode-se afirmar que a isenção de repartição de benefícios estabelecida pela Lei Federal nº 13.123/2015 em favor do setor empresarial não se compatibiliza com as

normas que regem o sistema internacional de gestão do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Por fim, a despeito das disposições existentes no texto da Lei nº 13.123/2015 que configuram retrocessos e, por consequência, lesão a direitos humanos, há que se reconhecer que, de uma maneira geral, há uma perspectiva positiva no se refere à implementação do direito e dever de repartição de benefícios decorrente da exploração de CTA, pois há um arcabouço jurídico internacional (Convenção nº 169 da OIT, CDB, Diretrizes de Bonn, Protocolo de Nagoia) suficiente para balizar a satisfação desse direito, atendendo, sobretudo, o princípio da equidade e da soberania sobre os recursos genéticos. Neste contexto, cabe aos Estados, porém, aderirem às normas internacionais relativas à matéria e, por consequência, darem efetividade a essas normas no plano interno, reconhecendo a preeminência das mesmas nos ordenamentos nacionais. Por outro lado, ainda não há disponibilidade de informações suficientes que permitam aferir os possíveis impactos decorrentes da isenção de repartição benefícios como forma de incentivo ao desenvolvimento no âmbito das comunidades tradicionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Seleção do conteúdo de uma disciplina jurídica: direito agrário. In: MAZZUOLI, V.O.; IRIGARAY, C.T.J.H. **Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares**. Cuiabá: Carlini & Caniato, Cathedral Publicações, 2009.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (org.). **Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas**. 1º vol. Manaus: PNCSA, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27/06/2016.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 27/06/2016.

_____. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 27/06/2016.

_____. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 27/06/2016.

_____. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 27/06/2012.

_____. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 25/11/2010.

_____. Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 25/11/2010.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 01/11/2015.

_____. Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 abr. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>. Acesso em: 03/02/2016.

_____. Decreto nº 6.476, de 5 de Junho de 2008. Decreto nº 6.476, de 5 de Junho de 2008. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6476.htm>. Acesso em: 03/02/2016.

_____. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 mai. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 01/11/2015

_____. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 mai. 2016. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm>.
Acesso em: 01/11/2015

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAGAS, Míriam de Fátima. Da invisibilidade jurídica aos direitos de coletividades: fazer antropológico em terra de quilombos. *In* ZHOURI, Andréa (Org.). **Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais**. Brasília-DF: ABA, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972 em Estocolmo. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 27/06/2016.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DIEGUES, Antônio Carlos (org.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, São Paulo: USP, 2000. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/saberes.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GROSS, Anthony Reginald. **Diálogo sobre o Protocolo de Nagoia entre Brasil e União Europeia**. Brasília: MMA, 2013.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1994.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. Direito à água e direito das águas no Brasil. In: MAZZUOLI, V.O.; IRIGARAY, C.T.J.H. **Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares**. Cuiabá: Carlini & Caniato, Cathedral Publicações, 2009.

JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**. Vol. I, Nº I (mar.2003), 2 ed. - Porto Alegre, PPGDir./UFRGS, 2004, p. 93-103. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43494/30886>>. Acesso em: 22/12/2016.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**. Vol. I, Nº I (mar.2003), 2 ed. - Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 105-114. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43494/30886>>. Acesso em: 22/12/2016.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**. Vol. I, Nº I (mar.2003), 2 ed. - Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 115-131. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43494/30886>>. Acesso em: 22/12/2016.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**. Vol. I, Nº I. (mar.2003), 2 ed. - Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 133-146. Disponível em:

<<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43494/30886>>. Acesso em: 22/12/2016.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução e prefácio de Marco Zingano. e-book. ISBN 978.85.254.2324-5. L&PM Editores, 2016.

LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (orgs.). **Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/70.pdf>>. Acesso em: 20/06/2016.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Esmese**. Nº 07. Aracajú: ESMESE/TJ, 2004. Disponível em <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>, acesso em 26/12/2016.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 10, n. 18. São Paulo: Conectas, 2013. Disponível em: <<http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-20141020154159997-85041037.pdf>>. Acesso em: 19/09/2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si mouve*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (coordenação). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra Editora, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **A Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido. Belém, 2006. Disponível em: <www.naea.ufpa.br/naea/novosite/index.php?action=Tcc.arquivo&id=133>. Acesso em: 17/07/2016.

_____. O Direito dos Povos Tradicionais sobre seus Conhecimentos Associados à Biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa. In: BARROS, Benedita da Silva et al. (Org.). **Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais**. Belém: Centro Universitário do Pará – CESUPA: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2007, p.309-332. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/antropi/lib/exe/fetch.php?media=moreira.pdf>>. Acesso em: 17/07/2016.

Organização das Nações Unidas no Brasil. CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf> acesso em 16/07/2016.

_____. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> acesso em 19/07/2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução José Luiz Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICARDO, Fany (org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/10144.pdf>>. Acesso em: 20/06/2016.

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

_____. A proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: RIOS, A. V. V.; IRIGARAY, C. T. J. H. (organizadores). **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Pierópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 2, Porto Alegre, 2004.

_____. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 167-204, jul./set. 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOUSA, Rosinaldo Silva de. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, R. R.; LIMA, R. K. (orgs.). **Antropologia e direitos humanos – Prêmio ABA/FORD**. Niterói: EdUFF, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia**. São Paulo: Vozes, 1999.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (organizador). **Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teórica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STEPHAN, Kirste. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TÁVORA, F. L. 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 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 19 de outubro de 2016.

THEODORO, Marcelo Antonio. Ação Popular e Ação Civil Pública como instrumentos constitucionais de Tutela Processual do Meio Ambiente. In: MAZZUOLI, V.O.; IRIGARAY, C.T.J.H. **Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares**. Cuiabá: Carlini & Caniato, Cathedral Publicações, 2009.