



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

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA

**AS INCONVENCIONALIDADES DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE
FRENTE AO INSTITUTO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA: UM
PROCESSO DE COLONIALISMO BIOCULTURAL**

**BELÉM - PA
SETEMBRO / 2017**



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

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA

**AS INCONVENCIONALIDADES DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE
FRENTE AO INSTITUTO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA: UM
PROCESSO DE COLONIALISMO BIOCULTURAL**

Tese apresentada à banca de examinadora, do Curso de Doutorado Interinstitucional, oferecido pela Universidade Federal do Pará, tendo a Universidade Federal do Mato Grosso como instituição receptora, área de concentração em Direitos humanos, como exigência parcial para a obtenção do grau de doutor, sob orientação da Professora Dra. **Eliane Cristina Pinto Moreira**.

**BELÉM - PA
SETEMBRO / 2017**

Dados Internacionais de Catalogação- na-Publicação (CIP)
Biblioteca José Carlos Castro - ICJ/UFPA

Miranda, João Paulo Rocha de

As inconveniências do marco legal da biodiversidade frente ao instituto da consulta prévia, livre e informada: um processo de colonialismo biocultural / João Paulo Rocha de Miranda; Orientadora, Elaine Cristina Pinto Moreira. - 2017.

Inclui bibliografias

Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017.

1. Direito humanos. 2. Conhecimento tradicional associado. 3. Biodiversidade. 4. Brasil. Lei 13.123, de 20 de Maio de 2015. I. Moreira, Elaine Cristina Pinto, orientadora. II. Título.

CDDir 341.27

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA

**AS INCONVENCIONALIDADES DO MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE
FRENTE AO INSTITUTO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA: UM
PROCESSO DE COLONIALISMO BIOCULTURAL**

Tese apresentada à banca de examinadora, do Curso de Doutorado Interinstitucional, oferecido pela Universidade Federal do Pará, tendo a Universidade Federal do Mato Grosso como instituição receptora, área de concentração em Direitos humanos, como exigência parcial para a obtenção do grau de doutor, sob orientação da Professora Dra. **Eliane Cristina Pinto Moreira**.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira (Presidente Banca / Orientadora)

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués (Examinador Interno – ICJ/UFPA)

Prof. Dr. Girolomo Domenico Treccani (Examinador Interno – ICJ/UFPA)

Prof. Dr. Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray (Examinador Dinter UFPA/UFMT)

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite (Examinador Externo – CCJ/UFSC)

CONCEITO: _____

Dedico este trabalho aos povos indígenas, às comunidades tradicionais, bem como, à minha filha e às futuras gerações, na esperança da sobrevivência do planeta e da humanidade.

AGRADECIMENTOS

O momento do agradecimento talvez seja o mais difícil da tese. Isto porque o risco de faltar alguém é inexorável. Até porque ao se lembrar de várias pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para este processo, certamente não terei consciência de todas.

Assim, inicio agradecendo a Deus, na concepção judaica-cristã, ou a Tupã, no âmbito das crenças dos Tupi-Guaranis e de outras etnias indígenas. Deus, que criou o universo, o céu e a Terra, a água e a luz, os astros e as estrelas, as plantas e os animais e, finalmente, o homem, feito a sua imagem e semelhança. Tupã, o Espírito do Trovão. O grande criador dos céus, da terra e dos mares, assim como do mundo animal e vegetal. Aquele que ensinou aos homens a agricultura, o artesanato e a caça, bem como concedeu aos pajés o conhecimento das plantas medicinais e dos rituais mágicos de cura.

Desta forma, agradeço a Deus/Tupã pela existência de tudo. E, como, não poderia deixar de ser, aos meus pais, pela vida, sem os quais não a teria. Agradeço ainda a eles por transmitirem o apreço ao conhecimento e sua importância.

Minha querida esposa e minha amada filha certamente foram um suporte emocional necessário para esta jornada. Embora escrever uma tese, trabalhando e sendo marido e pai dedicado e presente, não seja fácil, a existência delas em minha vida, contribuiu com esta tese, se não com a velocidade em escrevê-la, com a maturidade necessária. Se, muitas vezes este trabalho ficou em segundo plano, frente às demandas familiares, o amor delas também me deu força para retornar à pesquisa. Assim, agradeço a elas por todo o amor e dedicação em minha vida.

Agradeço especialmente a minha orientadora, professora Dr^a Eliane Moreira, para quem minha admiração e agradecimento são eternos. Com leveza, humor e amizade, suas orientações, sempre precisas e eficientes, deixaram uma marca indelével nesta tese.

Não poderia deixar de agradecer ao convívio intenso e à amizade com todos os colegas e professores do DINTER. Agradeço, ainda, à UFPA e UFMT, bem como a todos os professores que não mediram esforços para a realização deste DINTER.

Não poderia deixar de agradecer à Universidade Federal de Mato Grosso, pelo empenho na realização deste DINTER, bem como ao apoio de todos os colegas do curso de direito e do Instituto de Ciências Humanas e Sociais do Campus Universitário do Araguaia da UFMT.

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos príncipes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresas transnacionais, apoiadas pelos governantes contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizada do mundo ocidental.

(SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.24.)

RESUMO

A presente tese trata sobre as incompatibilidades da Lei nº 13.123/15 com os tratados de direitos humanos, no contexto jurídico-político de acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, denominado de colonialismo biocultural. Assim, o objetivo precípua desta tese é investigar a convencionalidade ou inconvencionalidade do marco legal da biodiversidade. Isto é, analisar as compatibilidades ou não da Lei nº 13.123/15 com tratados internacionais jushumanistas, no aspecto do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e comunidades tradicionais. Para tanto, esta tese utilizou os métodos dedutivo e dialógico. Dedutivo, na medida em que a investigação partiu do contexto global de colonialismo biocultural para as normas internacionais, e, destas para as normas internas e a inconvencionalidade do marco legal da biodiversidade, a Lei nº 13.123/15. Dialógico, pois as análises procuraram levar em conta a conjuntura social, político, econômico, ambiental, entre outras. Assim, a discussão quanto à inconvencionalidade do marco legal da biodiversidade foi feita de forma integrada à realidade socioambiental, jurídica e política do país e do mundo. Além disso, foi realizado um diálogo entre as diferentes fontes do direito internacional. Diante disso, foi possível chegar a conclusão de que o marco legal da biodiversidade é inconvencional, diante das várias incompatibilidades com tratados de direitos humanos de natureza supralegal ou materialmente constitucionais, a depender da tese adotada. Contudo, em qualquer um dos casos, sua inconvencionalidade é confirmada, possibilitando assim, o controle difuso de convencionalidade. O qual teria o efeito de invalidar a norma interna, menos benéfica, e incompatível com tratados de direitos humanos.

Palavras-chave: Convencionalidade. Lei nº 13.123/15. Tratados de direitos humanos. Colonialismo biocultural. Supralegal. Patrimônio Genético. Conhecimentos tradicionais associados. Biodiversidade.

ABSTRACT

This thesis deals with the incompatibilities of Law No. 13.123/15 with human rights treaties, in the juridical-political context of access to genetic heritage and traditional knowledge associated with biodiversity, called biocultural colonialism. Thus, the main objective of this thesis is to investigate the conventionality or unconventionality of the legal framework of biodiversity. That is, to analyze the compatibility or not of Law No. 13,123/15 with international humanist treaties, regarding the right to prior, free and informed consultation of indigenous peoples and traditional communities. For this, this thesis used the deductive and dialogic methods. Deductive, as the research started from the global context of biocultural colonialism to international norms, and from these to the internal norms and the unconventionality of the legal framework of biodiversity, Law 13,123/15. Dialogical, because the analyzes sought to take into account the social, political, economic, environmental, among others. Thus, the discussion about the unconventionality of the legal framework of biodiversity was made in an integrated way to the socio-environmental, legal and political reality of the country and the world. In addition, a dialogue was held between different sources of international law. In view of this, it was possible to conclude that the legal framework of biodiversity is unconventional, given the various incompatibilities with human rights treaties of a supralegal or materially constitutional nature, depending on the thesis adopted. However, in any case, its unconventionality is confirmed, thus enabling diffuse control of conventionality. This would have the effect of invalidating the domestic norm, less beneficial, and incompatible with human rights treaties.

Key-words: Conventionality. Law No. 13,123/15. Human rights treaties. Biocultural Colonialism. Supralegal. Genetic Patrimony. Associated traditional knowledge. Biodiversity.

RÉSUMÉ

Cette thèse porte sur l'incompatibilité de la loi n° 13123/15 des traités relatifs aux droits de l'homme, le contexte juridique et politique de l'accès aux ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité, appelé le colonialisme bioculturelle. Ainsi, l'objectif principal de cette thèse est d'étudier la conventionnalité ou d'un cadre juridique de la biodiversité décalé. C'est, d'analyser la compatibilité ou non de la loi n° 13123/15 avec jushumanistas traités internationaux, dans l'aspect du droit à la consultation préalable, libre et éclairé des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Par conséquent, cet argument a utilisé les méthodes déductives et dialogiques. Déductibles dans la mesure que la recherche est venue du contexte général du colonialisme bioculturelle aux normes internationales, et celles-ci aux règles internes et de la biodiversité cadre juridique décalé, la loi n° 13123/15. Dialogique, car l'analyse a cherché à tenir compte de la situation sociale, politique, économique, environnemental, entre autres. Ainsi, la discussion sur la biodiversité étape de contretemps juridique a été faite de manière intégrée la réalité environnementale, juridique et politique du pays et du monde. En outre, un dialogue entre les différentes sources du droit international a été réalisée. Ainsi, il était possible d'arriver à la conclusion que le cadre juridique est la biodiversité non conventionnelle, étant donné le nombre d'incompatibilités avec les traités relatifs aux droits de l'homme de la nature supra-légale ou constitutionnelle matériellement, selon la thèse adoptée. Cependant, dans les deux cas, son style décalé est confirmé, ce qui permet ainsi le contrôle diffus de conventionnalité. Qui aurait pour effet de vicier la norme interne, moins avantageux, et incompatible avec les traités relatifs aux droits de l'homme.

Mots-clés: Conventionnalité. Loi n° 13123/15. Traités relatifs aux droits de l'homme. Le colonialisme bioculturelle. Supralégale. Patrimoine génétique. Tradicinais connaissances associées. Biodiversité.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	011
2 O COLONIALISMO BIOCULTURAL DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE NO ÂMBITO DA PÓS-MODERNIDADE E DO ANTROPOCENO	015
2.1 O novo colonialismo do sul sociológico	020
2.2 Epistemicídio de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade	036
2.3 Povos indígenas, comunidades e conhecimentos tradicionais na ordem jurídica	041
3 A TUTELA DE SALVAGUARDA AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE	050
3.1 A tutela de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade na ordem internacional	050
3.2 A tutela de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro	089
3.3 O mito do marco legal da biodiversidade	106
4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUPRALEGALIDADE DA LEI Nº 13.123/15	111
4.1 A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.....	111
4.2 O controle jurisdicional da convencionalidade e supralegalidade	130
4.3 As inconveniências da Lei Nº 13.123/15 quanto à consulta prévia, livre e informada	143
5 CONCLUSÃO	164
REFERÊNCIAS	168
ANEXO A - DESCRIÇÃO DAS PATENTES DE PEPTÍDEOS E ANÁLOGOS EXTRAÍDOS DA SECREÇÃO CUTÂNEA DA <i>PHYLLOMEDUSA BICOLOR</i>	190

1 INTRODUÇÃO

Nesta tese doutoral foi assumido o mister de investigar e analisar criticamente a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, denominada pelo Poder Executivo de Novo Marco Legal da Biodiversidade. Assim, esta pesquisa tem como objeto as várias incompatibilidades (que caracterizam inconveniências) desta norma interna com os diversos tratados internacionais de direitos humanos, no tocante ao instituto da consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

Contudo, esta tese procura desenvolver esta análise no contexto real dos povos e comunidades tradicionais. Realidade esta, onde estas comunidades sofrem com, o que é chamado nesta tese, de colonialismo biocultural. Este é um processo onde grandes corporações farmacêuticas e agroquímicas do norte sociológico se apropriam, sem consentimento prévio, do patrimônio genético e cultural, caracterizado pelos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Processo este, que no Brasil foi legitimado pela Lei nº 13.123/15, a qual esta tese procurará demonstrar que é inconveniente.

Desta forma, o regime jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e, portanto, da própria diversidade biológica, uma vez que são indissociáveis, passa essencialmente pela forma que o direito regula as relações entre os sujeitos e as coisas que compõem a diversidade biológica, sejam estas, materiais ou imateriais. Neste sentido, o direito regula esta matéria, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional, que é, em última instância de direitos humanos, Contudo, se na esfera nacional é preciso assegurar a constitucionalidade das normas, na internacional, além da nacional, as normas internas não podem colidir com aos tratados internacionais de direitos humanos, devido ao status supralegal destes (ou materialmente constitucional como será visto), sob pena, daquelas se tornarem inconvenientes.

Desta forma, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) garante que os povos tradicionais sejam previamente e adequadamente consultados sempre que previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Entretanto, a Lei nº 13.123/15 ao criar diversas isenções ao direito da consulta prévia, parece colidir com o referido tratado, bem como com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e outras normas internacionais.

Apenas levantando alguns pontos, o referido dispositivo legal isenta algumas atividades, como a agrícola, por exemplo, da necessidade de obter consentimento prévio, o que já parece confrontar com a Convenção nº 169 da OIT, bem como o Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura da FAO.

Este contexto de conflitos de normas, internas e externas, que tutelam o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade configura um grande equívoco hermenêutico, tanto do ponto de vista legal, quanto social, econômico e ambiental. Destarte, o objetivo precípua desta tese é responder se o marco legal da biodiversidade é compatível ou não (convencional ou inconvenção) com o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos e comunidades tradicionais prevista no Direito Internacional?

Diante desta problemática, parte-se da hipótese da inconvenção do marco legal da biodiversidade no tocante ao desrespeito ao direito à consulta prévia, livre e informada, prevista no Direito Internacional. Isto porque, o próprio processo legislativo da Lei nº 13.123/15 não contou com a devida consulta prévia, o que, por si só, já torna o marco legal da biodiversidade inconvenção. Ademais, a norma em questão trás várias isenções à consulta prévia, o que corrobora para o entendimento de que a Lei nº 13.123/15 é incompatível com vários tratados direitos humanos, sendo, portanto, inconvenção.

Quanto à metodologia, do ponto de vista de sua natureza, esta pesquisa é aplicada, uma vez que “[...] objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos.”¹ Isto é, busca construir conhecimento que demonstre e comprove a inconvenção do marco jurídico da biodiversidade, podendo, enquanto doutrina, ser aplicada enquanto fonte do direito, no questionamento judicial da validade da Lei nº 13.123/15. Quanto à forma de abordagem do problema, esta é qualitativa, visto que “[...] há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números.”² Já no que se refere aos seus objetivos, a pesquisa é exploratória, visando a construção de hipóteses; e, quanto aos procedimentos técnicos ou técnica de coleta de dados, esta é de documentação indireta, baseada em pesquisa bibliográfica, sendo elaborada a

¹SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3 ed. rev. atual., Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001, p. 20.

²Ibid., p. 20-21.

partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos, e doutrina em geral, bem como de normas e jurisprudências.

Quanto ao método científico, não foi aplicado apenas um único método, mas pelo menos dois deles, pois, como comenta SILVA, não há apenas uma maneira de raciocínio capaz de explicar o complexo mundo das investigações científicas³.

Desta maneira, os métodos utilizados foram o dedutivo e o dialético. O método dedutivo, proposto pelos racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz, pressupõe que só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro. Assim, o raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Para tanto, utiliza uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, bem como de silogismos, para chegar a uma conclusão.⁴ Nesta vertente, esta tese utilizou o método dedutivo na medida em que partiu a análise do geral para o particular, isto é, do contexto global de colonialismo biocultural para os tratados internacionais, e destes para o marco legal da biodiversidade, a Lei nº 13.123/15. Ou seja, a análise partiu do contexto de globalização para os tratados internacionais que tutelam o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, passando pelo instituto da consulta prévia, livre e informada, até chegar na a Lei nº 13.123/15 e na discussão quanto a convencionalidade ou não desta com os tratados internacionais. Além disso, a exegese e análise legal foram baseadas em uma construção lógica, utilizando o silogismo quando necessário, para extrair da norma seu “espírito”, nem sempre expresso no texto normativo.

Assim, o método dialético, “fundamenta-se na dialética [...] na qual as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. É um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade”.⁵ Portanto, é um método que não pode analisar os fatos fora da sua conjuntura social, político, econômico, ambiental, entre outras.⁶ Neste sentido, esta pesquisa também utilizou este método na medida em que a discussão quanto á inconvençãoalidade do marco legal da biodiversidade não pode ser feita de forma dissociada da realidade socioambiental, jurídica e política do país e do mundo.

³SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3 ed. rev. atual., Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001. p. 27-28.

⁴ Ibid. p. 25-26.

⁵ Ibid., p. 27.

⁶ Ibid., p. 27.

Quanto aos instrumentos e procedimentos, esta pesquisa partiu da revisão bibliográfica de livros, teses, dissertações, artigos de periódicos e doutrina em geral, tanto nacional, quanto internacional, além de normas e jurisprudências. Diante disso, as informações foram sistematizadas e, ao mesmo tempo, foi criada uma “espinha dorsal”, que se consubstanciou em um plano cartesiano da tese, que ajudou no desenvolvimento da pesquisa, uma vez que confere ao trabalho clareza e logicidade.⁷

Desta maneira, a tese foi dividida em três grandes partes. A primeira, intitulada de “O colonialismo biocultural dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”, aborda o contexto pós-moderno que envolve os acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados. A segunda, chamada de “A tutela de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimento tradicionais associados à biodiversidade”, trata das normas internacionais e brasileiras que regulamentam a matéria em questão. Por fim, a terceira, denominada “O controle de convencionalidade e supralegalidade da Lei nº 13.123/15”, aborda a teoria e as sistemáticas destas formas de controle da norma interna. Além disso, trata, também, das inúmeras inconveniências desta norma interna, em questão, com tratados de direitos humanos que previam a consulta e/ou o consentimento livre, prévio e informado.

*

* *

⁷LEITE, Eduardo de Oliveira; *Monografia jurídica*. 8 ed., rev., SãoPaulo: Revista dos tribunais, 2008. ISBN: 978-85-203-3316-7.

2 O COLONIALISMO BIOCULTURAL DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE NO ÂMBITO DA PÓS-MODERNIDADE E DO ANTROPOCENO

Um dos aspectos que caracterizam as sociedades ocidentais contemporâneas é justamente o colonialismo biocultural, que encontra na atualidade um ambiente fértil para sua proliferação. Contudo, inicialmente, é importante situar este momento da humanidade no contexto social, cultural e estético dominante no capitalismo após a queda do muro de Berlim, o colapso da União Soviética, o fim da Guerra Fria, a descrença nas metanarrativas e as crises ideológicas nas sociedades ocidentais de meados até o final do século XX. Denominado por muitos pesquisadores como pós-modernidade⁸, termo criticado por muitos outros⁹, e até chamada de modernidade líquida¹⁰, os tempos atuais são marcados por relações sociais fluidas e frágeis, com a prevalência do consumo e do individual em detrimento da ética e do coletivo.

Neste sentido, a principal crítica ao termo pós-modernidade não o desconfigura, mas define seus limites. Assim, Boaventura de Souza Santos¹¹ critica a designação pós-moderno uma vez que define um novo paradigma (pós-modernidade) pela negação do anterior (modernidade), bem como pressupõe uma temporalidade sequencial, onde o novo só pode emergir após o fim do velho paradigma da ciência moderna.

Neste sentido, se a humanidade se encontra em um momento sócio-histórico-cultural definido como pós-modernidade, já se apregoa uma nova Era geológica, a Era do Antropoceno.¹² Uma época em que “[...] os seres humanos e nossas sociedades tornaram-se uma força geofísica global”.¹³ Desta forma, o início do Antropoceno está baseado na concepção de que o Holoceno teria findado com as mudanças ambientais provocadas pela civilização moderna, principalmente a partir da revolução industrial. Teoria esta que ganhou visibilidade na primeira década

⁸ ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. *Para entender pós-modernidade*. São Leopoldo: Sinodal, 2007. p.49.

⁹ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. Do pós-moderno aos pós-colonial: e para além de um e outro. In: Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 8., 2004, Coimbra. *Anais eletrônicos...* Coimbra: Faculdade e Economia da Universidade de Coimbra, 2004. Disponível em: < http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf >. Acesso em 17 jan. 2017.

¹⁰ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., p.4.

¹² CRUTZEN, Paul J.; STEFFEN, Will; McNEILL, Jhon R.. The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature? *Ambio*, vol. 36, n. 8, dez. 2007. p.614.

¹³ *Ibid.*, p.614.

deste século, a partir das pesquisas sobre a formação do buraco na camada de ozônio da atmosfera, do cientista holandês, Paul Crutzen, ganhador do Prêmio Nobel de Química de 1995.¹⁴

Embora o Grupo de Trabalho do Antropoceno, criado em 2009, pela União Internacional de Ciências Geológicas, almeje finalizar e sumarizar suas conclusões em 2018, as principais evidências da época Antropocênica já vêm sendo divulgadas e discutidas há algum tempo.¹⁵

Assim, é evidente que os seres humanos estão alterando o planeta e seus processos geológicos globais de longo prazo a uma taxa crescente. Entretanto, a questão para se reconhecer uma era geológica antropocênica é saber se os seres humanos mudaram o sistema do planeta Terra o suficiente para produzir uma assinatura estratigráfica em sedimentos e gelo diversa da época do Holoceno.

Neste sentido, vários indícios antropogênicos apontam para uma assinatura específica da Era Antropocênica. Entre estes destaca-se novos minerais e materiais de rápida disseminação global, como alumínio elementar, concreto e plásticos que se formam em abundância, em um processo que Colin N. Waters chama de "technofósseis".¹⁶ Soma-se a isso o incremento mundial, a partir de 1950, de combustíveis fósseis que tem disseminado carbono preto, esferas de cinzas inorgânicas, e partículas carbonosas esféricas em todo o mundo. Além disso, fluxos sedimentares antropogênicos têm se intensificado, tanto pela erosão causada pelo desmatamento, quanto pela construção de rodovias e barragens. Desta forma, as assinaturas geoquímicas, em estratos lacustres e no gelo da Gronelândia, incluem níveis elevados de hidrocarbonetos poliaromáticos, bifenilos policlorados, resíduos de pesticidas, chumbo, nitrogênio e fósforo do solo, devido ao aumento do uso de fertilizantes.¹⁷

Portanto, a conjuntura onde está inserido o objeto desta tese pode ser chamada de antropoceno, em seu aspecto geológico, já quanto ao momento sócio-histórico-cultural, é caracterizada como pós-modernidade ou modernidade líquida, mas partindo da ideia que a (pós)modernidade líquida não nega a modernidade, nem que a existência daquela necessite da extinção desta. Assim, novos e velhos

¹⁴ ZOLNERKEVIC, Igor. A era humana. *Pesquisa FAPESP*, ed. 243, maio, 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/a-era-humana/>>. Acesso em: 18 mar. 2017. p.53.

¹⁵ *Ibid.*, p.53.

¹⁶ WATERS, Colin N.; et. al. The Anthropocene is functionally and stratigraphically distinct from the Holocene. *Science*, vol. 351, jan. 2016. p.137.

¹⁷ *Ibid.*, p.137-138.

paradigmas coexistem em uma sociedade onde tudo é fugaz e rarefaz diante de interesses econômicos. Assim, o tempo, o espaço, a cultura e a vida são reduzidos, respectivamente, a fragmentos temporais, territoriais, arquetípicos e genéticos.

Desta forma, os setores econômicos ligados a alimentação, agricultura e fármacos vêm na (pós)modernidade líquida um ambiente propício para apropriação da diversidade biológica juntamente com os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Isto porque os povos indígenas e comunidades tradicionais possuem uma conexão vital e intergeracional entre terra, conhecimento e inovações, de tal forma que os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético e a própria diversidade biológica são indissociáveis e representam uma construção coletiva no espaço e no tempo.

Ocorre que a revolução biotecnológica tem desvinculado as plantas, os animais e os microorganismos da terra. Assim, desterritorializa as formas de vida, reduzindo-as a fragmentos genéticos, que são prontamente apropriados pelas grandes corporações, que se fundamentam no direito de propriedade intelectual para tal.¹⁸

Nesse sentido, Vandana Shiva alerta para o controvertido patenteamento de formas de vida, as quais são redefinidas, pretensiosamente, como invenções biotecnológicas:

A biodiversidade foi redefinida como 'invenções biotecnológicas', para tornar o patenteamento de formas de vida aparentemente menos controvertido. Essas patentes são válidas por 20 anos e, portanto, cobrem gerações de plantas e animais. No entanto, mesmo quando cientistas em universidades embaralham genes, eles não 'criam' o organismo que a seguir patenteiam.¹⁹

Com base na ideia de invenções biotecnológicas, em 1971, a General Electric e um de seus funcionários, Anand Mohan Chakravarty, entraram com um pedido de patente nos Estados Unidos para uma espécie de bactéria geneticamente modificada. Assim, apesar de plantas e animais não serem patenteáveis segundo a lei norte-americana da época e do processo de modificação genética ter sido resumido por Chakravarty como um embaralhamento de genes, modificando bactérias que já existiam, a primeira patente de vida foi concedida nos Estados

¹⁸ MIRANDA, João Paulo Rocha de Miranda. *Biodiversidade brasileira: Aspectos jurídicos e socioambientais da sua apropriação*. Barra do Garças, MT: João Paulo Rocha de Miranda: Pensar Direito: UFMT/CUA, 2014. p.163. ISBN 978-85-918416-0-8.

¹⁹SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.42. ISBN 85-326-2508-8.

Unidos da América, com o fundamento contraditório de que a bactéria geneticamente modificada não era produto da natureza, mas da intervenção humana, portanto uma inovação. Desde então os Estados Unidos têm se apressado em conceder patentes para todo o tipo de forma de vida.²⁰

A partir deste marco histórico, através do direito de propriedade intelectual, grandes corporações farmacológicas e agrícolas têm fundamentado o processo voraz de apropriação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Neste sentido, por exemplo, as companhias de biotecnologia têm procurado além de se apropriar da biodiversidade agrícola, através de sua modificação genética, têm, também, criado um monopólio de todos os meios de produção agrícola, a começar pelo mais básico deles, a semente, como comenta Vandana Shiva ao afirmar que “[...] as novas patentes têm sido definidas de maneira ampla, permitindo o monopólio de direitos sobre genes individuais e até mesmo sobre características.”²¹

Neste sentido, o “[...] sistema de patentes pode ser considerado um poderoso instrumento de domínio das riquezas naturais contidas num território [...]”.²² Tal situação é potencializada se considerarmos “[...] as assimetrias existentes entre países centrais e periféricos em termos políticos, econômicos, tecnológicos e militares [...]”.²³ Desta forma, “[...] investidas de grupos monopolistas no sentido de exercer um controle sobre o biomercado emergente, pode ser considerado, segundo SHIVA, um novo colonialismo.”²⁴

Desta maneira, quinhentos anos depois, o novo colonialismo encontra-se em curso, sendo a cultura e a biodiversidade os novos produtos de exploração, como comenta Vandana Shiva:

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos príncipes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresas transnacionais, apoiadas

²⁰ SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 79-80. ISBN 85-326-2508-8.

²¹ *Ibid.*, p.41-42.

²² IADEROZZA, Fábio Eduardo. *Neoliberalismo, sistema de Patentes e a liberalização do biomercado emergente no Brasil na década de 1990: a privatização do conhecimento tradicional e da biodiversidade nacional*. 2015, 260 f. Tese (Doutorado em Geografia). Instituto de Geociências, Universidade estadual de Campinas, Campinas, SP, 2015. p.101.

²³ *Ibid.*, p.101.

²⁴ *Ibid.*, p.101.

pelos governantes contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizada do mundo ocidental.²⁵

Neste sentido, segundo David Harvey “é inegável que a cultura se transformou em algum gênero de mercadoria.”²⁶ Assim, “a renda monopolista surge [...] em virtude do controle exclusivo sobre algum item, direta ou indiretamente, comerciável [...]”²⁷, seja de um bem material ou imaterial, como a cultura e, mais especificamente, os conhecimentos tradicionais associados que, ainda que indiretamente, são mercantilizados e monopolizados.

Desta forma, Cristiane Derani alerta para a colonização da cultura pelo mercado:

Nesta atividade expansionista, ocorre o confronto entre movimento de criação cultural nas sociedades tradicionais e o movimento de incorporação e mercantilização das culturas que se desenvolvem com outro tempo. Deste confronto, a submissão da cultura à lógica do mercado é a colonização da cultura pelo mercado. A colonização como processo de adaptação de culturas e recursos a uma determinada dinâmica produtiva e a um específico regulamento sobre ela é historicamente presente no desenvolvimento das relações de mercado, decorrente do movimento expansionista da produção. Tempo e espaço são submetidos a uma lógica produtiva.²⁸

Neste processo de colonização da cultura pelo mercado, é importante frisar que o que ocorre é apropriação da biodiversidade enquanto macrobem ambiental. Assim, Pierre Bourdieu lembra que o direito desempenha um papel fundamental no desenvolvimento desta colonização da cultura pelo mercado, na medida em que legitima através das regras o estilo de vida dominante.²⁹

Destarte, o direito, notadamente o de propriedade intelectual, instrumentaliza esta nova colonização da biodiversidade, ignorando os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, por valorizar e proteger apenas os conhecimentos ditos *científicos*. Assim, a biotecnologia torna possível a colonização e controle daquilo que é autônomo, livre e auto-regenerativo, como tem ocorrido com as sementes melhoradas ou geneticamente modificadas, por exemplo. “É nesse

²⁵ SHIVA, Vandana, op. cit., p.24. ISBN 85-326-2508-8.

²⁶ HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo Annablume, 2005. p.221. ISBN85-7419-496-4.

²⁷ Ibid., p.222.

²⁸ DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003, p.80.

²⁹ BOURDIEU, Pierre. Poder, derecho y clases sociales. 2. ed. Bilbao, ES: Desclee de Brouwer, 2001. p.139-145.

sentido que a semente e os corpos das mulheres como sítios de poder regenerativo estão, aos olhos do patriarcado capitalista, entre as últimas colônias.³⁰

Desta maneira, neste capítulo será esmiuçado este processo de colonialismo biocultural e o epistemicídio por ele gerado. Por fim, será demonstrado como as normas, internacionais e nacionais, conceituam os povos e comunidades tradicionais e/ou os conhecimentos tradicionais associados. Assim, será possível perceber dois movimentos políticos-jurídicos antagônicos. Se, por um lado, as grandes corporações farmacêuticas, alimentícias e agrícolas arquitetam junto aos poderes executivo, legislativo e judiciário formas de se apropriarem deste bem ambiental biocultural, por outro, há uma tentativa legal de proteger e dar visibilidade às comunidades tradicionais e valorizar seus saberes, em um processo de resistência ao novo colonialismo do século XXI.

2.1 O novo colonialismo do sul sociológico

No capitalismo contemporâneo o “biocolonialismo [...] traduzem [...] o paradigma pós-moderno no que se refere aos avanços da engenharia genética e seus impactos na humanidade [...]”.³¹ Assim, este fenômeno pode ser entendido como a apropriação indevida de recursos biológicos dos países em desenvolvimento e ricos em biodiversidade pelos países que dominam os processos biotecnológicos mais modernos e sediam grandes corporações industriais de engenharia genética³², voltadas principalmente para os setores farmacêuticos e do agronegócio. É, portanto, uma nova forma de colonialismo, chamado nesta tese de colonialismo biocultural, para ressaltar que a apropriação indevida é da biodiversidade juntamente com os conhecimentos tradicionais a ela associada, devido a indissociabilidade destes elementos. Desta forma, os países, do que chamamos aqui de norte sociológico, fomentam um processo de colonização do patrimônio genético, dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e dos recursos naturais, sociais e culturais dos países do sul sociológico.

³⁰ WERLHOF, Claudia Von. *Women: the last colony*. In: SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.70. ISBN 85-326-2508-8.

³¹ OLIVEIRA, Thiago Pires. Biocolonialismo: Um desafio para a efetivação do direito dos povos indígenas ao patrimônio genético. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a.49, n°195, p.149-157, jul./set., 2012. p.149.

³² Cf. MORIN, Jean-Frédéric. Une réplique du Sud à l’extension du droit des brevets: la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle. *Droit et Société*, Paris, FR, n. 58, p. 633-653, 2004. Disponível em: http://www.iddri.com/Publications/Publications-scientifiques-et-autres/Biodiversite_dans_regime_DPI.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Neste momento, é importante esclarecer que a ideia de norte e sul sociológicos é inspirada na noção de norte e sul global. Cunhada por Boaventura de Sousa Santos, este define que norte global é formado pelos Estados Unidos da América, Europa, Austrália e Nova Zelândia; enquanto o sul global coincide com o geográfico, sendo formado pela África, América do Sul e Ásia.³³ Assim, o que caracteriza a relação norte-sul global é justamente o aspecto colonial de exploração e dominação, que persiste até os dias de hoje. Portanto, isto é reflexo do capitalismo e do seu modelo neoliberal, que hierarquiza os saberes, bem como os sistemas biológicos, econômicos e políticos, em um processo apelidado de colonialidade do poder³⁴, novo colonialismo³⁵, biocolonialismo³⁶, etnopirataria³⁷ ou colonialismo biocultural. Assim, o projeto imperial do Norte Global para o Sul Global é uma metáfora da exploração e exclusão social, motivo pelo qual se utiliza aqui o termo norte e sul sociológicos.

Desta forma, o colonialismo biocultural se vincula a relações de poder e de mercado. Assim, “[...] o que ocorre com a biodiversidade no atual sistema internacional de patentes [...]”³⁸, é justamente o colonialismo biocultural, que “[...] se assemelha melhor ao colonialismo, em que os poderes dominantes se apropriam dos recursos dos povos dominados e justificam esta apropriação em termos das suas próprias doutrinas jurídicas e políticas.”³⁹ Desta maneira, “a geopolítica desta relação polarizou os hemisférios – norte e sul: o primeiro mais pobre em

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 1995. p.508.

³⁴ MENESES, Maria Paula, *Epistemologias do sul*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nº 80, p.5-10, 2008.

³⁵ MIRANDA, João Paulo Rocha de; XAVIER, Alexandre Vientine. A tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica e à agrobiodiversidade: segurança jurídica ou apropriação do patrimônio genético enquanto bem ambiental? In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Direito ambiental II*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, 2013. p.199. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4163634d39ec5b1d>>. Acesso em: 20 jan 2017.

³⁶ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.330

³⁷ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006. p. 32.

³⁸ MADRAZO, Alejandro Lajous. Biocolonialismo. In: SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA, 2011, New Haven, Connecticut, EUA. *Anais ...* New Haven: Yale Law School, 2011. p.27.

³⁹ *Ibid.*, p.28.

biodiversidade, concentra as nações mais ricas em tecnologia; o segundo concentra os países mais bio e sociodiversos, porém com pouca tecnologia.”⁴⁰

Desta maneira, parece que para muitas corporações industriais e/ou países do norte sociológico os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade do sul sociológico não possuem titularidade alguma, mesmo a despeito de qualquer regulação, sendo, portanto, passíveis de apropriação. É o que ocorre, por exemplo, com os Estados Unidos da América, onde “[...] o conhecimento tradicional estrangeiro é por disposição de lei, invisível para o direito estadunidense [...] é *res nullius*”,⁴¹ aos moldes de como outrora se tratava os recursos naturais.

Esta discussão ganha importância no Brasil a partir da Carta Constitucional de 1988, onde há uma mudança de paradigma em relação à natureza jurídica do meio ambiente. Isto porque, desde o direito clássico, a natureza fora tradicionalmente tratada como *res nullius*, isto é, coisa de ninguém. Portanto, era passível de ser apropriado por quem quer que fosse, para qualquer uso, até mesmo aquele que levasse a destruição do bem, como comenta o Ministro Antonio Herman Benjamin:

O Direito clássico, pós-Revolução Francesa, listava a Natureza e seus componentes na categoria de *coisa* ou *bem* (ou, para usar uma expressão econômica e na moda, *commodity*), quando não os vendo como simples *res nullius* ou *res communes*. Coisa para ser utilizada e, eventualmente, até destruída, ao bel-prazer daquele que contasse com sua posse ou propriedade. Coisa a serviço direto da pessoa –individualmente considerada –, sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer os desejos humanos, mesmo os mais mesquinhos e egoístas.⁴²

Contudo, esta visão, radicalmente antropocêntrica, na atualidade está superada, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, no Brasil, no final da década de oitenta do século passado, o bem ambiental recebeu do legislador constituinte originário o *status* jurídico de bem de uso comum do povo. Portanto, o meio ambiente passa a ter natureza difusa, ou seja, pertencer a todos. Isto é, os titulares do ambiente passam a ser indeterminados e ligados por uma circunstância de fato: necessitam do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sadia qualidade de vida de todos. Desta maneira, o bem ambiental passou de *res nullius*

⁴⁰ AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral; MOREIRA, Teresa Cristina. A proteção dos conhecimentos tradicionais associados: Desafios a enfrentar. *Revista do patrimônio histórico e artístico nacional*, Brasília, DF, IPHAN, nº 32, p.44-61, 2005. p.44.

⁴¹ AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral; MOREIRA, Teresa Cristina. A proteção dos conhecimentos tradicionais associados: Desafios a enfrentar. *Revista do patrimônio histórico e artístico nacional*, Brasília, DF, IPHAN, nº 32, p.44-61, 2005. p.44.

⁴² BENJAMIN, Antonio Herman. A Natureza no Direito Brasileiro : coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, [200?], p. 3. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 24 ago 2011.

para *res comune omnium*, isto é, coisa comum a todos. Neste sentido, evidenciando a superação da visão puramente antropocêntrica do bem ambiental, comentam os professores José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala.

É óbvio que a visão antropocêntrica, centrada na posição em que o homem tratava o ar puro com *res nullius*, está superada, e hoje este bem é considerado *res omnium*, e assim, deve ser entendido. Advoga-se a superação de um antropocentrismo do passado e a inclusão de valores, por exemplo, a bioética, na proteção jurídica do meio ambiente.⁴³

Contudo, é importante ressaltar que a superação desta visão puramente utilitarista do meio ambiente não ocorreu do dia para noite, mas que é fruto de processos paralelos, nos campos das ciências biológicas e jurídica. Tais processos ao convergirem a um mesmo ponto, levaram a um antropocentrismo mitigado, que possui sim, sua dose de utilitarismo, porém abrandada. Assim, a tutela constitucional do meio ambiente, ao mesmo tempo em que é intergeracional e antropocêntrica, em certos momentos, reconhece certo valor intrínseco na vida não humana.

Desta maneira, é importante reafirmar que o Art. 225 da Carta pátria trouxe uma nova realidade jurídica, disciplinando um bem intergeracional, essencial à sadia qualidade de vida humana e de uso comum do povo, mas que não é público, nem, muito menos, particular, rompendo, por definitivo, com a dicotomia entre público e privado que prevalecia nas ordens constitucionais anteriores. Desta maneira, este dispositivo constitucional, como comenta Fernando Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu, uniu a questão dos interesses difusos ao conceito de futuras gerações, surgindo assim uma nova compreensão dos direitos fundamentais:

Passam a ser considerados também os direitos dos que ainda não nasceram. A dimensão da pessoa humana é projetada no futuro, não mais apenas como a dimensão civilista do nascituro, mas de toda uma futura (e ainda nem mesmo gestada) geração de pessoas humanas. [...] Não é mais um interesse do indivíduo contra o Estado, ou inerente apenas a certa coletividade, mas um interesse difuso e que abrange não apenas as atuais, mas as futuras gerações [...].⁴⁴

Portanto a mudança da natureza jurídica do bem ambiental surge do somatório de duas características já comentadas. A primeira diz respeito ao fato de ser um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa, dentro dos limites constitucionais. A segunda refere-se a ser um bem

⁴³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 53. ISBN 85-218-0358-3.

⁴⁴ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *Revista de Direito Ambiental*, ano 10, n° 38, São Paulo, Revista dos Tribunais: abril-junho de 2005, p. 103 e 104. ISSN 1413-1439.

essencial à sadia qualidade de vida, o que importa a satisfação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, no caso, o da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III, do Art. 1º, da Lei maior.

Portanto, trata-se, na verdade, de um bem que pode ser utilizado por todo o povo, independentemente da sua nacionalidade ou residência. Isto significa dizer que, uma vez em território nacional, todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil, podem, dentro dos limites legais, desfrutarem deste bem ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, dissociado dos poderes que o titular da propriedade possui, tais como aqueles elencados no Art. 1.228 do Código Civil, que se referem à faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, o legislador constituinte, diante da natureza difusa deste bem ambiental, de uso comum do povo, atribui à coletividade apenas o seu uso. Porém não é qualquer forma de uso, mas apenas o uso sustentável, isto é, aquele que garanta às próximas gerações, pelo menos, as mesmas condições que as presentes desfrutam.

Desta forma, o legislador constituinte destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, o direito de uso, e o transporta ao Art. 225 da atual Constituição brasileira, de maneira que, sendo bem de uso comum do povo, todos podem utilizá-lo, mas ninguém pode dispor dele ou transacioná-lo.

Destarte, diante da nova ordem constitucional, “[...] a legislação brasileira dimensionou o bem jurídico ambiental em microbem e macrobem [...]”.⁴⁵ Portanto, o legislador constituinte ao dispor sobre o “[...] direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto um direito difuso, reconheceu a multidimensionalidade da proteção ambiental.”⁴⁶ Assim, as teorias do ambiente como microbens e macrobem ambiental possibilitam “[...] reconhecer a multidimensionalidade da proteção do ambiente.”⁴⁷

⁴⁵ GERENT, Juliana. Breve análise jurídica da natureza bifronte do dano ambiental. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: < http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=50>. Acesso em: 26 jan. 2017.

⁴⁶ MIRANDA, João Paulo Rocha de; ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. As dimensões da apropriação dos bens ambientais materiais e imateriais da agrobiodiversidade: A propriedade intelectual X o direito de acesso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; FLORES, Nilton César da Silva; POLI, Leonardo Macedo (Coord.). *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, p. 268-287, 2012. p253-254. ISBN: 978-85-7840-113-9. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>>. Acesso em: 26 jan 2017.

⁴⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.277.

Portanto, este bem ambiental, entendido em sua integralidade como um macrobem não está sujeito à apropriação exclusiva de uma pessoa ou grupo, e tampouco se atribui a quem quer que seja sua titularidade. Isto porque, o macrobem ambiental é incorpóreo, imaterial, indivisível e insuscetível de apropriação.⁴⁸ Enquanto o microbem é o recurso ambiental considerado individualmente, conforme é possível compreender na seguinte diferenciação entre microbens e macrobem ambiental:

Assim, neste momento é importante frisar a diferença entre microbens ambientais e macrobem ambiental. Este, que é colocado no singular por ser uno, é composto por aqueles, no plural, por serem elementos constituidores deste. Assim, o macrobem é o meio ambiente como um todo, enquanto os microbens são os elementos naturais (florestas, rios, peixes, animais etc.) que compõem o meio ambiente. Desta maneira, o macrobem não é passível de apropriação, nem pública, nem, muito menos, privada, sendo, apenas o seu uso coletivo permitido.⁴⁹

Desta forma, aplicando a teoria multidimensional do bem ambiental à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados é possível entender melhor o colonialismo biocultural. Assim, a biodiversidade como um todo, como um conjunto incorpóreo e de possibilidades genéticas, bem como os conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica, que descortinam para a sociedade ocidental uma série de espécies e suas utilidades, fazem parte do macrobem ambiental, sendo, portanto, indivisível e insuscetível de apropriação. Contudo, uma planta ou um animal com o qual o ser humano se alimenta, por exemplo, fazem parte do microbem ambiental. Como elementos que compõem a biodiversidade, estes bens são passíveis de apropriação.

Acontece que as plantas e animais não são passíveis de patenteamento. Ou melhor, conforme o artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial, “não são patenteáveis [...] todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial [...]”.⁵⁰ Portanto, em regra, a biodiversidade não pode ser patenteada, nem a biodiversidade enquanto macrobem, pois este é insuscetível de

⁴⁸ Cf. BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007

⁴⁹ MIRANDA, João Paulo Rocha de; ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Op. Cit., p.255.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm >. Acesso em: 26 jan. 2017.

apropriação, nem os elementos da diversidade biológica enquanto microbens, pois estes são seres vivos, logo impatenteáveis.

Então como ocorre a colonização biocultural? Primeiramente é importante entender que o conhecimento tradicional associado á biodiversidade é qualquer informação ou prática individual ou coletiva de povo indígena ou comunidade tradicional com valor real ou potencial, associada ao Patrimônio Genético, como será visto mais adiante. Esses conhecimentos são dinâmicos e fruto de uma construção no espaço geográfico em que habitam e no tempo intergeracional. Assim, são desenvolvidas no espaço a partir das experiências e observações de fenômenos, como, por exemplo, se determinada planta tem propriedades curativas. Ademais, surgem da troca com outras comunidades de informações e de material genético, caracterizado pela diversidade de plantas, frutos, sementes, animais etc trocados, bem como das práticas religiosas e da necessidade de se adaptarem ao ambiente em que vivem ao longo do tempo. Além disso, a transmissão destes conhecimentos se dá no tempo, ou seja, é passado de geração para geração.

Diante deste conceito, é imperativo saber que a maioria dos elementos da biodiversidade utilizados pelo ser humano, seja para fármacos, alimentação ou agricultura, foram “descobertos” pelas sociedades ocidentais a partir de conhecimentos tradicionais associados. Para exemplificar, no início deste milênio, dos princípios ativos isolados de plantas superiores utilizados na medicina moderna, 75% (setenta e cinco por cento) tiveram utilidades identificadas pelas comunidades tradicionais.⁵¹ Assim, sem os conhecimentos tradicionais associados, as utilidades dos elementos da biodiversidade permaneceriam desconhecidos ou sua descoberta seria mais demorada e dispendiosa, tanto no que diz respeito aos recursos humanos, quanto aos financeiros.

Então, ainda é necessário entender como ocorre “[...] a apropriação indébita por parte de grandes laboratórios farmacêuticos internacionais dos conhecimentos adquiridos por povos indígenas, quilombolas e outros, acerca das propriedades terapêuticas ou comerciais [...]”⁵² de elementos da biodiversidade, sejam de

⁵¹ Cf. SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

⁵² FARIA, Caroline. Biopirataria. *InfoEscola*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/biologia/biopirataria/>> Acesso em: 27 jan. 2017.

microrganismos, de fungos, da fauna e da flora “[...] de diversos países, ou de seus princípios ativos utilizados para a confecção de medicamentos.”⁵³

Bem, existem varias formas. Por exemplo, em uma delas os pesquisadores estrangeiros entram no Brasil com vistos de turista ou estudante, neste caso, muitas vezes ligados a um programa de pós-graduação estrangeiro, mas também a uma empresa que os financiam. Uma vez em território nacional, infiltrando-se em comunidades tradicionais ou em áreas indígenas para descobrirem seres vivos com interesse para as indústrias, principalmente farmacêuticas, agrícolas ou alimentares. Assim, coletam exemplares e descobrem, com o auxílio das comunidades tradicionais, seus usos e aplicações. De posse destas valiosas informações, voltam para seus países e utilizam as espécies e os conhecimentos dos povos indígenas e/ou comunidades tradicionais para isolarem os princípios ativos, que, uma vez descobertos são patenteados. Este processo confere-lhes o monopólio, por 20 (vinte) anos, da comercialização ou o direito de receberem um valor a cada vez que aquele produto for comercializado. Desta forma, comercializam o produto em escala mundial, inclusive para o país de origem do etnoconhecimento, sem repartir benefício algum com as comunidades tradicionais.⁵⁴

Aqui faz necessário ressaltar que esta apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade não é um processo exclusivo do setor farmacológico, embora seja o principal, mas abrange também o agropecuário e o alimentício. Contudo, “[...] a indústrias farmacêuticas tornaram-se as maiores exploradoras do conhecimento medicinal tradicional para os principais produtos e com lucro, no mercado mundial anual, no valor de 43 bilhões de dólares.”⁵⁵

Entretanto, é preciso frisar que até o milênio passado, não havia regulamentação no Brasil quanto ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Além disso, a biopirataria não estava, assim como ainda não está, tipificado no ordenamento jurídico penal brasileiro. Contudo, sempre foi um fato reprovado socialmente, com repercussões econômicas e socioambientais. Talvez um dos primeiros casos emblemáticos registrados de biopirataria ou acesso indevido dos conhecimentos tradicionais associados e da

⁵³ FARIA, Caroline. Biopirataria. *InfoEscola*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/biologia/biopirataria/>> Acesso em: 27 jan. 2017.

⁵⁴ LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. *Biodiversidade um ativo de imenso valor: Biopirataria, plantas medicinais e etnoconhecimento*. Itajaí, SC: UNIVALI: Projeto aves marinhas, [200?]. p.4.

⁵⁵ POSEY, Darrel A.. Etnoentomologia de tribos indígenas da Amazônia. In: RIBEIRO, Darcy; RIBEIRO, Berta Gleizer. (org.). *Suma Etmológica Brasileira*, vol. 1, Petrópolis: FINEP/Vozes, 1987. p. 251-272.

própria biodiversidade que o Brasil tenha sofrido se refere ao contrabando inglês de sementes de seringueira (*Hevea brasiliensis*), árvore da qual se extrai o látex para a fabricação de borracha, que o Brasil dominou de 1850 a 1913, produzindo 95% (noventa e cinco por cento) da borracha do mundo.⁵⁶

Assim, em 1876 o inglês Henry Hickham contrabandeou 70 (setenta) mil sementes de seringueira da Amazônia brasileira para o Jardim Botânico de Londres, da onde foram enviadas para as colônias inglesas na Índia e na Nova Zelândia. De forma que, “em 1913, a borracha produzida por 70 mil sementes contrabandeadas do Brasil e plantadas em seringais de cultivo asiáticos da Grã-Bretanha inundou o mercado, superando a venda da borracha selvagem, mais cara, e tirando-a de cena.”⁵⁷

Portanto, a falta de regulamentação interna no país, juntamente com o modo derivado de nascimento do Estado brasileiro, e da maioria dos países megadiversos, ou seja, a partir de uma colonização de exploração, bem como o tratamento do bem ambiental como um *res nullius*, juntamente com o domínio dos países do norte das tecnologias de bioprospecção e engenharia genética, criaram um cenário propício para o colonialismo biocultural do sul sociológico. Até que um caso envolvendo a Bioamazônia, Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia, e a Novartis Pharma multinacional farmacêutica de origem suíça, que assinaram um contrato que dava à Novartis direitos de acesso e uso exclusivos de material genético da região amazônica, alertou o três Poderes nacionais.

Assim, em meados do ano 2000, foi editada uma norma específica com a pretensão de garantir a soberania do Estado sobre os recursos genéticos. Desta forma, foi editada a Medida Provisória nº 2.052, de 29 de junho de 2000, que derivou, após sucessivas reedições, na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que, por fim, foi revogada pela Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que se encontra vigente até momento.

Portanto, atualmente, no Brasil o acesso aos conhecimentos tradicionais pode se dar de forma lícita, conforme a Lei nº 13.123/15, ou ilícitamente, como descrito acima. Contudo, ambos os casos podem configurar o colonialismo biocultural. Isto porque, todo ou parte dos seres vivos, excetuando os microorganismos transgênicos, não podem ser patenteados, conforme, o já comentado, artigo 18 da

⁵⁶ Cf. JACKSON, Joe. *O ladrão no fim do mundo*. Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

⁵⁷ *Ibid.*, p.13.

Lei de Propriedade Industrial. Ora, então se repete a questão: como ocorre a colonização biocultural?

Recapitulando, os conhecimentos tradicionais associados e a biodiversidade são indissociáveis, por isso a maior parte dos princípios ativos farmacológicos são descobertos a partir destes etnoconhecimentos. Além disso, as indústrias multinacionais do norte utilizam as espécies da biodiversidade e os conhecimentos tradicionais de países megadiversos do sul para isolarem os princípios ativos que lhes interessam, os quais são patenteados. Mas como pode haver patente se os seres vivos ou partes destes não são passíveis de patentes?

Isto ocorre porque a engenharia genética rompe com as axiologias culturais, religiosos e socioambientais que ligam a vida a terra, separando os fragmentos genéticos do ser vivo, negando a natureza viva deste, como argumento para sua coisificação, mercantilização e monopolização da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Neste sentido, explana Laymert Garcia dos Santos:

Ora, essa conexão vital com a terra vem sendo desfeita por uma tendência tecnológica recente [...] a revolução biotecnológica desvincula plantas, animais e microorganismos da terra, quando a genética decodifica a vida e a engenharia genética rompe todos os valores ecológicos, culturais, sociais e religiosos que ligavam a vida a terra. [...] primeiro a ciência e a tecnologia desterritorializam as formas de vida, reduzindo-as a meros fragmentos genéticos; depois as grandes corporações, de posse desses fragmentos, transformam-nos por sua vez em mercadoria especializada. O resultado é a apropriação das próprias condições de vida e a possibilidade do seu controle e monopolização. [...] Toda essa operação só é possível se forem reconhecidos os direitos de propriedade intelectual sobre a inovação técnico científica. Nesse sentido, é da maior importância compreender que a biotecnologia e os direitos de propriedade intelectual são duas faces de uma mesma moeda: através da genética e da engenharia genética, a vida, qualquer forma de vida, torna-se pura informação, que tem apenas valor virtual; através dos direitos de propriedade intelectual, esse valor virtual, pode ser atualizado como valor monetário.⁵⁸

Portanto, se os seres vivos ou parte deles não podem ser patenteados, como pode uma indústria multinacional ter uma patente de um medicamento produzido a partir de plantas, animais ou microrganismos da biodiversidade brasileira? A patente é do princípio ativo que produz o remédio, contudo este princípio ativo é composto de gens e moléculas de seres vivos. Isto não significa uma patente de parte de seres vivos? Claro que sim! Partes genéticas e moleculares de seres vivos são

⁵⁸ SANTOS, Laymert Garcia dos. Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos? In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (orgs). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: ISA, 1996, p. 23-24.

patenteadas, não obstante a Lei de Propriedade Industrial, no Brasil, a Convenção sobre Diversidade Biológica, internacionalmente, entre outras normas, como será visto mais adiante, proibam.

Esta é a grande falácia científica do século XXI que instrumentaliza a colonização biocultural, tanto através da engenharia genética, quanto da propriedade industrial. “Primeiro a ciência e a tecnologia desterritorializam as formas de vida, reduzindo-as a meros fragmentos genéticos; depois as grandes corporações, de posse desses fragmentos, transformam-nos por sua vez em mercadoria especializada.”⁵⁹ Ou seja, este produto, feito da parte genética de um ser vivo, é patenteado, criando-se, assim, um monopólio, ainda que com termo determinado, da utilidade deste elemento da diversidade biológica.

Para exemplificar, é possível examinar o caso da, tradicionalmente conhecida, vacina do sapo. Na verdade, não é nem uma vacina, nem, muito menos, um sapo. Trata-se de fato de uma rã, conhecida como *Rã-Kambo*, *Rã-Kambô*, *Rã-Cambô* ou Sapo-Verde. Denominada cientificamente de *Phyllomedusa bicolor*, é a maior espécie do gênero da família *Hylidae*, que ocorre na Amazônia, podendo ser encontrado em quase todos os países amazônicos, como as Guianas, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia e Brasil.⁶⁰

A vacina do sapo é uma prática xamânica ou etnomedicinal de povos indígenas e comunidades tradicionais da Amazônia. A finalidade principal é tirar a *panema*, ou seja, afastar a má sorte na caça e com as mulheres. “Tradicionalmente usada como revigorante e estimulante para caça por grupos indígenas do sudoeste amazônico (entre eles, Katukina, Yawanawá e Kaxinawá) [...]”⁶¹ Atualmente, também tem havido um “[...] duplo interesse pelo kambô nos centros urbanos: como um ‘remédio da ciência’ – no qual se exaltam suas propriedades bioquímicas – e como um ‘remédio da alma’ – onde o que mais se valoriza é sua ‘origem

⁵⁹ SANTOS, Laymert Garcia dos. Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos? In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (orgs). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: ISA, 1996, p. 23.

⁶⁰ SOUZA, Moisés Barbosa. *Diversidade de Anfíbios nas Unidades de Conservação Ambiental: Reserva Extrativista do Alto Juruá (REAJ) e Parque Nacional da Serra do Divisor (PNSD)*, Acre, Brasil. 2003, 279 f.. Tese (Doutorado em Ciências Biológicas). Instituto de Biociências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Rio Claro, SP, 2003. p.56-57.

⁶¹ LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby. "Remédio da Ciência" e "Remédio da Alma": os usos da secreção do kambô (*Phyllomedusa bicolor*) nas cidades. *CAMPOS: Revista de Antropologia Social*, Curitiba, PR, v. 8, nº 1, p.71-90, 2007. p.90. ISSN: 1519-5538. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo%C3%A3o%20Paulo/Meus%20documentos/Downloads/9553-29353-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

indígena’.”⁶² Populações tradicionais do Acre e do vale do Juruá consideram a vacina do sapo como um analgésico poderoso e um remédio para muitos males, como, por exemplo a ancilostomose, que é uma helmintíase que pode ser causada tanto pelo *Ancylostoma duodenale* como pelo *Necatur americanus*, vermes nematelmintes que causam a doença popularmente conhecida como amarelo.⁶³

A vacina do sapo, como dito anteriormente, não é uma vacina, mas uma prática etnomedicinal onde a secreção cutânea da Rã-Kambô é aplicada “[...] queimando superficialmente a pele com um instrumento pontiagudo (cipó titica, entre os índios) e, em seguida, depositando na queimadura (chamada de ‘ponto’) a secreção do kambô – parcialmente diluída em água para desfazer a cristalização.”⁶⁴

Acontece que ao fazer uma busca nos pedidos de patentes envolvendo a *Rã-Kambô* é possível observar que os pedidos são dos países do norte sociológico, que buscam se apropriar da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados amazônicos.

Para demonstra isso, por meio do método de análise de conteúdo por traços de significação foi construída uma base de dados sobre patentes que se referiam ao Kambô, até 28 de janeiro de 2017. Para tanto, partiu-se da palavra-chave *Phyllomedusa bicolor* digitada no banco de dados do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) e do Google Patentes. A escolha pelo mecanismo de busca Google foi feita uma vez que este indexa mais de 87 milhões de patentes e pedidos de patentes com texto completo de 17 escritórios de patentes, incluindo: Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI); Escritório de Patentes e Marcas dos Estados Unidos (USPTO); Escritório Europeu de Patentes (OEP); Escritório Estadual de Propriedade Intelectual da China (SIPO); Escritório de Patentes do Japão (JPO); Escritório Coreano de Propriedade Intelectual (KIPO); Escritório de Patentes e Marcas da Alemanha (DPMA); Escritório Canadense de Propriedade Intelectual (CIPO); bem como órgãos de propriedade intelectual da Rússia, Reino Unido, França, Espanha, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Luxemburgo e Países Baixos.

⁶² LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby. "Remédio da Ciência" e "Remédio da Alma": os usos da secreção do kambô (*Phyllomedusa bicolor*) nas cidades. *CAMPOS: Revista de Antropologia Social*, Curitiba, PR, v. 8, nº 1, p.71-90, 2007. p.90. ISSN: 1519-5538. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo%C3%A3o%20Paulo/Meus%20documentos/Downloads/9553-29353-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

⁶³ CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro Barbosa de (orgs.). *Enciclopédia da floresta: O alto juruá: Práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.608-610.

⁶⁴ LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby, op. cit., p.85.

Da análise dos dados, foram elencados 18 (dezoito) pedidos de patentes de produtos relativos à *Rã-Kambô*, até janeiro de 2017, e os mesmo foram distribuídos percentualmente pelos seguintes cessionários: 16,6% Fundação de pesquisa da Universidade do Kentucky, nos Estados Unidos da América; 8,3% Corporação de inovação e desenvolvimento da Universidade de Victoria, no Canadá; 8,3% BioNebraska associação de ciências da vida, no estado americano do Nebraska; 8,3% Zymogenetics, uma empresa da Bristol-Myers Squibb, em Seattle, Washington, nos Estados Unidos da América; 5,2% Universidade de ciência e tecnologia da China oriental e Centro nacional de pesquisa do Japão; 4,1% Professor Dr. Illimar Altossar, do Departamento de bioquímica, microbiologia e imunologia, da Faculdade de Medicina, da Universidade de Ottawa, no Canadá; 4,1% Professor Dr. Gordon S. Mitchell, da Universidade de Wisconsin, em Madison, nos Estados Unidos da América; 4,1% Nomad Bioscience GmbH, empresa na Alemanha; 4,1% Jonathan McNulty, da Universidade de Wisconsin, em Madison, nos Estados Unidos da América; 4,1% William W Kay, Universidade de Victoria, no Canadá; 4,1% 3M Empresa de inovação, nos Estados Unidos da América; 4,1% Angiochem, empresa farmacêutica em Montreal, no Canadá; 4,1% Christopher J Murphy, da Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos da América; 4,1% Francis J. Golder, da Universidade da Pensilvania, nos Estados Unidos da América; 4,1% Fundação de pesquisa da Universidade da Georgia, nos Estados Unidos da América; 4,1% Xiongying Cheng, do Jackson Hospital, no Alabama, nos Estados Unidos da América; 4,1% Nilsky Edward J., da Universidade do Arizona, nos Estados Unidos da América; 4,1% Amram Mor, da Faculdade de biotecnologia e engenharia de alimentos, do Instituto de tecnologia de Israel, em Israel.

Ao separar os cessionários destas patentes por países, fica claro que pouco mais de três quintos das patentes são requeridas pelos Estados Unidos da América, seguidos pelo Canadá com um quinto de todos os pedidos. Já o quinto restante está dividido por países da Europa, Japão e China, conforme demonstra o gráfico abaixo:

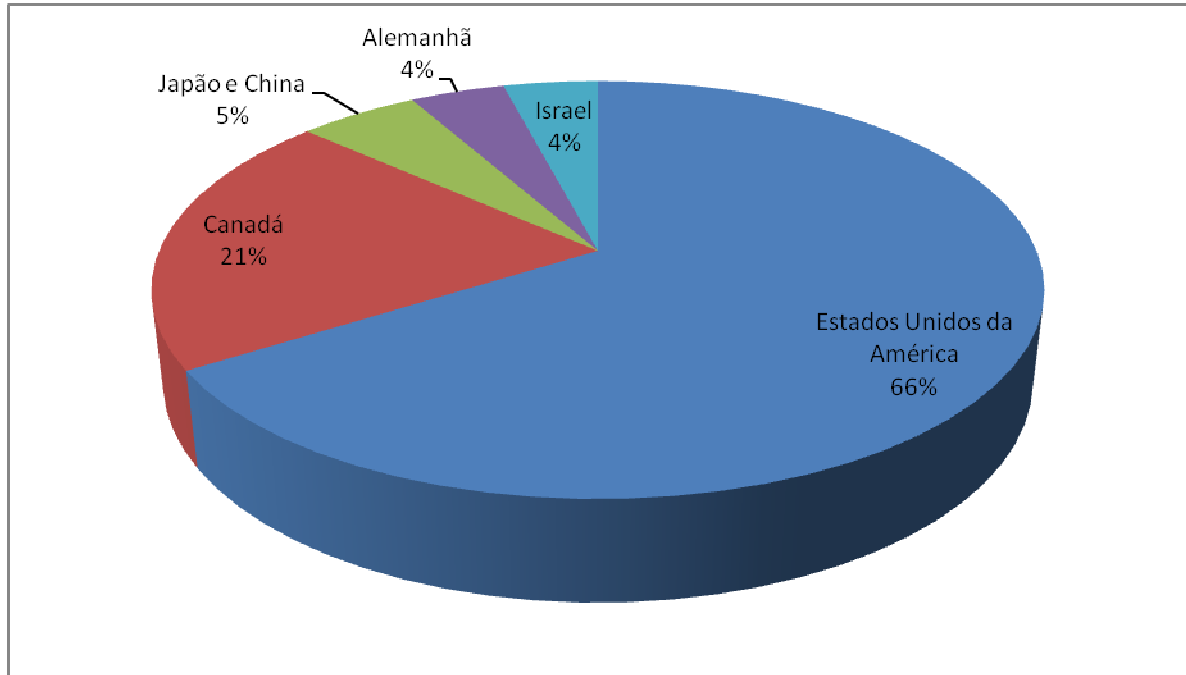


Gráfico 1 – Percentual de pedidos de patentes relativas à Rã-Kambô (*Phyllomedusa bicolor*) por países até 28 de janeiro de 2017.

Em estudo parecido, Marcos Vinício Chein Feres e João Vítor Freitas Moreira⁶⁵ levantaram 11 (onze) patentes de peptídeos e análogos extraídos da secreção cutânea da Rã-Kambô (*Phyllomedusa bicolor*), conforme pode ser visualizado em tabulação constante no anexo A.

Apenas para exemplificar a utilidade da biodiversidade amazônica patenteada pela Fundação de pesquisa da Universidade do Kentucky, destaca-se uma destas patentes:

Método para tratamento de lesão hepática mediada por citocina. RESUMO: Um método de modulação de citocinas mediada lesão hepática por administração a um mamífero de deltorfina. [...] Uma concentração deltorfina nas fileiras de cerca de 0,5 mg / kg a cerca de 20 mg / kg numa formulação de blocos em cascata de citoquinas fisiologicamente aceitável num modelo murino de choque séptico. [...] DESCRIÇÃO DETALHADA: Deltorphins heptapéptidos são lineares endógenos **isolados a partir de extractos de pele da rã bicolor Sul americana Phyllomedusa**. [...] (Tradução livre. Grifo nosso)⁶⁶

Portanto, percebe-se que estas patentes “[...] só foram possíveis por meio da apropriação de uma prática indígena milenarmente usada por comunidades

⁶⁵ FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vítor Freitas. Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: o caso do conhecimento tradicional. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, RS, v. 4, nº 2, p.9-36, 2014. p.29-31.

⁶⁶ UNIVERSIDADE DO KENTUCKY. Fundação de pesquisa (Lexington, Kentuck, EUA). Peter R. Oeltgen; Craig J. McClain; Shirish Barve; Paul D. Bishop. *Método para tratamento de lesão hepática mediada por citocina*. US6380164, 30 abr. 2002

tradicionais da região amazônica.”⁶⁷ Ora, um pesquisador, em um laboratório estadunidenses, canadense, europeu, japonês ou chinês, só teve a ideia de extrair um peptídeo, um aminoácido, um gen ou outra molécula qualquer da secreção de uma rã amazônica, por ter tido a informação de que povos indígenas e comunidades tradicionais da Amazônia faziam fins medicinais e xamânicos desta secreção. Além disso, teve que obter espécimes deste animal da biodiversidade amazônica para realizar suas pesquisas.

Logo, “[...] a patente sobre os peptídeos extraídos da pele da rã *Phyllomedusa bicolor* não contém legitimidade e legalidade, categorizando as patentes expostas e a difundida prática de bioexploração”⁶⁸, nesta tese chamada de colonialismo biocultural. Este é apenas um dos muitos casos de biocolonialismo que ameaçam a biodiversidade e os etnoconhecimentos dos países do sul. “Como o conhecimento tradicional constitui a biodiversidade, o desrespeito a esses conhecimentos, por meio do patenteamento dessas práticas tradicionais [...]”⁶⁹, põe em risco a própria diversidade biológica. Isto ocorre em função da lógica mercantilista e monopolista do sistema de tutela da propriedade industrial no mundo. Assim, os países do norte fomentam esta lógica de mercado para a pseudoproteção à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais.

Portanto, o velho, assim como o novo, colonialismo são frutos das exigências do mercado. Outrora do mercantilismo, contemporaneamente da sociedade de consumo. Desta forma, ao longo da história do capitalismo é possível observar como a vida foi moldada às exigências do mercado capitalista, de tal forma que introjetou a racionalidade do capital no interior das sociedades ocidentais, influenciando também outras culturas e os modos de vida. Assim, o capitalismo desenvolveu diferentes formas de colonialismo e imperialismo, impondo a visão do capital como a única forma de ver, entender e agir no mundo.⁷⁰

Neste sentido comenta Joaquim Herrera Flores:

Da mesma maneira, agora de um ponto de vista externo, as diferentes formas de colonialismo e imperialismo funcional para tais relações sociais dominadas pelo capital tem sido generalizada desta forma particular e

⁶⁷ FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vítor Freitas. Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: o caso do conhecimento tradicional. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, RS, v. 4, n° 2, p.9-36, 2014. p.27.

⁶⁸ *Ibid.*, p.32.

⁶⁹ *Ibid.*, p.31.

⁷⁰ RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003, p.46.

peculiar de lidar com a vida como se fosse a única maneira de ver, compreender e agir no mundo. (Tradução nossa).⁷¹

Esta visão mono cognitiva leva à eliminação das pluralidades e diferenças culturais, que, nesta ótica, são impedimentos e obstáculos para a expansão do capital. Desta maneira, o mercado, como uma mão invisível, busca controlar tudo, das matérias-primas aos mercados, passando pela cultura e biodiversidade, em um processo denominado nesta tese de colonialismo biocultural.

Desta forma, o capital utiliza como estratégia o combate à diversidade, apostando na uniformização de culturas. Para tanto, a arma utilizada é a força, travestida de livre mercado. Assim, a violência gerada neste processo de uniformização e homogeneização das culturas leva a criação de monopólios sobre a vida e os recursos vivos, como no caso citado da Rã-Kambô, que se manifestam em múltiplos níveis, como o político, o ecológico e o sociocultural.

A violência política se dá mediante o uso da força, do controle e da centralização, afastando-se da democracia de fato, embora formalmente esta continue. Já a violência ecológica, tem duas vertentes. A primeira ocorre através da violência às diversas espécies da natureza, incluindo a extinção e patenteamento da biodiversidade. A segunda vertente se dá pelo controle da produção mediante monocultivos que geram uma grande desestabilização ecológica e erosão genética. Por fim, a violência sociocultural se manifesta na agressão e na fragmentação de sistemas sociais e culturais diversos para integrá-los em um sistema global, padronizado e homogêneo, considerado como o único válido.⁷²

Neste sentido, esta globalização implica em uma hegemonia e uma pretensão de apropriação exclusiva dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e, conseqüentemente, na redução da diversidade biológica e na monopolização destes recursos ambientais. Tal processo ocorre mediante as constantes modificações nos institutos da propriedade industrial, visando ampliar cada vez mais o espectro de patenteamento da vida.

Neste sentido, a lei Internacional de Propriedade Intelectual exige cada vez mais a patenteabilidade de material genético. Contudo, várias organizações não governamentais e os países em desenvolvimento têm se oposto a esta extensão da

⁷¹ FLORES, Joaquim Herrera. *La reinvencción de los Derechos Humanos*. Andalucía, ES: Atrapasueños, 2008. p.47.

⁷² RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano, op. cit., p.47.

lei de patentes, reivindicando novos direitos de propriedade sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.⁷³

Desta forma, se os povos indígenas foram desconsiderados em sua natureza humana, durante o nefasto, violento e extenso processo de colonização, entre os séculos XV e XVIII, hoje resistem a esta nova colonização, que se manifesta na apropriação privada dos seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, bem como de outras comunidades tradicionais.⁷⁴

Assim, nos países megadiversos, em sua maioria localizado no sul sociológico, apesar da resistência dos povos indígenas e comunidades tradicionais, ocorre o colonialismo biocultural pelos países e corporações do norte sociológico, conforme anteriormente comentado. Para tanto, na sociedade pós-moderna, fomentada pelo sistema neoliberal, há um processo em curso de inferiorização, desvalorização e destruição dos saberes locais e tradicionais, o que gera um verdadeiro epistemicídio dos conhecimentos tradicionais associados, como será abordado a seguir.

2.2 Epistemicídio de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

A ciência sempre foi preconceituosa com os conhecimentos empíricos e mais ainda com os tradicionais, uma vez que, para muitos cientistas, estes conhecimentos provinham de populações tradicionais, e, portanto, na concepção destes cientistas, sem saberes. Isto porque, por muito tempo o conhecimento científico foi alicerçado em um modelo epistemológico calcado em um mundo monocultural, ignorando a realidade multicultural do mundo. Tal fato impediu a emergência e sobre tudo a valorização de outras formas de saberes, como os conhecimentos tradicionais, por exemplo. Isto tudo gerou destruição, inferiorização e desperdício de saberes locais, que Boaventura de Souza Santos chama de epistemicídio:

O mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, que descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber

⁷³ MORIN, Jean-Frédéric. Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets: la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle. *Droit et Société*, Paris, FR, n. 58, p. 633-653, 2004. p.633. Disponível em: http://www.iddri.com/Publications/Publications-scientifiques-et-autres/Biodiversite_dans_regime_DPI.pdf. Acesso em: 23 jan. 2017.

⁷⁴ DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003, p.90.

locais, à inferiorização de outros, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presente na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas.⁷⁵

Portanto, “o imperialismo cultural e o epistemicídio são parte da trajetória histórica da modernidade ocidental.”⁷⁶ Assim, o debate sobre o acesso aos saberes tradicionais “[...] é complexa e envolve um processo de subordinação secular, interesses econômicos diversos, uma legislação inadequada e certo **preconceito científico**, além do direito das comunidades ao seu próprio conhecimento.”⁷⁷

Assim, é possível exemplificar todo este contexto analisando as sementes enquanto patrimônio genético. Neste sentido, nas últimas três décadas do século XX houve uma profunda transformação na concepção sociológica das sementes, no sentido privatizá-las. Desta forma, a revolução biotecnológica procurou separar a semente de seus genes, procurando, legitimar a apropriação dos seus aspectos imateriais. Assim, se deu a transformação das sementes em mais um recurso natural a ser explorado, um recurso fitogenético. Neste sentido comenta Thiago Ávila:

Os impactos das revoluções biotecnológicas na década de 70 e a capacidade de manipulação de genes e das cadeias de DNA [...] provocaram profundas alterações sociais. Na metade da década de 90, já não se consideravam as sementes sem referir-se as suas características e propriedades genéticas, tratando-as como verdadeiros ‘recursos’. Ao longo das décadas de 80 e 90, o conceito de ‘natureza’ foi fortemente transformado, incorporando novos significados ao ser requalificado como ‘biodiversidade’, ‘diversidade biológica’ ou ‘recursos genéticos’.⁷⁸

Desta maneira, a indústria biotecnológica de sementes utiliza dois mecanismos para se apropriar da biodiversidade. Primeiro rouba da semente tradicional sua fertilidade e capacidades auto-regenerativas, através de melhoramento genético, via seleção e fixação de genes, ou de modificação genética, com a introdução de genes de outras espécies, desvinculando, assim, a vida da terra. Depois de *despatriada*, alegando ser esta *nova* semente um *novo* material genético, fruto de invenção biotecnológica, as corporações, através do direito de propriedade intelectual, notadamente das patentes, se apropriam desta

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula. Epistemologias do sul. *Revista Lusófona de Educação*, Coimbra, PT, nº 13, p.183-189, 2009.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montivideo: Universidad de la República: Trilce, 2010. p.82.

⁷⁷ GARCIA, Marcelo. Tradição, direito e valor. *Revista Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, RJ, 24 jul. 2012. Disponível em: <http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/3765/n/tradicao,_direito_e_valor>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁷⁸ ÁVILA, Thiago. Ampo-hù (todas as sementes): intercientificidade, sementes de milho e os conhecimentos tradicionais ambientais dos Krahô. In: LITTLE, Paul E. (org.). *Conhecimentos tradicionais para o século XXI: etnografias na intercientificidade*. São Paulo: Annablume: 2010, p. 149. ISBN 978-85-391-0197-9.

agrobiodiversidade, em detrimento dos legítimos direitos das comunidades tradicionais e, muitas vezes, da soberania de nações.

Este perverso mecanismo é baseado na ideia de que a inovação e a propriedade intelectual advêm apenas dos conhecimentos científicos desenvolvidos em laboratórios, sem reconhecer a conservação e melhoramento genético efetuados por comunidades tradicionais ao longo de séculos, em um verdadeiro processo de segregação do conhecimento empírico e de valorização do científico. Assim, a “[...] concepção de que a propriedade intelectual é apenas reconhecível quando produzida em laboratórios por homens de avental branco é, fundamentalmente, uma visão racista do desenvolvimento científico.”⁷⁹

Desta forma, tal concepção fomenta a seleção artificial, a hibridação e a transgenia de espécies da agrobiodiversidade com o objetivo de uniformização e padronização dos fenótipos que atendem à indústria agroalimentar e ao padrão de consumo da sociedade capitalista contemporânea. Isto leva à erosão genética destas espécies, que se consubstancia na “[...] perda da diversidade genética, em um local particular e num período particular de tempo, incluindo a perda de genes e a perda individual de combinações de genes.”⁸⁰

Desta maneira, não é possível ignorar que “[...] a mudança genética total que os lavradores conseguiram ao longo de milênios é muito superior à alcançada durante os últimos 100 a 200 anos de esforços mais sistemáticos embasados na ciência.”⁸¹ Para exemplificar esta questão, faz-se oportuno analisar o caso do desenvolvimento do milho. Ao longo de milênios varias etnias indígenas e comunidades de agricultores de diferentes locais das Américas desenvolveram um processo de melhoramento do milho através da seleção de sementes pela cor, tamanho e diversas características. Segundo Marta Adriana Pedri, os Guaranis, assim como diversas outras etnias, utilizavam as cores no manejo genético do milho:

O manejo destas duas cores de milho, associado a práticas religiosas, não se restringe aos Guaranis, mas se encontra de forma universal nas três Américas. Três tipos básicos de variação- setores de cores na espiga,

⁷⁹ MOONEY, Pat. *Proceedings of the Conference on Patenting of Life Forms*. In SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.77. ISBN 85-326-2508-8.

⁸⁰ CARVALHO, Julita Maria Frota Chagas; SILVA, Marina Medeiros de Araújo; MEDEIROS, Maria Jaislanny Lacerda e. *Perda e Conservação dos Recursos Genéticos Vegetais*. Campina Grande: Embrapa Algodão, 2009.

⁸¹ SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.77. ISBN 85-326-2508-8.

pericarpo listrado no grão, e aleurona malhada, podem ser identificados nos sistemas de manejo do milho numa ampla escala geográfica. A documentação mais detalhada destas práticas é da região andina e do México.⁸²

Assim, “[...] os nativos americanos dominaram as técnicas de nove dos mais importantes cultivos do mundo, incluindo o do milho, também chamado de maiz (*Zea mays*) [...] domesticado há 9 mil anos [...]”⁸³. Neste sentido, é curioso observar como as comunidades tradicionais das Américas transformaram um capim, chamado teosinto, em uma gramínia produtora de um cereal que se tornou a base alimentar de muitos povos das Américas, e, que hoje representa 21% (vinte e um por cento) da nutrição humana⁸⁴, o milho, conforme pode ser visualizado na imagem abaixo:



FIGURA 1 - Morfologia da inflorescência feminina: A) Milho B) Teosinto⁸⁵

Como não admitir a seleção feita pelas comunidades tradicionais por nove mil anos? Como não reconhecer este fato como uma inovação? Como não conferir certa proteção, ao menos comunal, a este bem imaterial? Isto se dá por preconceito científico e interesse de grandes corporações de biotecnologia.

Portanto, comunidades tradicionais indígenas ou camponesas que ao longo de gerações manejaram e selecionaram o milho nas Américas, não podem, por uma visão corporativista e eurocêntrica, se verem alijados do processo de reconhecimento destes conhecimentos ou simplesmente aceitarem a redução destes a mero valor econômico pelas patentes. Isto porque, para estas comunidades, seus conhecimentos tradicionais significam mais do que uma propriedade intelectual, mas um “patrimônio”, uma herança, com valor intrínseco,

⁸² PEDRI, Marta Adriana. *A dinâmica do milho (*Zea mays* L.) nos agroecossistemas indígenas*. 2006, 87 f.. Dissertação (Mestrado em Agroecossistemas) Centro de Ciências Agrárias, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2006, p. 63.

⁸³ CARROLL, Sean B.. Tracking the Ancestry of Corn Back 9,000 Years. *The New York Times*. New York, 24 maio 2010. Disponível em: < <http://www.nytimes.com/2010/05/25/science/25creature.html>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ TERRA, Tatiana Freitas. *Variabilidade genética em populações de teosinto (*Zea Mays* subsp. *mexicana*) visando à contribuição do melhoramento genético do milho (*Zea mays* subsp. *mays*)*. 2009, 161 f.. Tese (Doutorado em Fitotecnia). Faculdade de Agronomia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2009. p. 16.

independente de valoração econômica, recebido das gerações passadas, com o encargo de serem transmitidas às futuras, como comenta Laymert Garcia dos Santos:

Por outro lado, o termo `propriedade` também exige um comentário, pois nas comunidades indígenas faria muito mais sentido o termo `patrimônio`, uma vez que se desconhece a noção de propriedade, tal como existe no Direito ocidental moderno, e que se considera o que se recebe das gerações passadas como um legado a ser transmitido para as gerações futuras.⁸⁶

Assim, epistemicídio “[...] designa a morte de um conhecimento local perpetrada por uma ciência alienígena.”⁸⁷ Portanto, para definir melhor o epistemicídio deve-se partir do significado de episteme, o qual pode ser definido como um conjunto de conhecimentos que subsidiam as formas de encarar e entender o mundo em determinada época. Já o sufixo “cídio” vem do Latim *caedere*, que significa matar, derrubar. Logo, o epistemicídio se trata do extermínio de algumas formas de conhecimentos e saberes comunitários, ancestrais e tradicionais. Isto se dá, baseado na crença da classe dominante, de que o método científico é o único validador e legitimador do conhecimento.⁸⁸

Tal processo de epistemicídio também se deu na formação do Estado brasileiro, através da colonização de exploração, que deixou marcas profundas na sociedade brasileira, em especial nos povos indígenas e comunidades tradicionais descendentes de escravos, como os quilombolas. Isto porque a colonização portuguesa destruiu os conhecimentos destes povos, considerados pelo colonizador como primitivos e selvagens. Desta forma, nem o fim da política colonial libertou a culturas destes povos, que continuaram invisíveis e desvalorizadas, servindo de pano de fundo para o atual colonialismo biocultural, como comenta Boaventura:

[...] a vastíssima destruição dos conhecimentos próprios dos povos causada pelo colonialismo europeu – a que chamamos de epistemicídio – e, por outro lado, o fato de que o fim do colonialismo político, não significou o fim do colonialismo nas mentalidades e subjetividades, na cultura e na

⁸⁶ SANTOS, Laymert Garcia dos. Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos? In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (orgs). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: ISA, 1996, p. 25.

⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G. de; NUNES, João Arriscado. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.22.

⁸⁸ ZEBALLOS, Andy Philipps. Epistemicidio: Así es como La modernidad suprime formas marginales de conocimiento. *UnitedExplanations*, 03 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.unitedexplanations.org/2015/12/03/31787/>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

epistemologia e que pelo contrário continuou a reproduzir-se de modo endógeno.⁸⁹

Destarte, o epistemicídio de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade pode ser exemplificado facilmente com recursos da agrobiodiversidade. As sementes de vegetais para alimentação e agricultura configuram um importante componente da agrobiodiversidade mundial, pois além de alimentos, são também materiais genéticos para proliferação de outras plantas. No meio agrícola é comum classificar as sementes em melhoradas ou crioulas. Crioulas são aquelas selecionadas por comunidades tradicionais e/ou indígenas por várias gerações. Por isso, para a ciência, desprovidas de saberes e, portanto, sem proteção jurídica. Já as melhoradas são produzidas rapidamente em laboratórios, muitas vezes a partir das crioulas. São, portanto, na concepção científica, merecedoras de proteção jurídica, a fim de resguardar o investimento financeiro e científico. Assim, neste processo as sementes crioulas, frutos de conhecimentos tradicionais associados, são invisibilizadas e desvalorizadas, facilitando assim o uso e/ou a apropriação por grandes grupos econômicos.

2.3 Povos indígenas, comunidades e conhecimentos tradicionais na ordem jurídica

Os conceitos de povos indígenas, comunidades e conhecimentos tradicionais se dão no âmbito de uma construção social e histórica, que tem como base diversos movimentos de luta pelos direitos destes segmentos sociais. Tais definições são importantes a fim de delimitar o objeto de tutela jurídica. Por isso, estes movimentos influenciaram as doutrinas jushumanistas e jusambientais que refletiram suas ideias, primeiramente, na ordem jurídica internacional, e, posteriormente, nas nacionais. Isto não foi diferente no Brasil.

Internacionalmente, destacam-se a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica. No tocante à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), esta trata sobre direitos dos povos indígenas e tribais. Aqui é importante ressaltar que a Convenção traz uma inovação que é a distinção entre o termo *populações*, que denota transitoriedade e contingencialidade, e o termo *povos*, que caracteriza segmentos nacionais com identidade e

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montivideo: Universidad de la República: Trilce, 2010. p.8.

organização próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam. Vale ressaltar, porém, que o emprego do termo *povos*, nessa acepção, limita-se exclusivamente ao âmbito das competências da OIT.

Assim, a Convenção é aplicada a povos considerados indígenas, em países independentes, uma vez que seus habitantes descendem de povos da mesma região geográfica que vivia no país na época da conquista ou no período da colonização. Além disso, estes povos são considerados indígenas porque também conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Vale ressaltar também que a convenção possui aplicabilidade a povos tribais, que possuam condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros segmentos da população nacional, conforme dispõe em seu Art. 1º:

ARTIGO 1º

1. A presente Convenção aplica-se a;

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.[...]⁹⁰

É importante frisar ainda que as identidades indígena ou tribal provêm de autoidentificação, como critério subjetivo, conforme Art. 1º, 2, da referida norma internacional. Assim, ninguém, Estado, grupo social ou indivíduo, pode negar a identidade a um povo indígena ou tribal, que assim se reconheça.⁹¹

Portanto, é possível perceber que o referido tratado internacional, em uma interpretação literal, não se refere às comunidades tradicionais, mas sim a povos indígenas e tribais. Contudo, a Convenção nº 169 da OIT tem seu alcance ampliado para os povos e comunidades tradicionais, como remanescentes de quilombos, ribeirinhos, entre outros.

⁹⁰ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.15.

⁹¹ *Ibid.*, p.7-15.

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou a Convenção 169 da OIT ao povo Samaraka, remanescentes de quilombo do Suriname:

86. La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se **debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal** y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo (grifo nosso).⁹²

De igual sorte, na jurisprudência nacional há alguns poucos precedentes jurisprudenciais que estendem os efeitos da Convenção nº 169 da OIT para além da expressão “povos indígenas e tribais”, mas garantir os mesmos direitos às variadas comunidades tradicionais:

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES
 AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA-INCRA
 PROCURADOR : VALDEZ ADRIANI FARIAS
 AGRAVADO : JOSE AUGUSTO VIEIRA
 ADVOGADO : IVALDECI ROLIM DE MENDONCA JUNIOR E OUTROS(AS)
 D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, contra a decisão de fls. 16-18 que, em ação ordinária, deferiu o pedido de liminar para determinar: "a) a suspensão dos efeitos da Portaria n.196/2007 do INCRA, no que tange a área 787,3734 hectares da Fazenda Matosinho/Sagrisa; b) o sobrestamento da expedição do título de propriedade relativo à referida área, em favor da Comunidade Matões dos Moreira; c) o sobrestamento da imissão do INCRA na posse do imóvel do autor". [...] Acrescenta a regularidade do laudo antropológico, afirmando que o fato de ter sido realizado dois anos antes da abertura do processo administrativo só reforça a existência da comunidade de Matões dos Moreira como remanescente das comunidades dos quilombos. Assevera que o critério da auto-atribuição espelha-se nas regras da nova metodologia do Decreto 4.887/2003 para identificação das **comunidades remanescentes quilombolas como grupo étnico-racial, que segue não só os modernos posicionamentos da antropologia, mas pauta-se também nas disposições da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989** (grifo nosso)⁹³.

⁹² CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. p.44. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.006135-0/MA. Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Agravado: José Augusto Vieira. Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acessado em: 2 abr. 2016.

No mesmo sentido, em um Mandado de Segurança, a decisão ressalta o direito de auto-determinação dos povos, aplicando a Convenção nº 169 da OIT à remanescentes de quilombolas:

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário, **assegura aos grupos e comunidades tradicionais (indígenas e tribais) prevê o direito de auto-determinação dos povos**, ou seja, as próprias comunidades podem se auto-definirem. **A partir do decreto nº 4.887/2003, foi concedido a essas populações o direito à auto-atribuição como único critério para identificação das comunidades quilombolas**. O decreto, que regulamenta o procedimento de regularização fundiária definiu que: "são terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural" (grifo nosso)⁹⁴.

No tocante à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), esta não dispõe expressamente sobre comunidades tradicionais, mas sim de comunidades indígenas e locais, como tratava a Medida Provisória 2.186-16/01, revogada pela Lei 13.123/15. Entretanto, a CDB, em seu preâmbulo, reconhece a "[...] estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento"⁹⁵. Portanto, acaba fazendo referência aos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas, o que se consubstancia nos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Ademais, o Art. 8, j, da CDB, incumbe a cada parte contratante, de acordo com a legislação nacional, o dever de "[...] respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica"⁹⁶.

Destarte, fica claro que, tanto a Convenção nº 169 da OIT, quanto a Convenção sobre Diversidade Biológica, tutelam os ditos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, independentemente se são conhecimentos de povos e comunidades indígenas, tribais, locais, quilombolas, ribeirinhos, agricultores tradicionais, entre outros.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR. Impetrante: Instituto José Marcondes Leal e Maria Francisca Cordeiro Marcondes Leal. Impetrado: Superintendente Regional do INCRA/PR. Juiz Federal: Antônio César Bochenek. Ponta Grossa, PR, 10 de outubro de 2008. D.E. de 15.10.2008.

⁹⁵ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000. p.8.

⁹⁶ Ibid., p.11-12.

Assim como na ordem internacional, o ordenamento jurídico brasileiro possui algumas normas que conceituam os povos, comunidades e conhecimentos tradicionais. Embora haja divergências terminológicas entre os diferentes dispositivos legais, estes são complementares e fornecem em uma interpretação sistemática o real conceito destas populações e comunidades. Inicialmente, há de se tratar do Decreto nº 6.040/07, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definindo Povos e Comunidades tradicionais como aqueles grupos autodefinidos, culturalmente diferenciados, com organização social própria, que ocupam e usam o território e manejam os recursos naturais com fim à reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando os conhecimentos tradicionais transmitidos tradicionalmente e intergeracionalmente, conforme Art. 3º, I, do referido decreto:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; [...]⁹⁷

Embora este decreto não conceitue expressamente conhecimentos tradicionais, é possível extrair seu entendimento a partir da definição de Povos e Comunidades Tradicionais. Assim, os conhecimentos tradicionais seriam os conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas por estes povos e comunidades de forma tradicional, isto é, intra e intergerações, e através da oralidade ou outra forma frequente de transmissão de conhecimentos destas populações.

Vale ressaltar que para as comunidades remanescentes de quilombos, além da definição genérica de comunidades tradicionais, o Decreto nº 4.887/03, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, trás um conceito próprio em seu Art. 2º:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações

⁹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 fev 2007.

territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.⁹⁸

Já para as comunidades indígenas há uma definição específica trazida pelo Art. 3º, do Estatuto do Índio, que também utiliza o critério da autodeterminação, embora vincule a uma origem e ascendência pré-colombiana:

Art. 3º Para os efeitos de lei ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.⁹⁹

Desta forma, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) tem a Convenção nº 169 da OIT, como anteriormente comentada, e o Estatuto do Índio como principais fundamentos para a definição de comunidades indígenas:

Identidade e pertencimento étnico não são conceitos estáticos, mas processos dinâmicos de construção individual e social. Dessa forma, não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas. Os critérios adotados pela FUNAI se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). [...] Dessa forma, os critérios utilizados consistem: a) na auto-declaração e consciência de sua identidade indígena; b) no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem.¹⁰⁰

Voltando às definições genéricas de comunidades tradicionais, além da definição dada pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, é importante ressaltar os conceitos de comunidades e conhecimentos tradicionais associados, dispostos no Art. 2º da Lei 13.123/15, apregoado pelo governo federal como o novo marco legal da biodiversidade:

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:

[...]

⁹⁸BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov 2003.

⁹⁹BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez 1973.

¹⁰⁰ FUNAI. Quais os critérios utilizados para a definição de indígena? Brasília, DF: FUNAI, [200?]. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>>. Acessado em: 30 mar 2016.

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;

III - conhecimento tradicional associado de origem não identificável - conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional;

IV - comunidade tradicional - 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; [...].¹⁰¹

Quanto ao conceito de comunidade tradicional, o marco legal da biodiversidade repete a definição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Entretanto, ao tratar do conhecimento tradicional associado, a Lei 13.123/15, o trata como informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, associada ao patrimônio genético. Aqui o legislador criou um novo conceito, independente da definição de comunidade tradicional, que é o de agricultor tradicional, como sendo aquela “[...] 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”¹⁰², conforme Art. 2º da norma em questão:

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: [...]

XXXI - agricultor tradicional - 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;

XXXII - variedade tradicional local ou crioula - 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; e

XXXIII - raça localmente adaptada ou crioula - 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

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

¹⁰² Ibid.

seleção natural ou seleção realizada adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional. [...] ¹⁰³

Além disso, a Lei 13.123/15 cria uma subcategoria de conhecimento tradicional associado, isto é, o de origem não identificável. Ou seja, 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”. ¹⁰⁴ Entretanto, como se ter certeza da possibilidade ou não de vincular a origem a um determinado conhecimento tradicional? Quanto mais sabendo que a ciência conhece um pequeno fragmento desta biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, como questiona MOREIRA:

Também lamentável é a pretensa desnecessidade de CPI quando o conhecimento tradicional for considerado não identificável, sendo este conceituado como “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”. É de se questionar: o que é conhecimento tradicional sem possibilidade de vinculação de uma origem? Considerando que o Brasil não conhece a maior parte dos conhecimentos tradicionais existentes em seu território, como afirmar que não é possível vincular o conhecimento a nenhuma origem? ¹⁰⁵

Corroborando com esta ideia, MARTINS e SANO comentam sobre o pequeno conhecimento e utilização das espécies da agrobiodiversidade pela humanidade:

Das cerca de 22^o mil espécies de angiospermas estimadas, não utilizamos mais do que 40 ou 45 plantas para nossa alimentação. Destas, 20 são de grãos e cereais, que correspondem a 90% do que comemos. Entre essas vinte, apenas três (trigo, milho e arroz) correspondem a 70% de nossa alimentação. ¹⁰⁶

Contudo, para frisar o conceito de conhecimento tradicional associado vale a pena verificar a ampla definição de Paul E. Little:

[...] todos os conhecimentos pertencentes aos povos indígenas, às populações agroextrativistas, aos quilombolas, aos ribeirinhos e aos outros grupos sociais que se dizem tradicionais, que sejam utilizados para suas atividades de produção e reprodução nas suas respectivas sociedades. ¹⁰⁷

Ressaltando a característica temporal e intergeracional dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, comenta Inês Virgínia Prado Soares:

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ MOREIRA, Eliane. *A consulta prévia e a nova lei brasileira sobre acesso e uso ao patrimônio genético da biodiversidade e conhecimentos tradicionais*. Bogotá, CO: Centro de información de la consulta previa, 2016. Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/columna/22>>. Acessado em: 31 mar 2016.

¹⁰⁶ MARTINS, Márcio Henrique Bernardes. SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: UNESP, 2009. p.75.

¹⁰⁷ LITTLE, Paul E.. Os conhecimentos tradicionais no marco da intercientificidade. In: LITTLE, Paul E. (org.). *Conhecimentos tradicionais para o século XXI: etnografias na intercientificidade*. São Paulo: Annablume: 2010. p.11. ISBN 978-85-391-0197-9.

Em suma: os conhecimentos tradicionais são aqueles saberes produzidos, desenvolvidos e usados pelas comunidades tradicionais, em uma perspectiva temporal intergeracional. Esses conhecimentos, valores e saberes são associados aos recursos naturais existentes no território em que vivem. Por isso, são intrinsecamente dependentes da biodiversidade e do território.¹⁰⁸

Destarte, demonstrado como a norma internacional e nacional abordam as comunidades e conhecimentos tradicionais, será abordado nos próximos itens como o direito internacional tutela o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados.

*

* *

¹⁰⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado. Responsabilidade civil e acesso aos conhecimentos tradicionais no Brasil. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 278. ISBN 978-85-7700-240-5.

3 A TUTELA DE SALVAGUARDA AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

Partindo da premissa que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e a própria diversidade biológica são indissociáveis, como outrora comentado, a tutela jurídica destes bens também se dá conjuntamente. Isto ocorre tanto na esfera internacional, quanto nacional.

Não obstante algumas destas normas que versam sobre este tema tenham um caráter mais comercial e monopolista, do que ambiental e protetivo, a análise deste corpo normativo como um todo se faz necessário, até mesmo como contraponto. Desta forma, neste capítulo serão investigadas as normas que regulam o acesso, e até mesmo a apropriação, dos conhecimentos tradicionais associados e da biodiversidade.

3.1 A tutela de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade na ordem internacional

Neste momento serão abordadas as normas internacionais que regulam o uso e acesso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados. Inicialmente o foco estará em tratados que não protegem, na acepção propriamente dita da palavra, a biodiversidade e conhecimentos tradicionais, embora possam regular o seu uso em parte, e em alguns casos, até mesmo a sua detenção, mediante os institutos da propriedade intelectual. Tal argumentação é feita como contra ponto às demais Convenções que serão analisadas, que, em maior ou menor grau, tutelam estes bens ambientais.

Neste sentido a professora Eliane Cristina Pinto Moreira enumera e comenta sobre os Tratados Internacionais que tratam, cada um na sua esfera, sobre os conhecimentos tradicionais associados:

Dentre os principais cenários de disputa sobre os conhecimentos tradicionais associados destacam-se a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), o Acordo TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Tratado de Recursos Fitogenéticos da FAO, a Convenção sobre Patrimônio Imaterial da UNESCO e a Convenção 169 da OIT. Cada um deles está vinculado a uma arena distinta, embora existam interações que permitam identificar encaixes em relação àqueles que se destinam à proteção dos conhecimentos tradicionais, embora não seja possível apontar

essa mesma característica em relação aos que versam sobre propriedade intelectual [...]¹⁰⁹

Desta forma, além da Convenção da Diversidade Biológica, do Acordo TRIPS, do Tratado de Recursos Fitogenéticos da FAO, da Convenção sobre Patrimônio Imaterial da UNESCO e da Convenção nº 169 da OIT, será abordada também uma Convenção Internacional que protege obtenções vegetais, bem como o Prorocolo de Nagoya e a Convenção de Aarhus de 1998.

Assim, para iniciar esta análise, é importante citar que a Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), foi assinada em 1961, com entrada em vigor em 1968, por apenas cinco países ricos e industrializados: Alemanha; França; Holanda; Bélgica; e Itália. Sua principal finalidade foi reconhecer os direitos do *obtentor* à exclusividade quanto à produção com fins comerciais, venda e comercialização de determinada variedade vegetal obtida. Trata-se, portanto, de um instrumento internacional específico para tutelar a propriedade intelectual referente à biologia vegetal, afeta diretamente a agrobiodiversidade. Assim, protege-se a variedade resultante e não os processos de obtenção, estes reservados à proteção das leis de patentes, regulamentando as formas de proteção, cabendo a cada país signatário decidir e elaborar sua própria forma de tutela, que pode ser via carta patente ou título especial de proteção, o qual confere o direito de *melhorista*.¹¹⁰

Contudo, no momento, é importante ressaltar que o tratado em questão é explícito em proibir que o país signatário adote ambas as formas de proteção, devendo escolher apenas uma delas, conforme art. 2º, 1, da Ata de 1978, da UPOV:

Artículo 2

Formas de protección

1) Cada Estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, todo Estado de la Unión, cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas,

¹⁰⁹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. 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; GARCÉS, Claudia Leonor López; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PINHEIRO, Antônio do Socorro Ferreira (org.). *Proteção aos Conhecimentos das Sociedades Tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006. p.309-332.

¹¹⁰ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 158.

deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica. [...] ¹¹¹

O sistema UPOV foi revisto em 1972, 1978 e 1991, havendo países que hoje seguem as Atas de 1978, como o Brasil, e a de 1991 como os EUA. Até a entrada em vigor da ata de 1991, em 1998, era possível aos países adotarem a ata de 1978. Entretanto, a partir de 1998, os países que quiserem se tornar membros tem de aderir necessariamente à ata de 1991. Este sistema fundamenta-se na ideia de que os *melhoristas* (pesquisadores fitogenéticos e grandes empresas biotecnológicas) devem ser estimulados a criarem novas variedades vegetais e, portanto, devem ser recompensados pelos investimentos e trabalho destinados à pesquisa. Contudo, os agricultores e comunidades tradicionais são considerados meros usuários, totalmente invisibilizados em seu papel como inovadores e melhoristas de sementes e portadores de conhecimentos fundamentais para a agricultura e alimentação. ¹¹² Pura expressão do preconceito científico, comentado anteriormente.

As variedades passíveis de proteção pelo sistema UPOV devem primeiramente distinguir-se claramente, por uma ou várias características importantes, de qualquer outra variedade cuja existência seja notoriamente conhecida no momento em que é requerida a proteção, além de ter de cumprir os requisitos de homogeneidade e estabilidade nas suas características de modo a continuar a corresponder à sua definição, após reproduções ou multiplicações sucessivas, conforme art. 6º, 1, “a”, da Ata de 1978 da UPOV:

Artículo 6

1) El obtentor gozará de la protección prevista por el presente Convenio cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Sea cual sea el origen, artificial o natural, de la variación inicial que ha dado lugar a la variedad, ésta debe poder distinguirse claramente por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicite la protección. Esta notoriedad podrá establecerse por diversas referencias, tales como cultivo o comercialización ya en curso, inscripción efectuada o en trámite en un registro oficial de variedades, presencia en una colección de referencia o descripción precisa en una publicación. Los caracteres que permitan definir y distinguir una variedad deberán poder ser reconocidos y descritos con precisión. ¹¹³

¹¹¹ UPOV. *Convenio internacional para La protección de las obtenciones vegetales*. Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetales. Ata de 1978, Ginebra, 23 out. 1978.

¹¹² PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 159-161.

¹¹³ UPOV, op. cit.

Desta forma, a legislação exclui as cultivares tradicionais como variedades dignas de proteção, por não reconhecerem a seleção realizada ao longo dos séculos pelas comunidades tradicionais e agricultores. As variedades crioulas ficam fora do sistema de proteção, já que tomam os critérios UPOV de homogeneidade e estabilidade para avaliar a *qualidade* da semente e se está apta a ser cadastrada nos órgãos oficiais para a comercialização. No entanto, dois importantes princípios deste regime *sui generis* o diferenciam da proteção patentária: o privilégio do melhorista; e os direitos dos agricultores,¹¹⁴ aos moldes do Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura, que será analisado mais adiante.

O privilégio do melhorista consiste na possibilidade de utilização, sem necessária autorização do obtentor, de variedade protegida, mas apenas para fins de melhoramento vegetal, com finalidade de criação de novas variedades, conforme, art. 5º, 3, da Ata de 1978, da UPOV:

Artículo 5

[...] 3) No será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para La comercialización de éstas. En cambio, se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad.¹¹⁵

É o que Larissa Ambrosano Packer denomina de isenção do melhorista:

É a chamada *isenção do melhorista*, e que alguns consideram uma forma de código biológico aberto, já que parte do pressuposto de que apenas o livre acesso gratuito aos recursos genéticos é capaz de desenvolver as pesquisas para a inovação das variedades vegetais. Autorização que contraria a lei de patentes, pois não constitui violação aos direito de propriedade sobre as variedades protegidas o uso de quaisquer variedades como fonte de variação, ainda que sem a autorização do melhorista da variedade originária.¹¹⁶

Quanto aos direitos dos agricultores, diferentemente da lei das patentes, como será visto mais adiante, as Atas de 1961 e 1978, reconhecem, ainda que tacitamente, a chamada isenção do agricultor, pois se considerava a prática de reservar sementes e reproduzi-las para uso próprio na próxima colheita, um direito

¹¹⁴ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 159.

¹¹⁵ UPOV. *Convenio internacional para La protección de las obtenciones vegetables*. Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetables. Ata de 1978, Ginebra, 23 out. 1978.

¹¹⁶ PACKER, op. cit., p. 160.

costumeiro, tradicionalmente realizado por comunidades indígenas e camponesas, como explica Mauricio Mota:

Assim, ficavam reconhecidos os direitos e a enorme contribuição que os agricultores de todas as regiões efetuaram para o desenvolvimento e a conservação dos recursos genéticos vegetais. Esses direitos dos agricultores foram definidos como direitos decorrentes da passada, presente e futura contribuição dos agricultores na conservação, melhoria e disponibilização dos recursos genéticos das plantas, notadamente as decorrentes dos centros de origem/diversidade. A Convenção tratou assim os direitos dos agricultores não apenas como uma questão de justiça e de equidade, mas prevendo incentivos e meios de conservação e desenvolvimento futuro desses recursos genéticos vegetais pelos agricultores, o que visava garantir que os recursos genéticos vegetais seriam continuamente conservados e disponibilizados.¹¹⁷

Assim, até a Ata de 1978 da UPOV, da qual o Brasil é signatário, estabeleceu-se que os direitos dos obtentores se restringem à produção com fins comerciais, o oferecimento à venda e à comercialização, conferindo, assim, uma exegese de que o livre uso pelos agricultores e comunidades tradicionais para replantio é permitido, conforme art. 5º, 1, da Ata de 1978 da UPOV:

Artículo 5

1) El derecho concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa

— la producción con fines comerciales,

— la puesta a la venta,

— la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad.

El material de multiplicación vegetativa abarca las plantas enteras. El derecho del obtentor se extiende a las plantas ornamentales o a las partes de dichas plantas que normalmente son comercializadas para fines distintos de la multiplicación, en el caso de que se utilicen comercialmente como material de multiplicación con vistas a la producción de plantas ornamentales o de flores cortadas.¹¹⁸

Interpretação esta modificada pela Convenção de 1991, que entrou em vigor em 1998, que aproximou indevidamente este sistema *sui generis* de proteção de cultivares do sistema de patentes, restringindo cada vez mais o acesso e uso das variedades protegidas sem autorização do obtentor, ou seja, investindo contra o núcleo do que torna a o sistema UPOV um sistema *sui generis*.¹¹⁹ Desta maneira, a

¹¹⁷ MOTA, Mauricio. Direitos intelectuais coletivos e função social da propriedade intelectual: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: MOTA, Mauricio (org.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 99-100. ISBN 978-85-352-3513-5.

¹¹⁸ UPOV. *Convenio internacional para La protección de las obtenciones vegetales*. Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetales. Ata de 1978, Ginebra, 23 out. 1978.

¹¹⁹ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 160.

ata de 1991 suprime o direito dos agricultores possuírem bancos de sementes, reproduzindo sementes de uma safra para outra, o que, nas atas anteriores, era considerada como *isenção dos agricultores*. A negação dos direitos dos agricultores, além de beneficiar apenas as empresas de biotecnologia e de sementes, ignora esta prática tradicional de manejo da agrobiodiversidade entre os agricultores ao redor do mundo.

Portanto, a UPOV protege as variedades vegetais, ditas melhoradas, em detrimento da salvaguarda das crioulas. Assim, embora tutele um patrimônio genético importante para a agricultura, não é capaz de garantir os conhecimentos tradicionais associados à agrobiodiversidade.

Neste mesmo sentido, é pertinente abordar agora sobre o Acordo sobre direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Visto que, em 1947, em Genebra, foi realizada a primeira rodada de negociações tarifárias, o que resultou no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, conhecido pela sigla GATT. Esta Convenção Internacional, através do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), firmado na Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais, em 1994, com vigência desde 01/01/1995, transferiu, da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para os fóruns de negociação do GATT, as matérias relacionadas à propriedade intelectual. Desta forma, a adesão ao acordo TRIPs passa a ser condição para o ingresso dos países à Organização Mundial do Comércio (OMC), rompendo com os princípios adotados pelas Convenções de Paris e Berna no âmbito da OMPI.

Destarte, o tratamento da propriedade intelectual no âmbito do GATT significou um grande prejuízo na tutela da biodiversidade, até porque, o art. 27 do acordo TRIPs, ampliou o rol do que é passível de ser patenteado, possibilitando patente de toda invenção de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Tal ponto caracteriza a grande diferença para com o sistema *sui generis* da UPOV, que proíbe a proteção de processos, permitindo a exclusividade apenas da planta inteira como mecanismo de incentivo às pesquisas, exceto no caso da isenção do melhorista, que pode utilizar, sem autorização, o material genético de uma cultivar, para desenvolver outra.

ARTIGO 27

Matéria Patenteável

[...]

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.¹²⁰

Quanto às plantas, o art. 27, 3, b, obriga os países-membro a proteger variedades de plantas, facultando aos países a escolha do regime, seja de patentes ou mesmo de um sistema *sui generis*, ou ainda a combinação de ambos, o que é proibida pelo sistema UPOV. Entretanto o Acordo TRIPs não especifica que tipo de sistema *sui generis* seria eficaz e nem obriga a adesão à UPOV. Assim, muitos países-membro da OMC optaram por seguir o modelo UPOV, seja da Ata de 1978, como o Brasil, por exemplo, ou da Ata de 1991

Como o Brasil é signatário da Ata de 1978 da UPOV, que faculta a escolha de um único regime de proteção, a lei de cultivares nº 9.456/97, deveria ser, no Brasil, o único sistema *sui generis* possível de proteção às obtenções vegetais. O que já seria um avanço em relação ao direito de propriedade intelectual, uma vez que este sistema *sui generis*, adota o modelo de privilégios dos melhoristas, que permite que o melhorista utilize uma cultivar de planta para produzir outra, sem necessitar de autorização para isso. No entanto, este sistema *sui generis* convive com o regime de patentes que autoriza o patenteamento de microorganismos geneticamente modificados, conforme art. 18, III, da atual Lei de propriedade intelectual (Lei nº 9279/96), que será analisada mais adiante, o que, como já comentado, é expressamente proibido aos países-membro da UPOV.

Art. 18. Não são patenteáveis:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e

¹²⁰ TRIPs. Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Disponível em: < http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2011.

os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.¹²¹

Deste modo, ambos os regimes de proteção podem sobrepor a uma mesma variedade que contenha uma inovação genética, recaindo sobre ela a taxa tecnológica pela cultivar nova protegida pela Lei de Cultivares e os royalties decorrentes da proteção patentária.¹²²

Assim, com a obrigação dos países-membro da OMC e TRIPs de se conceder patentes a microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas, bem como a faculdade de combinação de regimes de patentes e do sistema *sui generis* para a proteção de obtenções vegetais (contrariando a UPOV), fica clara a “[...] controvérsia entre os acordos multilaterais de proteção ambiental e GATT/OMC.”¹²³

Não obstante haja soluções para a resolução de controvérsias entre acordos multilaterais ambientais e comerciais, tais como a “[...] primazia eventual da norma posterior em relação à anterior; da *Lex specialis* em relação à *lex generalis*; ou das normas definidas como sendo de *jus cogens*”¹²⁴, Christian Guy Caubet, ao comentar que tais soluções são contraditórias, acaba por concordar que estas não fornecem respostas definitivas, o que configura um *limbo* jurídico:

Sua dúplice conclusão parece contraditória, pois se de um lado `seja qual for a escola de pensamento a prevalecer, os acordos ambientais devem modificar o GATT´, também afirmam, na sua conclusão formal, que `as regras de interpretação de tratados e de solução de conflitos não fornecem respostas definitivas quanto à necessária conciliação entre as normas

¹²¹ BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 1 jan. 2011.

¹²² PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 166.

¹²³ CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 52, São Paulo, 2001, p. 165. ISSN 0102-6445.

¹²⁴ HOUSMAN, Robert; GOLDBERG, Donald M.. Princípios jurídicos pertinentes à composição de conflitos entre acordos multilaterais de proteção ambiental e o GATT/OMC. In CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 52, São Paulo, 2001, p. 165. ISSN 0102-6445.

gerais do GATT/OMC e aquelas previstas em acordos ambientais internacionais. Estas questões encontram-se numa espécie de limbo jurídico que persiste, em parte, porque tratados ambientais e de comércio internacional continuam percorrendo caminhos paralelos. À luz das práticas governamentais existentes, não tem havido interação entre estes dois tipos de acordo.¹²⁵

Diante deste conflito de tratados internacionais comerciais e ambientais, que Christian Guy Caubet chama de “[...] limbo jurídico [...]”¹²⁶, a solução passa pelo controle de convencionalidade e supralegalidade na aplicação destas convenções na ordem interna. Desta forma, os tratados ambientais, de natureza jushumanistas, devido a natureza supralegal ou materialmente constitucional, a depender da tese adotada, devem prevalecer sobre os comerciais, que possuem valor de normas infraconstitucionais, o que será discutido no quarto capítulo desta tese.

Destarte, os produtos alimentares, agrícolas e provenientes da agrobiodiversidade, se regulados pela UPOV, no caso de variedades vegetais, ou pelo Acordo TRIPs, ficam à mercê dos monopólios transnacionais. Assim, além da agrobiodiversidade, a soberania dos países, referente à alimentação e aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, também fica condicionada às flutuações do mercado e à biotecnologia enquanto nova lógica da modernidade, como questiona Valério Igor P. Victoriano:

Seria a sociedade redutível a um agregado de regularidades neurológicas, ordenado por regras epigenéticas? Significaria isto a redução da cultura e da sociabilidade humana aos padrões da biologia molecular? Poderia ser a história humana prevista e controlada através da manipulação dos genes determinantes? Estaremos vivendo uma reedição do sonho positivista sem a ingenuidade característica e embalados pela mão invisível do mercado? A repercussão dos pressupostos teóricos da moderna biologia implicaria na hegemonia da biotecnologia enquanto lógica dinâmica da modernidade?¹²⁷

Por este motivo, foram abordados primeiramente o Acordo TRIPs e o UPOV, pois são sistemas que não podem prevalecer para o acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sob pena de ameaça à soberania nacional. Portanto, estas normas internacionais fazem oposição àquelas que serão tratadas a partir de agora, como a Convenção sobre diversidade biológica, a Convenção nº 169 da OIT, entre outras de direitos humanos.

Neste sentido, a Convenção sobre diversidade biológica tem grande importância para o Brasil, pois a biodiversidade é tratada não apenas como um

¹²⁵ CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova*: revista de cultura e política, nº 52, São Paulo, 2001, p. 165. ISSN 0102-6445.

¹²⁶ *Ibid.*, p.165.

¹²⁷ VICTORINO, Valério Igor P. A revolução da biotecnologia: questões da sociabilidade. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 12(2), p. 129-145, nov. 2000, p. 143.

recurso natural, como outrora, mas sim como um patrimônio nacional, fazendo parte da soberania de cada nação. Neste sentido, é importante frisar que o Brasil é o principal país, entre as 17 (dezesete) nações megadiversas, com maior biodiversidade do planeta, possuindo em seu território 20% (vinte por cento) do número total de espécies do planeta. Desta forma, considerando que a biodiversidade, também conhecida como diversidade biológica, abrange toda a variedade de espécies de flora, fauna e micro-organismos, bem como as funções ecológicas desempenhadas por estes organismos nos ecossistemas, além das comunidades, habitats e ecossistemas envolvidos, a biodiversidade ocupa lugar de destaque na economia brasileira. Isto porque os produtos da biodiversidade, notadamente da agrobiodiversidade, componente da diversidade biológica que envolve a produção agrícola, são responsáveis por 31% (trinta e um por cento) das exportações brasileiras, como por exemplo, o café, a soja, a laranja, a castanha do Pará, o látex, os biocombustíveis, entre outros. Além disso, as atividades de extrativismo florestal e pesqueiro empregam mais de três milhões de pessoas e a biomassa vegetal corresponde por 30% (trinta por cento) da matriz energética nacional. Somando-se a isso, grande parte da população brasileira, principalmente na Amazônia, faz uso de plantas medicinais para tratar seus problemas de saúde. Desta forma, a agroindústria responde por cerca de 40% (quarenta por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, o setor florestal, por sua vez, responde por 4% (quatro por cento), enquanto o setor pesqueiro, por 1% (um por cento), portanto 45% (quarenta e cinco por cento) do PIB nacional provem da agrobiodiversidade¹²⁸.

Desta forma, levando-se em conta apenas as indústrias de biotecnologia e de atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais, o valor econômico estimado dos serviços ambientais proporcionados pela biodiversidade somam a importância de 33 (trinta e três) trilhões de dólares anuais, representando quase o dobro do PIB mundial. Isto porque a diversidade biológica é responsável pela estabilidade dos ecossistemas, pelos processos naturais e produtos fornecidos por eles e pelas espécies que modificam a biosfera, constituindo a base da vida na Terra. Assim, os alimentos, a água, o oxigênio, os medicamentos, os combustíveis, a estabilidade climática, além de outros tantos benefícios necessários para uma sadia qualidade de vida do ser humano no planeta, proveem da biodiversidade. Contudo, apesar da

¹²⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade brasileira*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

importância vital deste patrimônio genético, o mundo vem sofrendo uma crescente perda de biodiversidade e erosão genética, uma vez que se estima uma taxa de extinção de espécies entre mil e dez mil vezes maior que a natural¹²⁹.

Assim, a degradação da biodiversidade ganha contornos dramáticos na região Amazônica, notadamente nos Estados do Pará e do Mato Grosso, que, de 1998 a 2013, desmataram quase meio milhão de quilômetros quadrados da Amazônia, conforme comenta SANTINI:

De 1988 a 2013, foram desmatados 402.614 km² nos nove estados brasileiros localizados dentro da Amazônia. É o que apontam levantamentos feitos com base em imagens de satélite pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), dentro do Projeto Prodes de Monitoramento da Floresta Amazônica. Trata-se de uma área maior que a do estado de Goiás (340.086 km²). Desde o ano que o Brasil promulgou sua Constituição Federal, **Pará e Mato Grosso são os estados que mais desmataram** entre todos da Amazônia em termos absolutos. Ambos estão localizados no "Arco de Fogo do Desmatamento", conjunto de áreas em que a floresta vem sendo destruída para dar lugar a pecuária e latifúndios com lavouras de monocultivo, marcadas pelo alto uso de agrotóxicos. (grifo nosso).¹³⁰

Se for analisado entre agosto de 2012 e janeiro de 2013, Mato Grosso e Pará foram responsáveis por 72% (setenta e dois por cento) dos desmatamentos ocorridos na Amazônia Legal e 87% (oitenta e sete por cento) da degradação florestal ocorrida na Amazônia Legal, que em números absolutos representam, respectivamente, 938 quilômetros quadrados de desmatamento e 956 quilômetros quadrados de florestas degradadas.¹³¹ Isto significa uma inestimável perda de biodiversidade, uma vez que o bioma floresta amazônica é a maior reserva de biodiversidade do mundo, cobrindo integralmente o Estado do Pará e parcialmente, isto é, 54% (cinquenta e quatro por cento), do território de Mato Grosso. Portanto a realidade de devastação da Amazônia nestes Estados, juntamente com um sistema jurídico que permite a apropriação da biodiversidade e não respeita o direito de consulta prévia das comunidades tradicionais, significa o enriquecimento de alguns a partir da apropriação do bem ambiental de todos. Isto representa a patrimonialização da biodiversidade e a socialização dos prejuízos ambientais.

Tal contexto não era diferente nos meados do século passado, quando o mundo voltou suas preocupações para o meio ambiente, inicialmente, com a Convenção de Estocolmo, em 1972. Assim, "uma das marcas mais evidentes da

¹²⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade brasileira*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

¹³⁰ SANTINI, Daniel. *Mato Grosso e Pará, os campeões de desmatamento na Amazônia*. [S.I.]: Oeco, 2014.

¹³¹ IMAZON. *Boletim Transparência Florestal da Amazônia Legal (janeiro de 2013)*. Belém: Imazon, 2013. p.12.

emergência do Direito Internacional do Meio Ambiente foi a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano [...] em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972¹³². Desta forma, nas três últimas décadas do século XX, surgiu na comunidade mundial “[...] uma nova percepção da importância da conservação da biodiversidade e dos recursos genéticos para o bem-estar da humanidade, nesta e nas futuras gerações [...]”¹³³. A partir disso, os anos 80, do século XX, foram vitais para solidificar o entendimento internacional da necessidade de um marco jurídico de tutela da biodiversidade, o que ficou marcante em 1987, com o Relatório de Brundtland¹³⁴, documento intitulado como Nosso Futuro Comum e com as decisões 14/26 e 15/35 do Conselho Administrativo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA ou UNEP), como comenta em sua tese doutoral GERMAN-CASTELLI:

Nos anos de 1980, um consenso internacional se cristaliza em torno das perdas de diversidade biológica. Durante centenas de anos a extinção de espécies de plantas e animais ocorreu por processos naturais, mas hoje a atividade humana - principalmente pela devastação das florestas tropicais, terras úmidas e ecossistemas marinhos - foi reconhecida como a causa principal. Cientistas e ONG's começaram a publicar um grande número de relatórios e estudos que assinalavam a necessidade de implementar ações urgentes para a conservação e manutenção de genes, espécies e ecossistemas. [...] Nas decisões 14/26 e 15/35 do seu Conselho Administrativo, a UNEP – *United Nations Environmental Programme* – reconheceu formalmente e enfatizou a necessidade de uma ação internacional concertada para proteger a diversidade biológica na terra, incluindo a implementação dos instrumentos legais existentes e acordos de uma maneira coordenada e efetiva para a adoção de um instrumento legal internacional apropriado e adicional, possivelmente no marco de uma convenção [...]¹³⁵

Assim, em decorrência da decisão 14/26 do Conselho Administrativo da UNEP, foi criado um grupo de trabalho *ad hoc* de especialistas em biodiversidade, que ficou responsável de “[...] identificar os termos possíveis e desejáveis de uma convenção guarda-chuva que coordenasse estas atividades e tratar também de

¹³² SOARES, Guido Fernando Silva. Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburgo, 2002). *Revista Amazônia Legal: de estudos sócio-jurídico-ambiental*, Cuiabá, MT, ano 1, n.º 1, p. 123-168, jan-jun 2007.

¹³³ RÊGO, Patrícia de Amorim. *A conservação da biodiversidade, proteção do conhecimento tradicional associado e a formação de um regime internacional de repartição de benefícios no âmbito da Convenção da diversidade biológica (CDB)*. 2008, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2008. p.97.

¹³⁴ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. *UN Documents Cooperation Circles*, New York, 1985. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>> Acesso em: 31 dez. 2008.

¹³⁵ GERMAN-CASTELLI, Pierina. *Diversidade biocultural: direitos de propriedade intelectual versus direitos dos recursos tradicionais*. 2004, 222 f. Tese (Doutorado em desenvolvimento, agricultura e sociedade). Centro de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2004. p.145.

outras áreas que poderiam estar compreendidas em tal convenção”¹³⁶. Após várias divergências entre os países desenvolvidos, que não queriam incluir aspectos da biotecnologia na convenção, e em desenvolvimento, “[...] em maio de 1991, o grupo de trabalho *ad hoc* foi re-nomeado pelo Comitê de Negociação Intergovernamental (CNI), para a Convenção de Diversidade Biológica, com responsabilidade para concluir as negociações”¹³⁷. Entretanto, devido as divergências quanto a biotecnologia, a natureza jurídica da biodiversidade como patrimônio comum da humanidade e o papel do Fundo Mundial do Meio Ambiente, “até o último momento, houve incerteza se haveria uma convenção de biodiversidade para ser assinada na Conferência de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas”¹³⁸.

Destarte, após todas as dificuldades negociais, a Convenção de Diversidade Biológica (CDB) foi adotada em 22 de maio de 1992, e aberta para assinatura durante a Conferência de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, no Rio de Janeiro, em junho de 1992, entrando em vigência em 29 de dezembro de 1993. Embora o Brasil tenha assinado a CDB em 5 de junho de 1992, esta só foi promulgada seis anos depois, pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998.

Desta maneira, a Convenção sobre a Diversidade Biológica trata da proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais, como comenta OLIVEIRA:

[...] Convenção sobre a Diversidade Biológica, tem-se que esta aborda diretamente a questão da proteção dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados, constituindo-se em um marco para os debates acerca da construção de um sistema *sui generis* dos direitos de Povos Tradicionais acerca destes elementos frente ao imperialismo das grandes empresas e dos demais Estados Nacionais.¹³⁹

Assim, um dos principais objetivos da Convenção sobre a Diversidade Biológica é a regulação do acesso aos recursos genéticos de espécies silvestres da fauna e flora. Neste sentido Para tanto, prevê um sistema de direito de acesso e repartição de benefícios. Desta forma, a CDB em seu artigo 8º, *j*, reconhece que os conhecimentos e práticas de comunidades locais e populações indígenas devem ser respeitadas, e que a aplicação destes conhecimentos deve passar pela aprovação e

¹³⁶ GERMAN-CASTELLI, Pierina. *Diversidade biocultural: direitos de propriedade intelectual versus direitos dos recursos tradicionais*. 2004, 222 f. Tese (Doutorado em desenvolvimento, agricultura e sociedade). Centro de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2004. p.145.

¹³⁷ *Ibid.*, p.146.

¹³⁸ GERMAN-CASTELLI, Pierina, *op. cit.*, p.146.

¹³⁹ OLIVEIRA, Amanda Borges. Proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade: delineamentos do consentimento prévio informado na normativa nacional e internacional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, SP, ano 19, nº 75, p. 245-259, jul-set 2004.p.255.

participação de seus detentores, bem como seus benefícios devem ser repartidos com as comunidades locais e indígenas.

Artigo 8 Conservação in situ Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

[...]

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; [...]¹⁴⁰.

Assim, a CDB reconheceu a interdependência entre os recursos biológicos e as comunidades tradicionais, como salienta a Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva:

A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 1992, reconheceu a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas, com estilo de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes¹⁴¹.

Neste mesmo sentido, comenta Dinah Shelton:

A COP da CDB inseriu os direitos indígenas no contexto de implementação da convenção, protegendo os conhecimentos tradicionais e as práticas consistentes com o desenvolvimento sustentável (...) a COP VI enfatiza a necessidade de diálogo c/ representantes de comunidades indígenas e tradicionais, particularmente as mulheres, para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica¹⁴².

Contrariando os países desenvolvidos do norte, que almejavam o reconhecimento da biodiversidade enquanto patrimônio comum da humanidade, as nações megadiversas, em geral do hemisfério Sul, mobilizaram-se junto à Organização das Nações Unidas por uma normatização internacional que reconhecesse os povos e comunidades tradicionais. Desta maneira, surgiu a CDB, que, apesar de impor limites às soberanias nacionais sobre a diversidade biológica, estabelece que embora a conservação da diversidade biológica seja uma

¹⁴⁰ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000. p.11-12.

¹⁴¹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2 ed, rev, atual, Rio de Janeiro: Thex, 2002. p. 130-131.

¹⁴² SHELTON, Dinah. Global legal instruments and jurisprudence on landscape, nature and culture. In *CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL*, 9, vol. 1, 2005, São Paulo. *Anais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005. p. 67-78;

preocupação comum à humanidade, cabe aos Estados regular a forma pela qual irão gerir seus recursos naturais, assim como regulamentar o regime jurídico adequado para o acesso destes quando em territórios de populações indígenas e comunidades locais e que envolvam os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético.¹⁴³ Assim, o preâmbulo da CDB reafirma que os “[...] Estados têm direitos soberanos sobre os seus próprios recursos biológicos [...]”¹⁴⁴, mas que são igualmente “[...] responsáveis pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos [...]”¹⁴⁵.

De igual forma, comenta o professor Mauricio Mota:

A Convenção sobre Diversidade Biológica reconheceu, assim, que os Estados têm direitos soberanos sobre os seus recursos naturais. Eles determinam o acesso aos seus recursos genéticos, com base em sua legislação nacional. Dessa forma a noção de *patrimônio comum da humanidade* é abandonada, em favor da *soberania nacional sobre os recursos naturais*. O Estado regula o acesso e, assim, pode negar o acesso que seja nocivo ao interesse nacional.¹⁴⁶

Contudo, ao mesmo tempo em que a CDB, em seu artigo 8º, prevê a repartição dos benefícios com as comunidades tradicionais, como anteriormente comentado, reconhece, em seu artigo 16, os direitos de propriedade intelectual, sistema extremamente monopolista, que não protege adequadamente a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados:

Artigo 16 Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia

[...]

2. O acesso a tecnologia e sua transferência a países em desenvolvimento, a que se refere o § 1 acima, devem ser permitidos e/ou facilitados em condições justas e as mais favoráveis, inclusive em condições concessionais e preferenciais quando de comum acordo, e, caso necessário, em conformidade com o mecanismo financeiro estabelecido nos arts. 20 e 21. **No caso de tecnologia sujeita a patentes e outros direitos de propriedade intelectual, o acesso à tecnologia e sua transferência devem ser permitidos em condições que reconheçam e sejam compatíveis com a adequada e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual.** A aplicação deste parágrafo deve ser compatível com os §§ 3, 4 e 5 abaixo.[...] (grifo nosso).¹⁴⁷

¹⁴³ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009. p. 189.

¹⁴⁴ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000. p.7.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.7.

¹⁴⁶ MOTA, Mauricio. Direitos intelectuais coletivos e função social da propriedade intelectual: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: MOTA, Mauricio (org.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 101. ISBN 978-85-352-3513-5.

¹⁴⁷ MMA, op. cit., p.15-16.

Destarte, alguns autores entendem que a CDB não resolveu os problemas referentes à repartição e apropriação dos recursos da biodiversidade, uma vez que legitimou os direitos de propriedade intelectual:

[...] a CDB não conseguiu reverter seu sistema de repartição para a conservação da biodiversidade, assim como não corrigiu as desigualdades e iniquidades históricas da relação Norte-Sul relacionadas à “fuga de genes do Sul para o Norte” e sua apropriação por meio dos direitos de propriedade intelectual. Mesmo porque, trata-se de regime jurídico que parte ou legitima os direitos de propriedade intelectual.¹⁴⁸

Entretanto, uma análise mais apurada deste mesmo dispositivo da CDB leva a exegese de que o direito de propriedade intelectual apesar de reconhecido deve apoiar, e não se opor, aos objetivos da CDB:

Artigo 16 Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia

[...]

5. As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apóiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção.¹⁴⁹

Portanto, os direitos de propriedade intelectual não podem se opor às finalidades da CDB, como, por exemplo, a conservação da diversidade biológica, nem muito menos, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do acesso adequado e utilização dos recursos genéticos, conforme os objetivos dispostos no Art. 1º da CDB:

Artigo 1º Objetivos

[...]

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.¹⁵⁰

Neste diapasão, para o acesso adequado aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados é necessário atender ao instituto da consulta prévia, livre e informada. Não obstante a CDB disponha sobre o consentimento prévio fundamentado, não menciona os mecanismos internos para obtê-lo, mas

¹⁴⁸ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009. p. 189.

¹⁴⁹ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000.p.15-16.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.9.

determina que cabe aos Estados-membros da Convenção fornecer tal consentimento, conforme disposto em seu Art. 15:

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. [...] (grifo nosso).¹⁵¹

Assim, o consentimento prévio e informado das comunidades indígenas e locais, deve ser obtido com relação aos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas, que, de acordo com o Art. 8, j, da CDB, devem ser respeitadas, preservadas e mantidas “[...] 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 [...]”.¹⁵²

Portanto, este importante direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais fomenta a participação dos mesmos, uma vez que exige o consentimento prévio destes povos para o acesso aos recursos genéticos. Entretanto, como a CDB não regulamenta a forma de obtenção do consentimento, tal função coube à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Desta maneira, corroborando com a tutela da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) trata sobre direitos dos povos indígenas e tribais. No tocante aos povos indígenas, estes são considerados aqueles habitantes, em países independentes, que descendem de povos da mesma região geográfica que vivia no país na época da conquista ou no período da sua colonização. Além disso, sua natureza indígena advém também do fato de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Ademais, vale ressaltar que a convenção possui aplicabilidade aos povos tribais. Isto é, àqueles que possuam condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros segmentos da população nacional. É importante frisar ainda que as identidades indígena ou tribal provêm de autoidentificação, como critério subjetivo. Assim, ninguém, Estado, grupo social ou

¹⁵¹MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000. p.11-12.

¹⁵² Ibid., p.15.

indivíduo, pode negar a identidade a um povo indígena ou tribal, que assim se reconheça.¹⁵³

Quanto à competência da matéria, em uma análise prévia, pode surgir certa estranheza quanto à regulamentação desta matéria ao âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Entretanto, ao se observar mais detalhadamente, é possível verificar que esta Organização, desde a sua criação, em 1919, tem considerado a situação das populações indígenas enquanto força de trabalho nos domínios coloniais. Neste sentido, em 1926 a OIT, a partir de estudos realizados desde 1921, instituiu a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais. Entre muitas que se sucederam, é possível destacar a Convenção n° 29 sobre Trabalho Forçado (1930), bem como a Convenção n° 107, de 1957, do Pós-Guerra, que tratava precipuamente sobre os direitos a terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação.¹⁵⁴

Contudo, no bojo da revolução social e cultural das décadas de 60 e 70, do século passado, a Convenção n° 107, até então considerada um marco no processo de luta histórica dos povos indígenas, passou a ser criticada por ser integracionistas e paternalistas. Diante disso, a OIT, procurando garantir a preservação e sobrevivência dos modos e sistemas de vida das comunidades indígenas e tribais, bem como sua ativa e efetiva participação, revendo a Convenção n° 107, adotou na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, a Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais, baseando-a na consulta, na participação dos povos indígenas e tribais e no direito destes povos definirem suas próprias prioridades.¹⁵⁵

Os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a consulta e a participação dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam.¹⁵⁶

Diante disso, é importante frisar que não se trata de uma *mera questão indígena*, que de simples não tem nada, como pode parecer para um desconhecedor da matéria. Isto porque a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais indígenas associados à biodiversidade, e, portanto, da própria diversidade biológica, é uma matéria de direito dos povos indígenas, mas sobre tudo trata-se de uma questão de

¹⁵³OIT. *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.7-8.

¹⁵⁴Ibid., p.5-7.

¹⁵⁵Ibid., p.5-7.

¹⁵⁶Ibid., p.8.

direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, simultaneamente, em fim, de Direitos Humanos. Isto porque os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade são indissociáveis da própria diversidade biológica utilizada para a produção de medicamentos e alimentos, por exemplo. Portanto, formam um conjunto incorpóreo, essencial para a sustentabilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como para a proteção da própria biodiversidade e dos modos de criar, fazer e viver destas comunidades tradicionais. Desta forma, como os fitoterápicos e alimentos possuem uma natureza econômica e a biodiversidade da qual o origina possui aspectos sociais, culturais e ambientais, não há como separá-los.

Neste sentido, é interessante compreender os conhecimentos tradicionais inseridos dentro do conceito mais amplo de patrimônio biocultural imaterial de comunidades tradicionais, sejam elas indígenas ou locais, termo cunhado por Edson Beas Rodrigues Junior em sua tese doutoral.¹⁵⁷ Desta forma, apesar de não ser uma expressão positivada, não conflita com o conceito de conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, mas talvez amplie seu entendimento sob os aspectos da indissociabilidade entre os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade.

Assim, é importante frisar que a expressão *patrimônio biocultural imaterial* surge da associação entre os termos *patrimônio biocultural*, utilizado no Código de ética da Sociedade Internacional de Etnobiologia, e *patrimônio cultural imaterial*, disposto pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, que será abordada mais adiante. Desta maneira, o *patrimônio biocultural imaterial* enquanto gênero compreende três espécies: conhecimentos tradicionais, recursos da biodiversidade e expressões culturais tradicionais.¹⁵⁸ Assim a noção de *patrimônio* remete a aspectos econômicos e sociais, enquanto a expressão *biocultural imaterial* faz referências às questões culturais e ambientais. Portanto, estes direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais devem ser tutelados mediante obrigações positivas, pelas as quais passa o direito das comunidades

¹⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *A proteção internacional do patrimônio biocultural imaterial a partir da concepção de desenvolvimento sustentável*. 2009, 555 f.. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2009.

¹⁵⁸ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. ISBN 978-85-352-3831-0.

tradicionais serem previamente consultadas, como prevê o Art. 6º da Convenção nº 169 da OIT.

Destarte, Víctor Abramovich ao fazer a distinção dos direitos civis e políticos em relação aos econômicos, sociais e culturais, afirma que os primeiros possuem um caráter de obrigatoriedade negativa, enquanto os demais implicam em obrigações positivas. Desta forma, a natureza dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) se consubstancia na obrigação positiva do Estado fazer, isto é, de proteger os DESCA.¹⁵⁹

Desta forma, ao ratificarem a Convenção nº 169 da OIT, os Estados membros assumem a obrigação positiva de garantirem aos povos indígenas e comunidades tradicionais os direitos e princípios fundamentais do trabalho, bem como as mesmas condições de trabalho decente e justiça social desfrutados pelos demais trabalhadores. Entre estas condições, destaca-se o direito à igualdade de tratamento e de oportunidades, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva. Além disso, é importante frisar o direito de não estarem sujeitos, por dívida, a trabalho forçado ou escravo, sem dizer na proteção das crianças indígenas contra quaisquer formas de exploração.¹⁶⁰

Neste sentido comenta Christian Courtis que a Corte Interamericana ao identificar o não cumprimento por parte dos Estados de obrigações positivas oriundas da Convenção nº 169 da OIT, tem condenado estes Estados por violações do direito à vida:

A Corte identificou, entre estas obrigações, deveres relacionados ao acesso à serviços de saúde, educação, água potável e alimentação, e enfatizou a necessidade de levar em consideração, ao adotar medidas para cumprir tais obrigações, tanto a identidade como a vulnerabilidade dos povos e comunidades indígenas, em concordância com a Convenção 169 da OIT – considerada pela Corte parte do *corpus juris* internacional em matéria de direitos dos povos indígenas [...] a Corte Interamericana decidiu que o Estado não cumpriu essas obrigações positivas e o condenou por violações do direito à vida. Entre as medidas de reparação, a Corte ordenou a provisão de serviços essenciais para suprir as necessidades básicas das comunidades indígenas afetadas¹⁶¹.

Além do cumprimento destas obrigações positivas, a Convenção nº 169 da OIT, em seu Art. 6º, também impõe o dever de consulta prévia, livre e informada aos

¹⁵⁹ ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 2, 2005, p. 189-190.

¹⁶⁰ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.10.

¹⁶¹ COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 10, 2009, p. 69-70.

povos indígenas diante de medidas legislativas e/ou administrativas capazes de afetá-los diretamente:

ARTIGO 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados**, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, **sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente**;

b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;

c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado (grifo nosso)¹⁶².

Desta forma, o Art. 6º da Convenção nº 169 da OIT, enquanto cláusula geral, também se aplica à tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e, portanto, da própria diversidade biológica. Isto ocorre diante da obrigação de consulta prévia aos povos indígenas para acesso de seus conhecimentos tradicionais. Além da cláusula geral da consulta prévia, o Art. 15 também estipula a obrigação de consulta em algumas situações específicas, quase que exemplificando e detalhando o princípio geral. Dessa forma, dispõe a obrigatoriedade da consulta quando se trata de explorar recursos naturais pertencentes aos povos indígenas, mesmo quando estes recursos sejam de propriedade dos Estados, como no caso de recursos minerais:

ARTIGO 15

1. O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos.

2. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por

¹⁶² OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.18-19.

essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades.¹⁶³

Diante da exposição do instituto da consulta prévia, livre e informada, faz-se necessário investigar a presença deste instrumento na legislação pátria. Assim, embora a Lei 13.123/15 preveja um tipo de consulta prévia, cria várias isenções à consulta, colidindo, portanto, com a Convenção nº 169 da OIT, conforme será tratado mais adiante.

Seguindo ainda na tutela dos direitos dos povos indígenas é vital citar a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Esta foi aprovada durante a 107ª sessão plenária da Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 13 de setembro de 2007.

Embora o Brasil a tenha assinado, até o momento, ainda não a ratificou. Desta forma, a assinatura brasileira desta declaração não é suficiente para engajar o Brasil definitivamente nesta norma internacional, uma vez que é preciso que, depois de assinado, esta seja submetido à apreciação do Poder Legislativo. Só então, uma vez aprovada pelo Legislativo, que o Chefe do Poder Executivo pode ratificá-la ou não.¹⁶⁴ No caso em questão, o Congresso Nacional ainda não se manifestou.

Entretanto, embora ainda não haja a ratificação, internalizando a declaração no ordenamento interno brasileiro, o objeto desta declaração de direitos humanos, referente à participação decisória e ao consentimento prévio, se caracteriza como princípio geral do Direito Internacional, obrigando até mesmo aos países que não o ratificaram.

Assim, mesmo os países que não ratificaram necessitam realizar a consulta prévia às “[...] comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território.”¹⁶⁵ Pois, “[...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional.”¹⁶⁶ Desta forma, direitos como o da “[...] consulta prévia já foram considerados como princípio de direito internacional, razão pela qual a ausência de

¹⁶³ OIT. *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.24-25.

¹⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.250.

¹⁶⁵ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador*, 2012. p.51-52.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.52.

ratificação [...] pouco importaria sobre a exigibilidade deste direito que se impõe como *jus cogens* no cenário do Direito Internacional.”¹⁶⁷

Neste sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas prevê o direito ao consentimento, livre, prévio e informado, a fim de que sejam adotadas e aplicadas medidas legislativas e administrativas que afetem os povos indígenas, conforme seu Art. 19:

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.¹⁶⁸

Ademais, o Art. 32.2, obriga os Estados a realizarem consultas de boa-fé aos povos indígenas, a fim de obter o consentimento livre, prévio e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete os territórios e/ou os recursos dos povos indígenas. Assim, entre nestes recursos se insere o patrimônio genético.

Artigo 32

[...]

2. **Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé** com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, **a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos**, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.
[...] (grifo nosso)¹⁶⁹

Saindo da questão indígena, propriamente dita, faz-se necessário analisar neste momento a proteção da norma externa à agrobiodiversidade, através do Tratado de recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura da FAO.

Neste sentido, a FAO (*Food and Agriculture Organization* - Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura) fundada em 1945, com sede em Roma, mediante diversas reuniões, compromissos e resoluções, aprovou o texto do Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para Alimentação e

¹⁶⁷ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016. P.181-198. p.197.

¹⁶⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC/RIO, 2008. p.12.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.16-17.

Agricultura (TIRFA). Assim, o TIRFA “[...] foi adotado na 31ª Reunião da Conferência da FAO, realizada em Roma em 3 de novembro de 2001, e entrou em vigor internacionalmente em 29 de junho de 2004.”¹⁷⁰

Enquanto primeiro tratado internacional vinculante que trata exclusivamente sobre recursos fitogenéticos, seu objetivo é a conservação e a utilização sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, bem como a partilha justa e equitativa dos benefícios resultantes da sua utilização. Para tanto, em prol de uma agricultura sustentável e da segurança alimentar, o TIRFA é formalmente vinculado à Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Portanto, uma norma interna ao colidir com a CDB, também o faz em relação ao TIRFA, como será demonstrado no terceiro capítulo.

Contudo, a fim de estabelecer uma análise do TIRFA contextualizada com a real dimensão da agrobiodiversidade, faz-se necessário analisar alguns dos princípios estabelecidos em seu preâmbulo.

O primeiro princípio a ser abordado aqui, diz respeito à natureza especial dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura. O segundo está pautado na concepção de que os recursos fitogenéticos “[...] constituem *patrimônio comum da humanidade*, devendo estar acessíveis a todos os países por meio de um regime jurídico livre e gratuito”¹⁷¹, uma vez que todos dependem em grande medida de recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura provenientes de outros países. O terceiro adota o direito dos agricultores de forma originária, uma vez que reconhecem as contribuições passadas, presentes e futuras dos agricultores de todas as regiões do mundo para a conservação, melhoramento e disponibilização dos recursos da agrobiodiversidade, como comenta o professor Mauricio Mota:

Esse Tratado, no âmbito da FAO, além de reconhecer o direito dos agricultores, estabelece um sistema de acesso e repartição de benefícios, protegendo determinados recursos fitogenéticos (como o milho, trigo, arroz etc.), listados no seu Anexo I. O art. 9º, que estabelece direitos para agricultores, reconhece a contribuição passada e futura das comunidades locais.¹⁷²

¹⁷⁰ SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Peirópolis, 2009. p.244.

¹⁷¹ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 172.

¹⁷² MOTA, Mauricio. Direitos intelectuais coletivos e função social da propriedade intelectual: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: MOTA, Mauricio (org.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 103. ISBN 978-85-352-3513-5.

Quanto à natureza especial dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a Agricultura, é justamente este princípio que vem justificar a necessidade de um regime especial e diferenciado de acesso a estes bens ambientais da agrobiodiversidade. Desta maneira, as principais características dos recursos fitogenéticos são: a interdependência entre a intervenção humana, a domesticação de espécies agrícolas e a conservação da agrobiodiversidade; e o intercâmbio histórico entre diferentes países, agricultores e comunidades tradicionais no desenvolvimento de variedades fitogenéticas.

No tocante aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura constituírem uma preocupação comum a todos os países, visto que nenhum deles é autossuficiente em recursos fitogenéticos, comenta a saudosa Juliana Santilli:

Não há, atualmente, nenhum país que seja autossuficiente em recursos fitogenéticos – todos são interdependentes. Essa interdependência entre os países é maior em relação aos recursos fitogenéticos (para alimentação e agricultura) do que em relação aos demais recursos genéticos. [...] todos os países têm, em relação aos principais cultivos agrícolas, forte dependência de recursos fitogenéticos provenientes de outras regiões do mundo, que gira em torno de 50 por cento.¹⁷³

Contudo, é importante deixar claro que os recursos considerados patrimônio da humanidade são apenas aqueles que estão sob o controle público das instituições estatais. Isto é, aqueles conservados *ex situ*, em coleções públicas, pelos países membros do TIRFA. Já os recursos genéticos sob controle privado não estão sujeitos ao princípio do livre acesso, como bem comenta Larissa Ambrosano Packer:

No entanto, desde o início das negociações sobre a tutela internacional dos recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura, o regime do acesso facilitado é discutido em torno daqueles recursos que estão sob o controle público das instituições estatais (estes sim, patrimônio da humanidade). Já os recursos genéticos sob controle privado não estão sujeitos ao princípio do livre acesso, pois o compromisso é assinado por Estados e não por empresas, ignorando de forma oportunista o fato de que grande parte das coleções privadas conservadas *ex-situ* advém de coletas de variedades locais nos agroecossistemas camponeses, principalmente dos países em desenvolvimento. Os melhoristas de empresas privadas vêm tendo livre acesso aos bancos públicos de germoplasma, assim como aos centros de origem e diversidade dos cultivos agrícolas, localizados nos países do Sul, sem a obrigação de compartilhar seus bancos privados com a comunidade internacional em contrapartida.¹⁷⁴

¹⁷³ SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Peirópolis, 2009, p 248.

¹⁷⁴ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 172-173.

Esta ressalva é de vital importância e merece a máxima atenção, pois os países desenvolvidos, que promovem a colonização biocultural, tentaram inserir no texto da CDB a biodiversidade como patrimônio comum da humanidade. Entretanto, diante da forte reação dos países megadiversos, não obtiveram êxito. Assim, a CDB, em seu preâmbulo reconhece a soberania dos Estados sobre seus próprios recursos biológicos, porém impõe limites às soberanias nacionais, na medida em que determina que a “[...] conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum à humanidade.”¹⁷⁵ Desta forma, no Art. 3º da CDB é disposto, como princípio, que “os Estados [...] têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais [...]”¹⁷⁶, porém exige “[...] a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.”¹⁷⁷

Desta maneira o TIRFA deve ser interpretado à luz da CDB. Isto significa que a agrobiodiversidade não é um patrimônio comum da humanidade, mas que é uma questão soberana dos Estados. O que constitui patrimônio comum da humanidade são especificamente apenas aqueles recursos fitogenéticos conservados em coleções públicas *ex situ* pelos Estados e elencados no anexo 1 do TIRFA. Estes, e apenas estes, devem estar acessíveis a todos os países membros, por meio de um regime jurídico livre e gratuito.

Quanto aos direitos dos agricultores, estes são delimitados como aquelas faculdades de utilizar, trocar e vender sementes e qualquer outro material de propagação produzido. Além disso, os agricultores também possuem os direitos: de proteção dos conhecimentos tradicionais relevantes aos recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura; de partilha justa e equitativa dos benefícios derivados do uso da agrobiodiversidade; e de participar na tomada de decisões relativas à utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura, conforme Art. 9º do TIRFA:

Artigo 9º– Direitos dos Agricultores

9.1 As Partes Contratantes reconhecem a enorme contribuição que as comunidades locais e indígenas e os agricultores de todas as regiões do mundo, particularmente dos centros de origem e de diversidade de cultivos, têm realizado e continuarão a realizar para a conservação e para o

¹⁷⁵ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2000. p.7.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.10.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.10.

desenvolvimento dos recursos fitogenéticos que constituem a base da produção alimentar e agrícola em todo o mundo.

9.2 As Partes Contratantes concordam que a responsabilidade de implementar os Direitos dos Agricultores em relação aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura é dos governos nacionais. De acordo com suas necessidades e prioridades, cada Parte Contratante deverá, conforme o caso e sujeito a sua legislação nacional, adotar medidas para proteger e promover os Direitos dos Agricultores, inclusive:

(a) proteção do conhecimento tradicional relevante aos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura;

(b) o direito de participar de forma equitativa na repartição dos benefícios derivados da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura; e

(c) o direito de participar na tomada de decisões, em nível nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável dos recursos fitogenéticos

para a alimentação e a agricultura.

9.3 Nada no presente Artigo será interpretado no sentido de limitar qualquer direito que os agricultores tenham de conservar, usar, trocar e vender sementes ou material de propagação conservado nas propriedades, conforme o caso e sujeito às leis nacionais.¹⁷⁸

Desta maneira, mais uma vez a Lei 13.123/15 colide com as normas internacionais, ao criar o conhecimento tradicional associado de origem não identificado, como sendo aquele em que não há “[...] possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.”¹⁷⁹, como anteriormente comentado.

Assim, como pode coexistir a subcategoria de conhecimento tradicional associado de origem não identificado, criado pela Lei 13.123/15, com os direitos dos agricultores dispostos pelo TIRFA? São incompatíveis, mas este é um assunto para ser tratado mais adiante.

No momento, ainda é importante ressaltar que o TIRFA reconhece os direitos soberanos dos Estados-partes sobre seus recursos fitogenéticos, bem como a competência destes para permitir ou não o acesso a esses recursos, sujeitando-o à legislação nacional. Neste sentido, os países signatários concordaram em criar um sistema multilateral de acesso e repartição de benefícios, disponibilizando seus recursos fitogenéticos para os outros Estados-partes.

¹⁷⁸ FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura. *Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura*. Roma, IT: FAO, 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/pgafa-gpaarchive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf>. Acessado em: 30 mar 2016.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

Desta forma, este tratado não cria um regime jurídico de acesso e repartição de benefícios irrestrito, válido para todos os recursos fitogenéticos, mas sim um sistema multilateral, que regula apenas os intercâmbios e remessas externas, entre instituições de diferentes países. Contudo, apesar de muitos dispositivos deste tratado terem aplicabilidade para a totalidade dos recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura, como os direitos dos agricultores, por exemplo, este sistema multilateral só se aplica à coleções públicas *ex situ* e de determinados recursos fitogenéticos, elencados no anexo 1 deste tratado, tais como, beterraba, citrus, coco, cenoura, cara, morango, girassol, cevada, batata-doce, lentilha, maçã, mandioca, banana, arroz, feijão, ervilha, centeio, batata, berinjela, trigo, milho, entre outras espécies alimentares e forrageiras.

Desta maneira, o TIRFA estabelece “[...] um duplo regime jurídico para os recursos fitogenéticos mantidos em coleções *ex situ*, que estejam sobre o domínio público [...]”¹⁸⁰.

Deste modo, o acesso aos recursos fitogenéticos pelo Compromisso Internacional se refere tanto às variedades chamadas de “obsoletas” ou “primitivas”, dos agricultores, como às variedades de elite [art. 2.1 (a)], dos melhoristas, mas tão somente as que se encontram nos bancos públicos de germoplasma, excluindo-se de sua regulamentação os recursos conservados *in situ* e *on farm*, assim como os bancos de germoplasma privados.¹⁸¹

Destarte, mediante o sistema multilateral, se dá um tratamento de bem comum, de acesso facilitado e gratuito, aos recursos fitogenéticos, apenas quando estes estiverem dispostos no anexo 1 do respectivo tratado e o acesso tiver finalidade de pesquisa, melhoramento e capacitação. Em contrapartida, se o acesso tiver fins industriais, farmacêuticos ou químicos, independente da sua presença ou não no anexo 1, este acesso será regulado pelas legislações nacionais e pelo regime bilateral da Convenção sobre Diversidade Biológica, onde os acessos são negociados por meio de contratos bilaterais.

Contudo, vale ressaltar que os bens da agrobiodiversidade, assim como da biodiversidade em geral, estão intrinsecamente ligados os conhecimentos tradicionais associados, que são bens culturais imateriais. Desta maneira, é importante

¹⁸⁰ SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Peirópolis, 2009, p 251.

¹⁸¹ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 173.

investigar a Convenção da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura que tutela o patrimônio cultural imaterial.

Assim, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, no âmbito da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), foi assinada em 2003, tendo entrado em vigor em 20 de abril de 2006 para os Estados que haviam depositado seus respectivos instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão até 20 de janeiro de 2006 ou anteriormente. Para os demais Estados ficou estipulado que a Convenção entraria em vigor três meses depois de efetuado o depósito de seu instrumento de ratificação, como no caso do Brasil que ratificou em março de 2006 e promulgou em 12 de abril de 2006, mediante o Decreto nº 5.753.¹⁸²

Neste sentido, a convenção, em seu artigo 2º, define patrimônio cultural imaterial como as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, bem os objetos e locais associados a estas:

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. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.¹⁸³

Portanto, o patrimônio cultural imaterial se manifesta especialmente nos campos das tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial, das expressões artísticas, das práticas sociais, rituais e atos festivos, dos conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo e das técnicas artesanais tradicionais. Assim, pela definição supracitada é possível perceber que norma internacional trouxe uma grande novidade na tutela dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, uma vez que não

¹⁸² ABREU, Regina. Dez anos da Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial: Ressonâncias, apropriações, vigilâncias. *E-cadernos ces*. Nº 21, Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2014. p.14-32. ISSN 1647-0737.

¹⁸³ UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: UNESCO, 2003.

trata os conhecimentos e o patrimônio de maneira fragmentada, mas sim de forma indissociável, como de fato são, conforme aborda a professora Eliane Moreira em sua tese doutoral:

Com a aprovação da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) se tornou um dos foros de maior importância para a afirmação de direitos relativos aos conhecimentos tradicionais, posto que é um dos poucos que os entende de modo não fragmentado.¹⁸⁴

Além disso, esta convenção subverte a lógica de proteção do patrimônio por salvaguarda, que caracteriza-se por medidas que visam garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão e a revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos. Tal mudança de concepção gera maior protagonismo das comunidades tradicionais na patrimonialização do imaterial, bem como preserva a natureza viva dos conhecimentos tradicionais, possibilitando sua recriação e transmissão tanto no tempo, quanto no espaço, tanto intra, como intergeracional, conforme tratam ABREU e PEIXOTO, diferente da lógica de propriedade intelectual ou de acesso até então trabalhado por outros textos jusinternacionais:

A Convenção substitui a lógica de proteção do patrimônio pela lógica de salvaguarda. Essa substituição estratégica visa conferir duas características distintas aos processos de patrimonialização do imaterial. Por um lado, procura conferir maior relevância ao papel da comunidade, em detrimento do estado, nos processos de patrimonialização. Por outro lado, pretende preservar o caráter vivido das práticas, assegurando a sua recriação e a sua transmissão por via de dinâmicas comunitárias e não por políticas de proteção estatais que cristalizem e objetifiquem essas mesmas práticas.¹⁸⁵

O referido tratado internacional, também em seu artigo 2º, define os campos de manifestação do patrimônio cultural imaterial:

Artigo 2: Definições

Para os fins da presente Convenção,

[...]

2. O "patrimônio cultural imaterial", conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:

¹⁸⁴ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006. p. 97.

¹⁸⁵ ABREU, Regina; PEIXOTO, Paulo. Construindo políticas patrimoniais. Reflexões em torno dos 10 anos da Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial. *E-cadernos ces*. Nº 21, Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2014. p.2-13. ISSN 1647-0737.

- 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 (grifo nosso).¹⁸⁶

Portanto, entre estes campos de manifestação do patrimônio cultural imaterial, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTAB) se enquadram nos conhecimentos e “práticas relacionados à natureza e ao universo”¹⁸⁷, conforme elencado pela Convenção em questão. Isto porque, como os CTAB e a própria diversidade biológica são indissociáveis, ou não fragmentados, estes, enquanto um conglomerado de elementos materiais e imateriais, relacionados à natureza, e, em uma visão holística, ao universo, se caracteriza em patrimônio cultural imaterial.

Por este motivo Edson Beas Rodrigues Júnior intitula este tipo de conhecimento como um patrimônio biocultural imaterial¹⁸⁸, como comentado anteriormente. Desta forma, com a convenção e a regulamentação desta pelo Decreto nº 3.551/00, os conhecimentos tradicionais passam a ser passíveis de registro como patrimônio cultural imaterial, transcendendo a visão monumentalista para a valorização dos bens imateriais, conforme comenta MOREIRA:

Diretamente vinculado à Convenção de Salvaguarda dos Direitos Culturais Imateriais da UNESCO está o Decreto n. 3.551/00 o qual prevê a possibilidade de um bem cultural de natureza imaterial que constitua o patrimônio cultural brasileiro (conhecimentos tradicionais, por exemplo) serem registrados como patrimônio cultural imaterial. A edição desse Decreto marca a mudança de visão das políticas culturais no Brasil, transcendendo de uma visão essencialmente monumentalista para a valorização de bens intangíveis.¹⁸⁹

Nesta mesma toada, ao comparar os patrimônios materiais e imaterias, comentam ABREU e PEIXOTO que “[...] o patrimônio imaterial é bem mais oriental,

¹⁸⁶ UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: UNESCO, 2003.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. ISBN 978-85-352-3831-0.

¹⁸⁹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006. p. 99.

mais comunitário, menos urbano, menos monumental, menos propenso à musealização e acolhe muito mais as heranças do chamado Novo Mundo”¹⁹⁰.

Esses bens podem ser registrados em quatro livros diferentes, como dispõe o Art. 1º, do Decreto 3.551/00. Os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades podem ser registrados no Livro de Registro dos Saberes. Já os rituais e festas que marcam vivência coletiva, religiosidade, entretenimento e outras práticas da vida social são no Livro de Registro de Celebrações. Quanto às manifestações artísticas em geral, estas são inscritas no Livro de Registros das Formas de Expressão. Por fim, mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas, o registro é feito no Livro de Registro dos Lugares.

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.¹⁹¹

Esse registro tem várias consequências, entre elas acarreta a obrigação pública de documentar e acompanhar as manifestações culturais registradas com todo o dinamismo inerente a natureza destas. Além disso, provoca a valorização e o reconhecimento desses bens e sua valorização, com a conseqüente promoção e divulgação deste patrimônio, bem como favorece a transmissão e continuidade das manifestações registradas. Tudo isso, propicia o desenvolvimento de uma política de registro e valorização.¹⁹²

¹⁹⁰ ABREU, Regina; PEIXOTO, Paulo. Construindo políticas patrimoniais. Reflexões em torno dos 10 anos da Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial. E-cadernos ces. Nº 21, Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2014. p.8. ISSN 1647-0737.

¹⁹¹ BRASIL. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago 2000.

¹⁹² SANT’ANNA, Márcia. Relatório final das atividades da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado

Portanto, o decreto em questão regulamenta o processo de reconhecimento e valorização de bens do patrimônio cultural imaterial. Para tanto, institui o registro, gerando o compromisso positivo do Estado em inventariar, documentar, produzir conhecimento e apoiar a dinâmica dessas práticas socioculturais. Desta forma, “vem favorecer um amplo processo de conhecimento, comunicação, expressão de aspirações e reivindicações entre diversos grupos sociais”¹⁹³.

Desta maneira, a possibilidade de registro de um conhecimento tradicional como patrimônio cultural imaterial, conflita com as isenções de consulta prévia do marco legal da biodiversidade, se este conhecimento tradicional for de origem não identificável ou relacionado à variedades vegetais ou raças animais crioulas. Entretanto, estas colisões entre o marco legal da biodiversidade e diversas normas internacionais serão debatidas em um capítulo próprio para tratar das inconveniências da Lei nº 13.123/15.

Para finalizar este tópico, é importante abordar, ainda que brevemente, sobre o Protocolo de Nagoya, assinado, mas não ratificado pelo Brasil, bem como sobre a Convenção de Aarhus, esta nem assinada, nem ratificada pelo Brasil, mas que pode servir como um grande parâmetro ético a ser seguido.

Assim, o Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização é um acordo complementar à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Foi adotado pela 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP-10), realizada na cidade de Nagoya, no Japão, em 29 de outubro de 2010.

No dia 1º de fevereiro de 2012, com 91 países signatários, encerrou o prazo para a assinatura do Protocolo. Contudo, a meta a ser atingida era que o protocolo entrasse em vigor até a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), mediante a ratificação do protocolo por 51 países. Entretanto, isto não ocorreu, uma vez que, até 28 de fevereiro de 2013, somente 15 países haviam ratificado: Albânia; Botswana; Estados Federados da

em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006. p. 100.

¹⁹³ CAVALCANTE, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO: Educarte, 2008. p.18.

Micronésia; Etiópia; Fiji; Gabão; Índia; Jordânia; República Democrática Popular do Laos; Maurício; México; Panamá; Ruanda; Seychelles; e África do Sul.¹⁹⁴

Assim, o Protocolo de Nagoya só entrou em vigor em 12 de outubro de 2014, durante a Conferência das Partes em Pyeongchang, na Coreia do Sul. Isto é, no nonagésimo dia após o depósito da ratificação do quinquagésimo primeiro país a aderir o texto, o Uruguai, de acordo com a disposição do Art. 33 do referido protocolo.¹⁹⁵

Desta maneira, entre os 51 países que ratificaram o Protocolo até outubro de 2014 estavam Peru, Uruguai, México, África do Sul, Indonésia, Índia, além da União Europeia, entre outros, mas não o Brasil, que apenas o assinou. Depois de sua entrada em vigência outros países aderiram ao protocolo, sendo que, atualmente, o protocolo tem 97 (noventa e sete) ratificações, sendo que a Zâmbia foi a última a ratificar em 20/05/2016.¹⁹⁶ Contudo, como comentado, o Brasil assinou o Protocolo em 2 de fevereiro de 2011, mas até agora não o ratificou, enfraquecendo o país nestas negociações internacionais.

Contudo, o Protocolo de Nagoya, conforme seu Art. 1º, tem como objetivo a repartição justa e equitativa entre seus membros dos benefícios decorrentes dos recursos genéticos provenientes das plantas, animais e micro-organismos, bem como dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Ademais, o Art. 6º sujeita o exercício do direito soberano sobre recursos naturais ao consentimento prévio informado da Parte provedora de tais recursos. Além disso, o dispositivo seguinte dispõe que os Estados devem assegurar que o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, detido por comunidades indígenas e locais, seja acessado com consentimento prévio informado ou, ainda, com

¹⁹⁴ ARAUJO JUNIOR; Miguel Ettinger de. Conhecimento tradicional associado e aplicação do Protocolo de Nagoya nos Estados Plurinacionais Latino-Americanos do século XXI. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *Direito e sustentabilidade*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, 2013. p.257. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e2b66750529d8ae>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁹⁵ ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Nagoya sobre acesso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre La Diversidad Biológica*. Montreal: Secretaría del Convenio sobre La Diversidad Biológica, 2011. p.23. Disponível em: < <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf> >. Acesso em: 4 jul. 2017.

¹⁹⁶ ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Parties to the Nagoya Protocol*. Montreal: Convention on Biological Diversity, 2017. Disponível em: < <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml> >. Acesso em: 10 jul. 2017.

aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados.¹⁹⁷

Assim, não obstante a assinatura brasileira do Protocolo de Nagoya não seja suficiente para engajar o Brasil definitivamente nesta norma internacional, sendo “[...] necessário que depois de assinado [...] seja o tratado submetido à apreciação do Poder Legislativo, antes da formalidade derradeira da ratificação, que é sempre levada a efeito pelo Chefe do Poder Executivo [...]”¹⁹⁸, o objeto deste protocolo é um princípio geral do Direito Internacional, obrigando até mesmo aos países que não o ratificaram.

Neste sentido, já comentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, por exemplo, no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Equador, em 2012, quando o Equador alegava não ser obrigado a realizar a consulta prévia, nem muito menos a repartição de benefícios, uma vez que na época do ocorrido ainda não havia ratificado a Convenção nº 169 da OIT. Diante disso, a referida corte se manifestou no sentido de que mesmo os países que não ratificaram a Convenção nº 169 da OIT, necessitavam realizar a consulta prévia às “[...] comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território.”¹⁹⁹ Isto porque, “[...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional.”²⁰⁰

De igual forma, MOREIRA lembra que direitos, como a consulta prévia, são normas *jus cogens*, sendo, portanto, de observância obrigatória a todos os países:

[...] direitos como a consulta prévia já foram considerados como princípio de direito internacional, razão pela qual a ausência de ratificação da Convenção 169 da OIT pouco importaria sobre a exigibilidade deste direito que se impõe como *jus cogens* no cenário do Direito Internacional. De observância obrigatória aos

¹⁹⁷ ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo de Nagoya sobre acesso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre La Diversidad Biológica. Montreal: Secretaría del Convenio sobre La Diversidad Biológica, 2011. p.4. Disponível em: < <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

¹⁹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.250.

¹⁹⁹ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador*, 2012. p.51-52.

²⁰⁰ *Ibid.*, p.52.

países, ainda que não tenham ratificado mencionada Convenção.²⁰¹

Assim, o “[...] *jus cogens*, por sua vez, representa uma categoria de normas imperativas de Direito Internacional geral da qual nenhuma derrogação é possível, a não ser por outra posterior da mesma natureza [...]”²⁰². Tais normas “[...] provêm ou podem vir a provir tanto do costume internacional, quanto do direito convencional e, ainda, dos princípios gerais de direito, indistintamente.”²⁰³

Desta forma, há um “[...] consenso que uma norma que permita o genocídio, o tráfico de escravos, o uso da força nas relações entre potências, a guerra de agressões, a tortura ou a pirataria [...] por exemplo, deva ser considerada nula por contrariar o *jus cogens*.”²⁰⁴

Da mesma forma, integram também o *jus cogens* internacional as normas que proíbam a biopirataria ou que prevejam a obrigatoriedade de consulta prévia e de repartição justa e equitativa dos benefícios no caso de acesso aos recursos genéticos, por exemplo. Ficando claro, assim, a “[...] intrínseca relação entre o *jus cogens* e as normas de proteção dos direitos humanos [...]”²⁰⁵, como será esmiuçado mais adiante.

Por estes motivos, ainda que o Brasil não tenha ratificado o Protocolo de Nagoya, se fez pertinente sua análise no contexto da tutela internacional de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Da mesma forma, a Convenção de Aarhus, apesar de ser um tratado regional europeu, tem a sua valia nesta análise, nem que seja como um padrão ético. Assim, a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental, da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU), foi assinada em 25 de junho de 1998, na cidade de Aarhus, na Dinamarca, durante a 4ª Conferência Ministerial Ambiente para a Europa. Por este motivo, também é conhecida como

²⁰¹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016. P.181-198. p.197.

²⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.178.

²⁰³ Ibid., p.186.

²⁰⁴ Ibid., p.186.

²⁰⁵ Ibid., p.186.

Convenção de Aarhus. Conforme previsto em seu Art. 20, noventa dias após concluído o processo de ratificação por 16 (dezesseis) países membros da CEE/ONU e pela União Europeia, entrou em vigor na data de 30 de outubro de 2001:

Artigo 20.º Entrada em vigor

1 - Esta Convenção entrará em vigor no 90.º dia após a data do depósito do 16.º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2 - Para cumprimento do parágrafo 1 acima mencionado, qualquer instrumento depositado por uma organização de integração económica regional não será tido como adicional aos depositados pelos Estados membros dessa organização. 3 - Para cada Estado ou organização referidos no artigo 17.º que ratifique, aceite ou aprove a presente Convenção ou a ela adira após o depósito do 16.º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no 90.º dia após a data do depósito, por esse Estado ou organização, do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.²⁰⁶

Vale ressaltar, que os três pilares desta Convenção, no tocante a matéria ambiental, são o acesso à informação, a participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões e o acesso à justiça. Daí a importância de se analisar os princípios da participação e do acesso à informação.

Desta forma, o Princípio da Participação Democrática, também chamado de Princípio da Participação Comunitária “[...] se liga à democracia direta ou participativa, ao rezar que o melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados.”²⁰⁷ Assim, o direito de participação ambiental, enquanto cláusula geral, está prevista no princípio 10 da Declaração do Rio.

Portanto, esta norma internacional dispõe que a forma mais adequada para tratar as questões ambientais é garantir apropriadamente a participação de todos os cidadãos, garantindo internamente que todos tenham acesso às informações ambientais que sejam de domínio das autoridades públicas, conforme previsto no princípio 10:

²⁰⁶ CEE/ONU. *Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental*. Aarhus, DK, 25 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁰⁷ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *Princípios jurídicos do direito ambiental*. Brasília, DF: AGU, [201?]. p.14. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo%C3%A3o%20Paulo/Meus%20documentos/JP/DOCTORADO/TESE/JULHO%20EM%20DIANTE/MATERIAL%20POR%20CAP%C3%8DTULO/MATERIAL/principios_juridicos_do_direito_ambiental_-_luis_claudio_martins_de_araujo.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

Princípio 10

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.²⁰⁸

Desta forma, “o princípio 10 da Declaração do Rio consagrou o que se passou a denominar de Princípio do Acesso à informação, à participação cidadã e à justiça em matéria ambiental.”²⁰⁹ Assim, em âmbito nacional, os indivíduos devem ter adequado acesso às informações ambientais em domínio das autoridades públicas. Além disso, todos devem ter oportunidades iguais de participarem dos processos decisórios que envolvam o meio ambiente em suas diferentes dimensões. Portanto, os Estados-Partes devem, além de facilitarem, fomentarem e estimularem a conscientização, a participação popular e o acesso de todos às informações ambientais, proporcionando, inclusive o efetivo acesso aos mecanismos e instrumentos administrativos e judiciais.

Além do princípio genérico da participação, a Declaração do Rio também traz, em seu princípio 22, a participação específica dos povos indígenas e de comunidades locais, que corresponde às tradicionais de forma geral. Neste princípio é reconhecido, portanto, o papel vital destes povos “[...] no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais.”²¹⁰ Assim, os “[...] Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.”²¹¹

Somando-se à Declaração do Rio, o instrumento jurídico de direito internacional mais avançado sobre o acesso em matéria ambiental é justamente a Convenção de Aarhus. Esta é de âmbito regional, uma vez que foi promovida pela

²⁰⁸ONU, *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: ONU, 1992. p.2.

²⁰⁹SCHNEIDER, Vanderlei; RAMMÊ, Rogério Santos. O direito de acesso à informação e à participação em matéria ambiental pelos povos indígenas na construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. *Revista Eletrônica Direito e Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.8, n.3, 3o quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em 12 mar. 2017. ISSN 1980-7791.

²¹⁰ONU, *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: ONU, 1992. p.4.

²¹¹Ibid., P.4.

Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa, sendo, portanto, inicialmente adotada aos Estados europeus. Contudo, já foi assinada e ratificada por mais de 40 países, sobretudo da Europa e Ásia Central. Isto porque, esta norma internacional, em seu artigo 19, 3, permite que outros Estados, não Europeus, possam aderir-lhe mediante autorização da Reunião das Partes, o que torna possível a incorporação desta ao Direito brasileiro.

Artigo 19.º - Ratificação, aceitação, aprovação e adesão

1 - A presente Convenção estará sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários e organizações regionais de integração econômica.

2 - A presente Convenção estará aberta à adesão dos Estados e organizações regionais de integração econômica referidos no artigo 17.º a partir de 22 de Dezembro de 1998.

3 - **Qualquer outro Estado** não referido no parágrafo 2 acima mencionado que seja **membro das Nações Unidas pode aderir a esta Convenção** após reunião aprovatória das Partes. [...] (grifo nosso)

Desta forma, embora a Convenção de Aarhus ainda não tenha sido incorporada ao ordenamento pátrio, “[...] serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente [...]”²¹², isto porque, “[...] consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental”²¹³.

Assim, a Convenção de Aarhus reconheceu o direito ao acesso à informação, prevendo de forma ampla tanta a legitimidade para o acesso de todas as pessoas, quanto o amplo conceito de informação ambiental. Ademais garantiu a todos, em tese povos originários ou colonizadores, a participação nos processos de tomada de decisão e acesso à justiça na esfera ambiental.

Portanto, “o tripé de Aarhus – baseado no trinômio informação, participação pública nos processos de decisão, e acesso à justiça – constitui parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo [...]”²¹⁴, servindo, no mínimo, como parâmetro axiológico para a tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados no ordenamento jurídico brasileiro, o que será analisado a seguir.

²¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. A cooperação internacional para preservação do meio ambiente: O direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. *Revista direito GV*, v.8, n.1, p.297-328, jan.-jul, 2012. p.310.

²¹³ Ibid., p.310.

²¹⁴ Ibid., p.311.

3.2 A tutela de salvaguarda ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade no ordenamento jurídico brasileiro

A normatização da diversidade biológica no Brasil, assim como nos demais países megadiversos, tem ocorrido seguindo uma lógica de mercado, de acordo com os tratados internacionais comerciais. Este processo tem contribuído para a desterritorialização da vida, reduzindo-a a valores monetários, susceptíveis de apropriação pelas grandes corporações multinacionais. Assim, ao tutelar a diversidade biológica enquanto fragmentos da vida, desterritorializada pela engenharia genética, as legislações nacionais transformam os bens naturais e culturais em mercadorias, controlando as formas de vida dos povos e seus conhecimentos tradicionais.

Tal situação, como anteriormente demonstrada, é uma forma de colonialismo biocultural, o que caracteriza também como uma maneira de racismo ambiental. Não obstante o racismo normalmente esteja relacionado a questões como a cor da pele e práticas culturais e/ou religiosas, existe “[...] o racismo ambiental, causador de injustiças cometidas contra grupos vulneráveis, geralmente, durante a realização de políticas públicas ou obras do setor privado.”²¹⁵ Neste sentido, comenta Tania Pacheco:

Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. [...] O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia.²¹⁶

Destarte, as legislações pátria que tratam sobre o acesso à biodiversidade, em vez de tutelá-la, acabaram por mercantilizar os recursos genéticos, fomentando o racismo ambiental e o colonialismo biocultural, como será abordado nas próximas linhas.

Assim, a atual lei de propriedade industrial corroborou no sentido de mercantilizar a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados,

²¹⁵ LOPES, Sheryda. Injustiça: entendendo o racismo ambiental. *O Estado*, Fortaleza, 5 jun. 2014. Disponível em: < <http://www.oestadoce.com.br/cadernos/oev/injustica-entendendo-o-racismo-ambiental>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

²¹⁶ PACHECO, Tania. *Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania*. In: Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (org.). *Justiça pelas Águas: enfrentamento ao racismo ambiental*. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. p.11-23.

fomentando o colonialismo biocultural. Desta maneira, revogando a Lei 5.772/71, que até então disciplinava a propriedade industrial, a lei nº 9.279/96 teve como objetivo conciliar a legislação nacional sobre propriedade industrial aos interesses das principais potências mundiais, as quais dominam os processos de pesquisa científica e a criação de novos produtos e técnicas.²¹⁷ Assim, a lei de propriedade industrial veio internalizar e adequar a legislação brasileira ao Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), acolhido pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e que entrou em vigor desde 1º de janeiro de 1995 no país. Desta maneira a atual lei de propriedade industrial regulamenta a propriedade industrial através da concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, como anteriormente comentado.

A atual Lei de propriedade industrial trouxe duas grandes novidades. A primeira refere-se ao fato de ter estendido o regime jurídico das patentes aos produtos gerados a partir dos recursos da biodiversidade e da agrobiodiversidade, inclusive de produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e os medicamentos, e aos respectivos processos de obtenção ou modificação, até então não patenteáveis pela lei antiga. Neste sentido, comenta o professor Marcelo Antonio Theodoro os objetos e novidades desta lei:

Essa lei, conforme suas disposições preliminares, visa a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marcas; repressão às falsas indicações geográficas; e repressão à concorrência desleal. Incide também, sobre os pedidos de patente ou registro procedentes do exterior e aqui depositados para quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; assim como aos estrangeiros ou pessoas domiciliadas em algum país que assegure aos brasileiros ou às pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos idênticos ou de igual valor. Os tratados em vigor, no Brasil, são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou aqui domiciliadas em igualdade de condições. E mais, essa lei contempla algumas novidades, como: [...] a inclusão da patente para as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios e processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação.²¹⁸

²¹⁷ DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²¹⁸ THEODORO, Marcelo Antonio. *A política de patentes de medicamentos e o direito fundamental à saúde*. 2005, 259 f.. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2005, p. 153.

A segunda inovação diz respeito à possibilidade de patenteamento dos microorganismos transgênicos, desde que atendam aos três requisitos de patenteabilidade, que são a novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, e que não sejam mera descoberta.

Desta maneira, a nova lei da propriedade industrial contraria a função social da propriedade intelectual, bem como a Convenção sobre Diversidade Biológica, possibilitando a patente de processos e produtos gerados a partir da biodiversidade e da agrobiodiversidade, afrontando a soberania nacional e excluindo a sociedade dos benefícios que sementes, alimentos e remédios, muitas vezes provenientes de conhecimentos tradicionais associados, poderiam trazer à população do país de origem da biodiversidade, e quiçá ao mundo.

Tal processo não foi diferente com outras leis monopolistas de proteção aos cultivares e às sementes. Desta forma, logo após a atualização da lei de propriedade industrial, a Ata de 1978 da Convenção UPOV foi regulamentada no Brasil mediante a edição da Lei nº 9.456/97, conhecida como Lei de Proteção aos Cultivares. Esta lei garantiu os direitos de propriedade intelectual do obtentor ou melhorista de cultivar, mediante a concessão de certificado de proteção de cultivar. Assim, “a Lei 9.456/97 institui e disciplina o direito de propriedade intelectual *sui generis* denominado de ‘direito de proteção de cultivar’ ou ‘direito do obtentor’ (right of breeder).”²¹⁹

Contudo, demonstrando seu caráter monopolista, a lei de proteção dos cultivares, em seu art. 3º, IV, exclui a proteção às cultivares locais, também conhecidas como crioulas ou tradicionais.

Não considera os camponeses, populações indígenas e comunidades tradicionais como melhoristas *in situ* e *on farm* que obtêm cultivar nova e de relevantíssimas características como a adaptabilidade e a flexibilidade, principalmente frente às mudanças climáticas pelas quais passam o planeta. A lei de cultivares exclui a cultivar local ou crioula como fruto de conhecimento válido e digno de ser promovido pelo incentivo social (a justificativa da proteção patentária e dos direitos de propriedade intelectual).²²⁰

Tal medida despreza totalmente a variedades tradicionais e os conhecimentos das comunidades tradicionais sobre as espécies vegetais e animais, como o milho e

²¹⁹ MAGALHÃES, Vladimir Garcia. A função social da propriedade intelectual e a sociobiodiversidade. In DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida; AHMED, Flávio. *O direito ambiental na atualidade: estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 499. ISBN 978-85-375-0708-7.

²²⁰ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 217.

rã kambo, por exemplo. Isto porque as espécies crioulas, a partir das quais se desenvolvem medicamentos ou outras variedades melhoradas ou geneticamente modificadas, são decorrentes de conhecimentos tradicionais, de conservação e seleção de espécies ao longo de gerações, como um patrimônio a ser recebido de seus antepassados e transmitido às gerações futuras. Assim, por exemplo, o desenvolvimento de cultivares de milhos de diferentes cores e características, enquanto fato histórico das sociedades Incas e Astecas, bem como das comunidades indígenas que habitavam o que hoje é o território brasileiro, foi totalmente desconsiderado pela Lei de proteção das cultivares.

Embora a lei das cultivares seja monopolista, despreze os conhecimentos tradicionais e exclua de sua proteção às variedades locais, esta lei, como não poderia deixar de ser, se submete ao princípio da função social. Assim, em seu Art. 10, incisos I e III, estabelece algumas exceções, tais como a reserva e plantio de sementes para uso próprio e utilização da cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica, respectivamente. Além disso, esta lei prevê a possibilidade de licença compulsória (Arts. 25 a 35), clássica expressão da função social da propriedade industrial, bem como, o uso público restrito da cultivar (Art. 36).²²¹ Entretanto, tanto na licença compulsória, como no uso público da cultivar, a lei prevê a remuneração do titular do direito de proteção da cultivar, o que demonstra o forte aspecto patrimonialista deste dispositivo legal, mesmo diante da necessidade de cumprimento da função social da propriedade industrial.

Neste mesmo sentido, após a lei de cultivares, em 2003, foi sancionada a Lei nº 10.711/03, que foi regulamentada pelo Decreto nº 5.153/04. Conhecida desde então como a lei de sementes. Esta institui o Sistema Nacional de Sementes e Mudas, a fim de regulamentar a identidade e a *qualidade* do material de multiplicação e reprodução produzido, comercializado e utilizado em todo o território nacional. Com esta lei, que definiu como *semente padrão de qualidade* a cultivar *moderna* ou laboratorial de escala industrial inserida pela Revolução Verde, os monopólios da produção e circulação comercial de sementes vieram a se fortalecer.

Desta forma, mais uma vez a legislação menosprezou e desconsiderou os conhecimentos tradicionais associados e as variedades crioulas, sem as quais não

²²¹ MAGALHÃES, Vladimir Garcia. A função social da propriedade intelectual e a sociobiodiversidade. In DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida; AHMED, Flávio. *O direito ambiental na atualidade: estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 499. ISBN 978-85-375-0708-7.

existiriam as variedades modernas ou laboratoriais.²²² Tal desconsideração, foi repetida pela Lei nº 13.123/15 ao isentar de consulta prévia, livre e informada o acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados às variedades e raças crioulas, como será visto com maior ênfase, uma vez que a demonstração da inconveniência desta lei é objeto precípua desta tese.

Assim, a Lei nº 13.123/15, apregoada pelo legislador e executivo como o novo marco legal da biodiversidade, foi sancionada no dia 20 de maio de 2015, e regulamentada pelo Decreto n.º 8.772/16. Tal norma dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, revogando a Medida Provisória (MP) nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que desde então regulamentava esta matéria.

Foi, portanto, um procedimento de alteração radical do sistema então vigente, consubstanciado na MP 2.186-16/01, que apesar de possuir diversas falhas assegurava direitos essenciais como o consentimento prévio e repartição de benefícios em todas as hipóteses de acesso e uso. Todavia, a nova legislação, atendendo aos apelos dos setores industriais, criou um sistema de isenções que deixou desprotegidos os povos e comunidades tradicionais, além de representar uma flagrante violação dos direitos humanos estabelecidos nos Tratados Internacionais afetos ao tema, como será demonstrado mais adiante.

Passemos à análise do texto legal a fim de evidenciar tais absurdos legislativos, os quais, posteriormente, serão caracterizados como inconveniências. Desta maneira, o dito marco legal da biodiversidade a Lei 13.123/15, dispõe, em seu Art.1º, sobre os bens, direitos e obrigações relativos: ao acesso e uso comum do povo do patrimônio genético do País; ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético; ao acesso e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica; à exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao

²²² PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009, p. 221.

conhecimento tradicional associado; e à remessa para o exterior de parte ou do todo de organismos, vivos ou mortos, de espécies animais, vegetais, microbianas ou de outra natureza, que se destine ao acesso ao patrimônio genético e à implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados.²²³

Contudo, diante destes bens ambientais, é importante frisar que o titular do domínio do bem, não é, necessariamente, o sujeito titular do direito do acesso do bem ambiental relacionado à biodiversidade. Assim, a Lei nº 13.123/15 não trata do direito de acesso apenas no presente, mas vai mais além, ao reconhecer o direito de acesso originário dos povos indígenas e comunidades tradicionais em relação aos conhecimentos sobre o patrimônio genético da agrobiodiversidade, e da biodiversidade de forma geral, que estas detêm, isto é, de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Desta forma, quem detém originariamente e intergeracionalmente o domínio do direito de acesso são os povos indígenas e comunidades tradicionais.

Desta forma, ressaltando a característica temporal e intergeracional dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, comenta Inês Virgínia Prado Soares:

Em suma: os conhecimentos tradicionais são aqueles saberes produzidos, desenvolvidos e usados pelas comunidades tradicionais, em uma perspectiva temporal intergeracional. Esses conhecimentos, valores e saberes são associados aos recursos naturais existentes no território em que vivem. Por isso, são intrinsecamente dependentes da biodiversidade e do território.²²⁴

Diante disso, povos indígenas e comunidades tradicionais podem possuir, originariamente, direitos comunitários de apropriação sobre informações contidas num bem ambiental, por exemplo. Assim, frente ao reconhecimento legal destes direitos originários, se dá juridicamente o direito de acesso, cujo seu titular não pode ser individualizado, mas apenas coletivo. Entretanto, sua transmissão pode gerar direito privado, isto é, direito de propriedade intelectual, o que subverte a lógica coletiva e intergeracional dos conhecimentos tradicionais. Para piorar, os direitos de

²²³ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²²⁴ SOARES, Inês Virgínia Prado. Responsabilidade civil e acesso aos conhecimentos tradicionais no Brasil. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 278. ISBN 978-85-7700-240-5.

propriedade material ou imaterial não podem ser afetados pelo direito de acesso, conforme disposto no §1º, do Art. 1º, da Lei nº 13.123/15:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos:

[...]

§ 1º O acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado será efetuado sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado acessado ou sobre o local de sua ocorrência.²²⁵

Assim, embora o direito de acesso enquanto valor de uso prescindia do direito de propriedade intelectual, este, em todos os dispositivos legais comentados, acaba, direta ou indiretamente, limitando e mercantilizando o direito de acesso. Assim, o direito de propriedade intelectual surge quando o direito de acesso comunal é precificado e transacionado, sendo seu titular individualizado, como comenta Cristiane Derani:

Na transformação do direito de acesso reconhecido às comunidades locais e comunidades indígenas em direito privado de propriedade, ocorre a inserção do processo de apropriação do conhecimento no mercado. O direito de acesso não tem necessariamente um valor de mercado, até o momento em que ele passa a se submeter à lógica do mercado, no que tange o tempo, o espaço e as intenções dos sujeitos titulares desse direito. O mercado expande-se para além das fronteiras nacionais e para além dos seus ambientes e sujeitos. Por onde passa, o mercado transforma o valor das coisas, precificando-as, isto é, reduzindo-as a um equivalente comum. Com esta dinâmica, o mercado arrasa com as diferenças culturais e despreza qualquer medida social e histórica de tempo e espaço, na medida que transforma em relação de intercâmbio mediada por equivalente monetário os gostos, desejos, cultura, informações, dentro de um espectro mundial. O mercado não segue qualquer critério moral ou estético senão o criado pelo seu próprio movimento – moral é negociar, belo é o traduzido pela mercadoria e por sua publicidade.²²⁶

Assim, a “[...]” submissão da cultura à lógica do mercado é a colonização da cultura pelo mercado. [...] Tempo e espaço são submetidos a uma lógica produtiva.”²²⁷ Desta maneira, embora a Lei nº 13.123/15 tenha avançado ao reconhecer o direito de acesso comunal originário e intergeracional, bem como os conhecimentos tradicionais associados, peca ao mercantilizar este direito de acesso, o transformando, mediante transação comercial, em direito de propriedade intelectual individual.

²²⁵ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²²⁶ DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de direito ambiental da Amazônia*. V. 1, nº 1, Manaus: Edições do Governo do Estado do Amazonas: Secretaria de Estado e Cultura: Universidade do Estado do Amazonas, 2003, p. 79-80. ISSN 1679-9321.

²²⁷ *Ibid.*, p. 80.

Neste ponto, como esta pesquisa realiza um recorte epistemológico a fim de investigar as inconveniências da supracitada norma frente ao instituto da consulta prévia, livre e informada, faz-se necessário verificar como este consentimento está disposto no marco legal da biodiversidade.

Desta forma, o Art.2º, da Lei 13.123/15, em seu inciso VI, utiliza o termo consentimento prévio informado, como sendo um “[...] consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários [...]”.²²⁸ Portanto, é importante frisar que o consentimento não se obtém com uma simples audiência pública. É muito mais do que isso, sua obtenção se dá mediante os usos, costumes e tradições dos povos indígenas e populações tradicionais ou através de um protocolo comunitário, que se caracteriza por uma espécie de norma de procedimentos das “[...] populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios [...]”²²⁹, conforme inciso VII, do Art. 2º, da Lei nº 13.123/15.

Não obstante a norma em questão tenha previsto o consentimento prévio, a mesma estabeleceu hipóteses de isenção da obrigatoriedade de obtenção deste consentimento criando regras diferenciadas de consentimento, e estabelecendo verdadeiras subcategorias de conhecimentos tradicionais, o que por si já é uma prática discriminatória, ao pressupor que existem conhecimentos tradicionais mais importantes e outros de menor importância, ou mesmo que para uns existe direito e para outros, sem qualquer fundamento este direito é deixado de lado.

Desta maneira, foi estabelecida na lei uma distorcida subdivisão de conhecimentos tradicionais: conhecimento tradicional associado de origem identificável; e conhecimento tradicional associado de origem não identificável.

O conhecimento tradicional de origem identificável fora conceituado como “[...] informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético [...]”²³⁰, conforme inciso II, do Art. 2º.

²²⁸ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Ibid.

O Conhecimento tradicional de origem não identificável seria, nos termos da lei, 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 [...]”²³¹, de acordo com o inciso III, do Art. 2º. Para esta subcategoria o legislador isentou o acessante da obrigatoriedade de obtenção do consentimento prévio para seu acesso.

Prosseguindo numa escalada de inconveniências, o Art. 9º, §2º da Lei 13.123/15, isenta o acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável de consentimento prévio informado. Desta forma o conhecimento tradicional associado “[...] é tratado como *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém, de forma a simplificar a questão, pois todo conhecimento tradicional acessado surge de um sujeito individual ou de coletividades”.²³²

Como já comentado, o marco legal da biodiversidade, em seu Art. 2º, III, estabelece que conhecimento tradicional associado de origem não identificável é aquele em que “[...] não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional [...]”.²³³ Contudo, a presunção de que haja conhecimentos tradicionais não identificáveis é irreal, pois estes são sistemas “[...] socialmente referenciados e em constante transformação, recriados e ressignificados pelos povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares, através de experiências diárias, sendo, assim, localmente adaptados.”²³⁴ Desta forma, mesmo que um “[...] conhecimento tradicional apresente uma mesma informação ou prática em diferentes localidades, considera-se que estas foram originadas em cada contexto cultural e ambiental nos quais são encontrados.”²³⁵

Portanto, cientificamente não há segurança para determinar que um conhecimento tradicional seja não identificável. Além disso, há um risco há um risco de que muitas empresas deixem de almejar o consentimento prévio e a repartição

²³¹ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²³² MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.168. ISBN 978-85-63522-38-2.

²³³ BRASIL, op. cit.

²³⁴ MACIEL, Luciano, op. cit., p.167.

²³⁵ Ibid., p.167.

de benefício, com o pretexto de que o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado a ser acessado não possua origem identificável.²³⁶

Para completar, o §3º, do Art. 9º, da Lei 13.123/15, considerou que o acesso à uma parcela da agrobiodiversidade teria tratamento equivalente ao destinado ao conhecimento tradicional de origem não identificável. Isto é, aqueles conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de variedade vegetal tradicional local ou crioula ou à raça animal localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas corresponde ao acesso de conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça. Tal situação cria uma injustificada e desigual isenção da obrigatoriedade de consentimento das comunidades tradicionais quando o conhecimento tradicional estiver associado a estes bens.

Para além da ruptura com a lógica da obrigatoriedade estruturante da consulta prévia, a isenção estabelecida pelo legislador vulnera gravemente a agrobiodiversidade e por consequência a soberania alimentar destes povos.

Assim, de acordo com o inciso XXXII, do Art. 2º, da Lei 13.123/15, a variedade tradicional local ou crioula, como comentado, seria uma variedade vegetal, que não seja substancialmente semelhante a cultivares comerciais, proveniente de espécie que ocorre na natureza ou mantida em condição *ex situ*, desenvolvida, incluindo a combinação de seleção natural e humana, ou adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.

Já o inciso seguinte, define a raça localmente adaptada ou crioula como aquela proveniente de espécie animais encontradas na natureza ou mantida em condição *ex situ*, “[...] desenvolvida ou adaptada a um determinado nicho ecológico e formada a partir de seleção natural ou seleção realizada adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”²³⁷, isto é “[...] que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar”.²³⁸

Desta forma, é possível verificar nas definições do marco legal da biodiversidade quanto às variedades crioulas ou tradicionais, um preconceito

²³⁶ MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável.. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.168. ISBN 978-85-63522-38-2.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²³⁸ Ibid.

científico, como outrora exemplificado no caso do milho, uma vez que as variedades tradicionais não podem ser semelhantes às comerciais. Ora, quem veio primeiro, a variedade tradicional ou a comercial? Isto fica evidente no trecho a seguir:

Isto porque as espécies crioulas, a partir das quais se desenvolvem espécies melhoradas ou geneticamente modificadas, são decorrentes de conhecimentos tradicionais, de conservação e seleção de espécies ao longo de gerações, como um patrimônio a ser recebido de seus antepassados e transmitido às gerações futuras.²³⁹

Portanto, a resposta é clara, a variedade tradicional é anterior à melhorada! Assim, estas são “melhoradas” a partir daquelas. Isto porque as variedades crioulas foram desenvolvidas por anos e séculos pelas comunidades tradicionais, a partir das quais foram desenvolvidas as comerciais, ditas “melhoradas” pela indústria de sementes e agroquímicas, já que há uma relação intrínseca entre estes setores.

Assim, a Lei 13.123/15 apenas condiciona à obtenção de consentimento prévio informado o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável, dispensando o consentimento prévio para o conhecimento tradicional associado de origem não identificável e para o acesso ao patrimônio genético para atividades agrícolas de variedade ou raça tradicional, crioula ou localmente adaptada. Desta forma, uma parte da agrobiodiversidade, aquelas crioula e de origem não identificável, bem como os conhecimentos tradicionais a esta relacionada ficam desprotegidos quanto à garantia de consulta informada para seu acesso. Tal situação fere os direitos de consulta prévia dos povos e comunidades tradicionais, como será visto adiante.

Outra isenção ao consentimento prévio criado pela norma foi aquela destinada à pesquisa. A primeira vista pode parecer até nobre tal isenção, contudo as intenções reveladas de fato eram econômicas, com objetivo de favorecer os setores industriais agropecuários e farmacêuticos principalmente.

Isto porque os setores empresariais, farmacêuticos e ruralistas alegaram por muito tempo que, o então vigente, regime jurídico para acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, era um emaranhado de regras e autorizações prévias, que dificultavam as pesquisas científicas e tecnológicas envolvendo a biodiversidade brasileira.²⁴⁰

²³⁹ MIRANDA, João Paulo Rocha de. *As dimensões de apropriação do bem ambiental sobre a agrobiodiversidade: uma análise à luz da função socioambiental*. 2011, 189 f.. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, 2011. p.152.

²⁴⁰ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho*

Assim, entendiam que este arcabouço legal restritivo havia sido responsável por consequências danosas para a pesquisa nacional, uma vez que teria obstaculizado parcerias com instituições acadêmicas internacionais renomadas, impedindo que os pesquisadores brasileiros gerassem conhecimento científico, desenvolvimento tecnológico e inovações²⁴¹.

Entretanto esta argumentação é falaciosa, pois não leva em conta a principal dificuldade da pesquisa brasileira, que é justamente os recursos financeiros esparsos. Desta maneira, “[...] foi neste clima de flexibilização dos instrumentos de fiscalização e controle do acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional, que se deu o processo legislativo da Lei nº 13.123/15.”²⁴²

Desta forma, a norma em questão, entre tantas isenções, isenta de autorização prévia e notificação aquele que acessa o patrimônio genético e/ou o conhecimento tradicional associado com a finalidade única de pesquisa científica. Ao invés de autorização prévia, exige apenas um simples cadastro eletrônico.²⁴³ Desta forma, conforme disposto no Art. 12, da Lei 13.123/15, devem ser cadastradas as seguintes atividades: acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado dentro do País ou no exterior, ressaltando que, para esta norma, acesso se caracteriza como pesquisa ou desenvolvimento tecnológico; remessa de amostra de patrimônio genético para o exterior com a finalidade de acesso e envio de amostra que contenha patrimônio genético por pessoa jurídica nacional, pública ou privada, para prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico²⁴⁴.

Contudo, é importante frisar que o cadastramento é uma etapa previa aos seguintes atos: remessa; requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual; comercialização do produto intermediário; divulgação dos resultados,

marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.159-166. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁴¹ TÁVORA, Fernando Lagares et al. *Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2005: Novo marco regulatório do uso da biodiversidade.* Brasília, DF: SENADO, 2015. p.13.

²⁴² MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais.* São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.159. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁴³ *Ibid.*, p.159-160.

²⁴⁴ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação; e notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso²⁴⁵.

Assim, para o cadastramento de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, a pessoa natural ou jurídica nacional deve preencher um formulário eletrônico do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), que deve ser instruído com diversos documentos, conforme dispõe a norma regulamentadora, no Art. 22, inciso VI, do Decreto nº 8.772/16.²⁴⁶ Entre estes documentos, destacam-se a declaração de enquadramento em hipótese de isenção legal ou de não incidência de repartição de benefícios.²⁴⁷ Portanto, ao acessar o patrimônio genético e/ou o conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, a pessoa, física ou jurídica, deve juntar a referida declaração.

Desta maneira, é evidente que o Estado brasileiro se absteve de controlar o acesso aos recursos da biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados realizados pelos pesquisadores, pois um simples cadastro legitima tal acesso. Assim, de acordo com o Art. 13, da Lei 13.123/15, as únicas atividades, a critério da União, em que poderão ser exigida uma autorização prévia, é o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, em alguns locais a saber: em área indispensável à segurança nacional, que se dará após anuência do Conselho de Defesa Nacional; e em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, que se dará após anuência da autoridade marítima. Já a notificação do produto acabado ou do material reprodutivo ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), que é meramente declaratória, é exigida para a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento

²⁴⁵BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²⁴⁶ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.160. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 maio 2016.

tradicional associado.²⁴⁸ Além disso, o Art. 16, do referido dispositivo legal, exige ainda a apresentação do acordo de repartição de benefícios²⁴⁹.

Desta maneira, é possível verificar que a Lei 13.123/15, dependendo do caso, exige três procedimentos diferentes: cadastro; autorização; e notificação. Contudo, o acesso do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado exclusivamente para pesquisa só depende de um cadastro eletrônico. Tal situação fragiliza o controle do acesso para pesquisa. Além disso, pode sujeitar a pesquisa brasileira a realizar parcerias com a iniciativa privada e/ou com instituições de pesquisa estrangeiras, não como forma de intercâmbio de informações e conhecimentos, mas como um mercado, onde as instituições de pesquisa brasileira sejam as portas de entrada. Isto configuraria a subversão do conhecimento e da ciência à lógica de mercado.²⁵⁰

Somando-se a isso tudo, a Lei 13.123/15 perdoa o pesquisador que outrora infringiu a lei então vigente, na medida em que isenta de firmar termo de compromisso aquele que, unicamente para fins de pesquisa científica, realizou em desacordo com a legislação em vigor à época as seguintes atividades: acesso a patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado; acesso e exploração econômica de produto ou processo oriundo do acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, tratado pela MP 2.186-16/01; remessa ao exterior de amostra de patrimônio genético; e/ou divulgação, transmissão ou retransmissão de dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado.²⁵¹

Isto se dá diante do processo de regularização, disposto no Art. 38, da Lei 13.123/15. Desta maneira, é cabível a regularização a todos que, entre 30 de junho de 2000 e 17 de novembro de 2015, data de entrada em vigor da Lei 13.123/15, realizaram as atividades descritas acima, em desacordo com a legislação vigente à época.²⁵² Assim, aqueles que, neste lapso temporal, praticaram ações de acesso, remessa, divulgação, transmissão e exploração de patrimônio genético ou o

²⁴⁸ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.161. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²⁵⁰ MIRANDA, João Paulo Rocha de, op. cit., p.161.

²⁵¹ Ibid., p.161-162.

²⁵² Ibid., p.162.

conhecimento tradicional associado em descompasso com a Medida Provisória 2.186-16/01 tem o prazo de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do Cadastro pelo CGen, para proceder à regularização.²⁵³ Tal processo se dá mediante a assinatura de Termo de Compromisso entre o usuário e a União, representada pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente.²⁵⁴

Contudo, aquele que deixar de se regularizar no prazo estabelecido no Art. 38, da Lei nº 13.123/15, fica sujeito a sanções administrativas pecuniárias, as quais são calculadas por produto acabado ou material reprodutivo ou por cada atividade de acesso, isoladamente, que deixar de promover a sua respectiva regularização, independentemente do número de espécies acessadas.²⁵⁵ Assim, quando se tratar de pessoa natural, a multa mínima é de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a máxima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Já no caso de pessoa jurídica enquadrada como microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativas de agricultores tradicionais com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II, do Art. 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, a multa mínima é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a máxima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Por fim, para as demais pessoas jurídicas, a multa mínima é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a máxima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).²⁵⁶

Contudo, para pessoa natural ou pessoa jurídica que realizou acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, estas sanções de multa podem ser substituídas pela de advertência, desde que sejam favoráveis as seguintes circunstâncias previstas no art. 72, do decreto regulamentador: a gravidade do fato; os antecedentes do infrator,

²⁵³ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²⁵⁴ No tocante a esta questão há uma crítica quanto à competência do Ministério do Meio Ambiente (MMA) para assinar Termo de Compromisso. De fato, em regra, é o Ministério do Meio Ambiente que é representado pela União, e não o contrário, uma vez que o ministério não possui personalidade jurídica que lhe atribua representação, salvo se for aplicada aqui a teoria da personalidade judiciária dos órgãos públicos. Cf. CARVALHO FILHO; José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Rede: Revista eletrônica de direito do Estado*, Salvador, BA, nº 11, jul-set de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-11-julho-2007-jose%20carvalho%20filho.pdf>>. Acesso em: 11 abr 2016.

²⁵⁵ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.162-163. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 maio 2016.

quanto ao cumprimento da legislação referente ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado; a reincidência; e a situação econômica do infrator, no caso de multa.²⁵⁷

Porém, sendo o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, unicamente para fins de pesquisa científica, o usuário fica dispensado da assinatura de Termo de Compromisso. Neste caso, a regularização se dará unicamente por meio de cadastro ou autorização da atividade, conforme o caso. O cadastro será necessário para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, devendo ser realizado previamente: à remessa de patrimônio genético; ao requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual; à comercialização do produto intermediário, à divulgação dos resultados finais ou parciais em meios científicos ou de comunicação; à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso.²⁵⁸

Por sua vez, a autorização prévia só será necessária, se assim a União entender, em área indispensável à segurança nacional, em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, conforme comentado anteriormente. Desta forma, se a pesquisa não for realizada nestas áreas em questão, bastará ao pesquisador fazer um cadastro na internet para acessar estes bens. Contudo, como o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional é definido por esta lei como pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, o pesquisador fica imune de qualquer controle para coletar patrimônio genético ou obter informações de conhecimentos tradicionais. Isto porque só será necessário o cadastro no momento da remessa, do requerimento de propriedade intelectual, da divulgação de resultados, comercialização de produto intermediário e outras situações descritas no parágrafo anterior.²⁵⁹

²⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 maio 2016.

²⁵⁸ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.163-164. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁵⁹ *Ibid.*, p.164.

Desta maneira, no processo de regularização de atividades exclusivamente para pesquisa científica, a dispensa do termo de compromisso em substituição pelo cadastro eletrônico ou autorização, extingue a exigibilidade das sanções administrativas previstas na Medida Provisória nº 2.186-16/01. Para tanto, é claro, é necessário que a infração tenha ocorrido entre 30 de junho de 2000 e o dia anterior à data de entrada em vigor da Lei nº 13.123/15.²⁶⁰

Desta maneira, tal isenção, ainda que para pesquisa, pode ser nefasta, pois legítima e regulariza a situação de maus pesquisadores com um simples cadastro eletrônico. Portanto, é uma espécie de perdão aos cientistas que acessaram patrimônio genético e/ou conhecimentos tradicionais sem observar as exigências legais.²⁶¹ Entre todas as anistias geradas pela Lei 13.123/15, se estima um perdão de multas no valor total de R\$ 214 milhões²⁶². Desta maneira, dispensar estes pesquisadores de firmarem termo de compromisso pode significar um incentivo para estes evitarem a burocracia e permanecerem na ilegalidade, acessando estes bens ambientais sem os devidos cadastros, autorizações ou mesmo notificações, no caso de produto acabado ou material reprodutivo.²⁶³

Embora o marco legal da biodiversidade, em seu Art. 7º, preveja que o CGen disporá de informações a fim de realizar a rastreabilidade das atividades decorrentes de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, inclusive as relativas à exploração econômica oriunda desse acesso, não há um sistema efetivo para tal tarefa. Desta forma, sem uma rastreabilidade efetiva, não há como fiscalizar ou controlar o acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados.²⁶⁴

Por fim, a norma em questão, no seu Art. 17, § 5º, ainda isenta da obrigação de repartição de benefícios os seguintes acessantes: as microempresas; as empresas de pequeno porte; os microempreendedores individuais; e os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior a

²⁶⁰ MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.164. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁶¹ Ibid., p.164-165.

²⁶² CASTRO, Augusto. *Reguffe critica dispositivo do novo marco legal da biodiversidade que anistia R\$ 214 milhões em multas*. Brasília, DF: SENADO, 2015.

²⁶³ MIRANDA, João Paulo Rocha de, op. cit., p.165.

²⁶⁴ Ibid., p.165.

R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), conforme limite estabelecido no Art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123/06.²⁶⁵

Neste diapasão, é importante analisar que o patrimônio genético tem natureza difusa, uma vez que a Lei nº 13.123/15 dispôs, em seu Art 1º, I, que este bem é de uso comum do povo. Portanto, interpretando este dispositivo de forma lógico-sistemática, em consonância com o *caput*, do Art. 225 da Lei Maior, que dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado além de ser de todos é um bem de uso comum do povo, fica patente que a natureza transindividual, e mais especificamente difusa, do patrimônio genético “[...] não transfere a dominialidade deste bem à União, ao contrário, apenas corrobora suas obrigações de gestão e proteção.”²⁶⁶

Portanto, não caberia ao legislador infraconstitucional prever esta gama de isenções. Ademais, como já foi comentado e serão abordadas em um capítulo próprio, estas isenções à consulta prévia e à repartição de benefício contrariam as diversas convenções internacionais vistas anteriormente. Desta forma, perante o controle de convencionalidade é possível invalidar os dispositivos inconventionais da Lei nº 13.123/15, chamada pelos Poderes Executivos e Legislativo de marco legal da biodiversidade, que, aliás, não é propriamente um marco legal, como será discutido a seguir.

3.3 O mito do marco legal da biodiversidade

“Ao longo de quinze anos, até a publicação da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, a Medida Provisória (MPV) nº 2.186-16, de 2001, constituiu o marco legal sobre a matéria [...]”.²⁶⁷ Como pode ser visto na citação acima, em publicação do Senado Federal, o Poder Legislativo trata a Lei nº 13.123/15 como o novo marco legal da biodiversidade.

Assim, é importante definir marco legal ou marco regulatório como sendo “um conjunto de normas, leis e diretrizes que regulam o funcionamento dos setores

²⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

²⁶⁶ MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Previsões de isenções em razão do acessante. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.169. ISBN 978-85-63522-38-2.

²⁶⁷ TÁVORA, Fernando Lagares et al. *Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2005: Novo marco regulatório do uso da biodiversidade*. Brasília, DF: SENADO, 2015. p.8.

[...]”²⁶⁸, no caso em questão a biodiversidade ou patrimônio genético. Neste mesmo sentido, marco legal é “um conjunto de provisões regulatórias e leis inter-relacionadas [...] Constituição do país, desdobrada depois na legislação complementar e ordinária que inclui leis, decretos, códigos e regulamentos, dados a conhecer [...]”²⁶⁹ a matéria em questão.

Corroborando com estes entendimentos, e procurando ampliar seu alcance a fim de chegar ao conceito mais ajustado ao atual ordenamento jurídico brasileiro, que adota o monismo internacionalista²⁷⁰, é possível dizer que marco Legal é o conjunto de normas que rege um determinado assunto, como a Constituição, os Tratados internacionais, as Leis, as Portarias, as Resoluções, entre outras.

Portanto, começa a ficar claro que é um mito a ideia de que a Lei nº 13.123/15 seja o marco regulatório, uma vez que este é composto de um conjunto de normas. Assim, o mais apropriado a dizer é que a referida lei faz parte do marco legal da biodiversidade. Ademais, a inserção das normas internacionais ao conceito de marco legal é vital no contexto jurídico atual.

Diante disso, se faz necessário analisar a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal. Esta questão é resolvida nos diferentes ordenamentos jurídicos do mundo através de duas doutrinas: dualismo e monismo.

Assim, para a corrente dualista “[...] o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos”.²⁷¹ Ou seja, o Direito Internacional e o Direito Interno são “[...] duas ordens jurídicas independentes uma da outra, não possuindo qualquer tipo de inter-relação jurídica [...] sendo inconcebível o conflito entre as duas ordens jurídicas, por estarem em campos separados no momento de sua aplicação”.²⁷²

²⁶⁸ WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? Marco regulatório. *Revista de informações e debates do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, IPEA, ano 3, ed. 19, 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2093:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 18 jul. 2017.

²⁶⁹ MACEDO, Edison Flávio. Marco Legal: Competência profissional para o desenvolvimento nacional. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROFISSIONAIS, 8., 2013, Brasília-DF, *Anais do Congresso nacional de profissionais*. Brasília-DF: CONFEA, 2013. p.1-37. Disponível em: <http://www.confea.org.br/media/8CNP_TEXTO_MARCO_LEGAL.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

²⁷⁰ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

²⁷¹ Ibid., 2016. p.97.

²⁷² MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v.12. p.134-144, mar., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p.136.

Portanto, pragmaticamente, o dualismo exige um “[...] ato de incorporação do ordenamento jurídico interno para a norma internacional ter validade e produzir efeitos no âmbito interno, no direito nacional”.²⁷³

Já a teoria monista, que tem como principal expoente Hans Kelsen, foi criada em oposição ao dualismo na escola de Viena. De forma diametralmente oposta ao dualismo, Kelsen não concordava com a divisão entre as duas ordens jurídicas.²⁷⁴ Assim, a doutrina monista é fundamentada na unicidade de um sistema jurídico com hierarquia normativa. Portanto o “[...] Direito Internacional e o Direito interno são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico [...] o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer ‘transformação’ [...]”.²⁷⁵ Isto é, “o Direito Internacional e o Direito interno fazem parte de um mesmo e único sistema [...] pois fazem parte do mesmo complexo jurídico, havendo entre elas uma relação hierárquica, que subordina um ordenamento jurídico ao outro”²⁷⁶, ou seja o Direito Interno ao Direito Internacional.

Contudo a doutrina monista se subdivide basicamente em monismo nacionalista e monismo internacionalista. Entretanto, em matéria de Direitos Humanos ainda há como se falar em monismo internacionalista dialógico.

Para a escola monista nacionalista o Direito nacional de cada Estado soberano tem primazia sobre o Direito Internacional. Assim, a norma externa é aplicada apenas discricionariamente, conforme conveniência e oportunidade do Estado. “Segundo esta concepção, o Direito Internacional não seria mais que uma consequência do Direito Interno”.²⁷⁷

Por sua vez, na doutrina monista internacionalista há primazia do Direito Internacional sob o Direito interno. “Segundo essa concepção, o Direito interno deriva do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior”.²⁷⁸ Portanto, o monismo internacionalista “[...] permite que, a partir do

²⁷³ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v.12. p.134-144, mar., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p.138.

²⁷⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado e do Direito*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁷⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.102-103.

²⁷⁶ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v.12. p.134-144, mar., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p.137.

²⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p.104.

²⁷⁸ Ibid., p.107.

momento em que surge uma norma internacional, ela passa a produzir efeito imediatamente no direito interno”.²⁷⁹ Assim, “um ato internacional sempre prevalece sobre uma disposição normativa interna que lhe contradiz”.²⁸⁰

Vale ressaltar ainda, que não obstante a teoria monista internacionalista, vista anteriormente, seja avalizada pela majoritária doutrina, ainda há como considerar, no que diz respeito aos direitos humanos, uma variação desta teoria clássica: o monismo internacionalista dialógico, proposto pelo professor Valerio Mazzuoli.²⁸¹ Esta variação surge porque a doutrina monista internacionalista não diferencia as normas internacionais pelo seu conteúdo, sendo intransigente na prevalência da norma externa sobre a interna, mesmo quando esta é mais benéfica.

Desta forma, para o monismo internacionalista dialógico é possível a prevalência, excepcionalmente, de uma norma interna mais benéfica sobre um tratado de direitos humanos. Esta possibilidade deriva de uma norma de interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que contempla o diálogo internormativo e o princípio internacional *pro homine* ou princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, dispostos, respectivamente, nas alíneas b e c, do Art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; [...]

Portanto, embora possa parecer, a primeira vista, o monismo internacionalista dialógico não contraria o monismo internacionalista, isto porque “[...] a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar [...] uma hierarquia, típica do monismo

²⁷⁹ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v.12. p.134-144, mar., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p.138.

²⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.107.

²⁸¹ Ibid.

internacionalista, contudo mais fluida”.²⁸² Desta forma, o monismo internacionalista dialógico é uma variação do monismo internacionalista, mas com dialogismo. Diante do exposto, no ordenamento jurídico brasileiro prevalece o monismo internacionalista, sem esquecer-se da sua vertente dialógica quando se tratar de matéria jus-humanista.

Portanto, tratar a Lei nº 13.123/15 como o marco regulatório da biodiversidade, além de pretensioso, é tecnicamente incoerente. Isto porque, ignora todas as outras normas, internas e externas, que versam sobre o assunto. Isto se torna mais significativo ao analisar a questão à luz do monismo internacionalista e da supralegalidade das normas internacionais, como será esmiuçado mais adiante.

Destarte, o mito do marco legal da biodiversidade parece ter uma função política, com forte influência neoliberal, de impor a lei em questão fora do contexto normativo, com o pretexto falacioso de “flexibilizar” as normas para incentivar a pesquisa com o patrimônio genético brasileiro. Quando na verdade o objetivo é facilitar a apropriação da biodiversidade nacional pelos grandes grupos farmacêuticos e agroquímicos transnacionais. Assim, é um discurso político para justificar o novo colonialismo biocultural.

Apesar desta crítica, as referências ao marco legal da biodiversidade nesta tese, se referem à Lei nº 13.123/15.

*

* *

²⁸² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.113.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUPRALEGALIDADE DA LEI Nº 13.123/15

Embora nesta tese seja trabalhado a (in)convencionalidade de uma norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos aprovado sem o quorum qualificado, neste capítulo, também serão abordadas as outras situações em que pode ocorrer o controle de convencionalidade. Assim, serão vistos os possíveis controles de convencionalidade diante de tratados de direitos humanos formalmente constitucionais, bem como daqueles aprovados sem o quorum qualificado. Neste último caso os tratados podem ter natureza materialmente constitucional, se adotada a teoria da constitucionalidade, ou supralegal, adotando-se a teoria da supralegalidade, seguida pelo STF, conforme será discutido a seguir.

4.1 A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

A atual discussão sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro deriva da dificuldade hermenêutica do texto constitucional. Isto é, a Lei maior brasileira não esclarece expressamente a natureza jurídica desta espécie de norma.

Diante disso, desde o fim do século passado, tal questão tem sido discutida, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, é possível identificar quatro posicionamentos quanto à natureza jurídica das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio. O primeiro configura a tese da hierarquia supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos.²⁸³ O segundo se refere à tese da igualdade entre tratado e a lei. Isto é, equipara os tratados internacionais à lei ordinária.²⁸⁴ O terceiro se consubstancia na tese da supralegalidade, na qual a norma externa está acima da infraconstitucional, mas abaixo da constituição.²⁸⁵ Por fim, o quarto se caracteriza na tese da hierarquia constitucional.²⁸⁶

²⁸³ Cf. MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.01-29.

²⁸⁴ Tese adotada pelo STF anteriormente a 3 de dezembro de 2008.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

²⁸⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: nº 51/52, p.81-102, jan./dez., 1999. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf> >. Acesso em: 27 jul.

Para iniciar a análise é importante frisar que a tese da hierarquia supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos não é uma novidade. Embora já tenha sido defendida tanto pela doutrina estrangeira, quanto pela nacional, nunca teve grande adesão dos doutrinadores brasileiros, não obstante o ilustre jurista brasileiro Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello a tenha defendido. Em linhas gerais, esta tese prevê que as normas internacionais alcançam um grau de superioridade acima da Constituição.

Os juristas lusitanos, André Roberto Delaunay Gonçalves Pereira e Canuto Joaquim Fausto de Quadros, defendem a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Entendem que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁸⁷ de 1969, em seu Art. 27, subordina as Constituições dos Estados aos tratados internacionais, uma vez que dispõe que “[...] uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]”.²⁸⁸ Assim, conferem ao “[...] Direito Internacional convencional grau supraconstitucional na ordem interna dos Estados [...]”.²⁸⁹

Desta forma, para esta corrente “[...] as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional [...] e supraconstitucional”.²⁹⁰ Assim, para os defensores desta tese, “a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano [...]”²⁹¹. Além disso, para esta posição a “[...] norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional

2017. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

²⁸⁷ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

²⁸⁸ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

²⁸⁹ PEREIRA, André Roberto Delaunay Gonçalves; QUADROS, Canuto Joaquim Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 120.

²⁹⁰ GORDILLO, Agustín. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.68.

²⁹¹ RANGEL, Vicente Marotta. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.70.

constitucionalizada.”²⁹² Ademais, entendem que tal hierarquia “[...] deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*.”²⁹³ Neste sentido, comenta o doutrinador argentino Agustín Gordillo:

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos como hipótesis o conjetura básica,² como concepto fundante³ del nuevo sistema⁴ u orden jurídico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno para la Constitución nacional.²⁹⁴

Já a tese da igualdade entre tratado e a lei, configurou a posição dominante no STF até o final do século passado. Esta egrégia corte, anteriormente a 1988, entendia que os tratados internacionais estavam no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou perder aplicabilidade em favor de lei específica, conforme se depreende do Recurso Extraordinário n° 80.004, julgado em 1º de junho de 1977:

Ementa – Convenção de Genebra, Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – Aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei n° 427, de 22.01.1969. Embora a **Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de Câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país**, disso decorrendo a constitucionalidade e a conseqüente validade do Dec-Lei n° 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. A nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso)²⁹⁵

Em tal posicionamento, “o STF preocupou-se com a manutenção dos conceitos de soberania supremacia da constituição e com o problema técnico da possibilidade de se denunciar o tratado”.²⁹⁶

²⁹² MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.19.

²⁹³ RANGEL, Vicente Marotta. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.70.

²⁹⁴ GORDILLO, Agustín et. al.. *Derechos humanos*. 6 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007. p. III-5.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 80.004/SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 1 de junho de 1977. *DJ*, vol. 01083-04, p.9433, 29 dez. 1977.

²⁹⁶ SIMON, Henrique Smidt. A natureza jurídica dos tratados de direitos humanos: a incompatibilidade sistêmica da supralegalidade e a necessidade de revisão do entendimento do supremo tribunal federal. *Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n° 42, p.99-120, 2013. p.100.

Quanto à terceira posição, a tese da suprallegalidade, esta surge no contexto da promulgação da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional (EC) nº 45, quando o debate foi intensificado. Entretanto, embora a inédita menção, feita pelo §2º, do art. 5º, do texto constitucional, de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²⁹⁷, tenha criado “[...] a expectativa de que a ratificação desses instrumentos internacionais pelo Brasil provocasse uma mudança no entendimento do STF”²⁹⁸, isto não ocorreu imediatamente.

Para a reavaliação de posição do STF nesta matéria, foi necessário que houvesse mudanças. Entre estas se destacam três importantes disposições sobre direitos humanos, acrescentadas no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45. A primeira diz respeito à previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados, em dois turnos, nas duas casas do Congresso Nacional, pelo quórum qualificado de três quintos dos membros, conforme disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição.²⁹⁹ A segunda se refere à constitucionalização da submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de acordo com o § 4º, do art. 5º, da Carta Magna.³⁰⁰ Por fim, a terceira disposição, prevista no § 5º, do art. 109, da Lei Maior³⁰¹, prevê um incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos.

Embora as três disposições trazidas pela EC nº 45 versem sobre temas diferentes, todas elas procuraram conferir maior importância constitucional ao direito internacional dos direitos humanos. Isto se deu através da possibilidade de conferir “[...] nível constitucional aos tratados sobre a matéria, da sujeição do país à

²⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

²⁹⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.217.

²⁹⁹ BRASIL, op. cit.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

jurisdição penal internacional e da criação de novos instrumentos para cumprir com as obrigações do Estado brasileiro [...]”³⁰² referente à tutela dos direitos humanos.

Diante desta nova conjuntura, em dezembro de 2008, em uma nova composição, o STF “[...] mudou o seu entendimento. Ainda sem reconhecer o caráter materialmente constitucional das normas internacionais de direitos humanos que não passem pelo procedimento formal do § 3º do artigo 5º³⁰³ da Constituição [...]”³⁰⁴, o Supremo “[...] recebeu-as com a dignidade de normas supralegais, hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores às demais normas do sistema interno.”³⁰⁵ Neste sentido, comenta brilhantemente o Professor Antonio Moreira Maués:

Antes de 1988, o STF havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº80.004 (J. 01/06/1977) de que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica. A necessidade de uma construção pretoriana [...] em dezembro de 2008 foi marcado por algumas mudanças que levaram o STF a reavaliar sua jurisprudência. Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para essas; a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional; e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos. Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, por meio da expressa possibilidade de atribuição de nível constitucional aos tratados sobre a matéria, da sujeição do país à jurisdição penal internacional e da criação de novos instrumentos para cumprir com as obrigações do Estado brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos [...] A posição adotada pela maioria do STF, no entanto, foi a tese da supralegalidade.³⁰⁶

Assim, em 3 de dezembro de 2008, o STF julgou conjuntamente os REs nº 466.343 e nº 349.703, bem como os HCs nº 87.585 e nº 92.566, proclamando “[...] uma das decisões mais históricas de toda sua jurisprudência. Finalmente nossa Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do

³⁰² MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.217-218.

³⁰³ Dispõe sobre a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados por um quórum qualificado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

³⁰⁴ SIMON, Henrique Smitd. A natureza jurídica dos tratados de direitos humanos: a incompatibilidade sistêmica da supralegalidade e a necessidade de revisão do entendimento do supremo tribunal federal. *Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, nº 42, p.99-120, 2013. p.101.

³⁰⁵ *Ibid.*, p.101.

³⁰⁶ MAUÉS, Antonio Moreira, op. cit., p.217.

que a lei ordinária.”³⁰⁷

Contudo, a votação não foi unânime. Embora todos os Ministros entendessem a necessidade de conferir uma posição privilegiada aos tratados internacionais de direitos humanos, superando a tese da legalidade ordinária, havia divergências quanto o nível hierárquico destes. Como nenhum dos membros da corte defendeu a tese da supraconstitucionalidade, os Ministros ficaram polarizados em dois entendimentos. Para alguns, que seguiram o voto do ministro Celso de Mello, os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados com o quorum qualificado disposto no § 3º do artigo 5º, da Constituição, teriam caráter formalmente constitucional, enquanto os aprovados sem o referido quorum seriam materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. Portanto, esta corrente defendia que o referido § 3º não veio retirar a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, mas reforçá-la, visto que não seria lógico tratar normas internacionais, que dispõem sobre a mesma matéria, em níveis hierárquicos diferentes. Contudo, a maioria dos Ministros entendeu pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.³⁰⁸

Assim, por cinco votos a quatro venceu a tese da supralegalidade, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, em face daquela que conferia valor constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, defendida pelo Ministro Celso de Mello. Desta forma, a nova interpretação dada pelo STF, a partir de dezembro de 2008, passou a configurar um marco da mudança de paradigma da natureza jurídica dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio.

Embora o avanço tenha sido tímido ao reconhecer a natureza supralegal, ao em vez da constitucional, das normas internacionais de direitos humanos, faz-se pertinente transcrever algumas destas decisões a fim de analisá-las:

EMENTA: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos

³⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. *Migalhas*. São Paulo, nº 4.166, 4 fev. 2009. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77587,81042-Controlde+de+convencionalidade+STF+revolucionou+nossa+piramide+juridica> >. Acesso em: 02 ago. 2017. ISSN 1983-392X.

³⁰⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.218.

Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (grifo nosso).³⁰⁹

O Recurso Extraordinário em questão, ao reconhecer a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, elevou, no caso em questão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos acima das leis infraconstitucionais conflitantes, como por exemplo, o Código Civil e o Decreto-Lei nº 911/69. Desta forma, o conflito entre normas internas e externas, torna inaplicável as normativas internas.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.³¹⁰

De igual sorte, esta decisão sujeita a interpretação do Art. 5º, LXVII e seus parágrafos ao Art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, o

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

Art. 5º, LXVII, que dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”³¹¹, deve ser interpretado à luz do dispositivo convencional, que determina que “ninguém deve ser detido por dívidas”³¹², salvo “[...] em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”³¹³

EMENTA: PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia.³¹⁴

Quanto aos *habeas corpus* em tela, é reconhecida a limitação da prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, com base na suprallegalidade do Pacto de São José da Costa Rica.

EMENTA: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.³¹⁵

Assim, diante destas decisões e de outras que as sucederam, o STF editou uma súmula vinculante sobre a matéria:

Súmula Vinculante 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.³¹⁶

Desta maneira, pelo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, prevalece a tese de que apenas os tratados de direitos humanos aprovados com o quorum qualificado do §3º, do art. 5º, do texto constitucional, possuem equivalência de emenda constitucional.³¹⁷ Portanto, os demais tratados, aprovados sem a maioria qualificada, possuem natureza suprallegal, o que torna “[...] inaplicável a legislação

³¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

³¹² OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 ago. 2017.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.566/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 05 jun. 2009.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-118*, 26 jun. 2009.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* nº 25. Tribunal Pleno, Brasília, DF, sessão plenária de 16 de dezembro de 2009, *DJe-238*, 23 dez. 2009.

³¹⁷ Atualmente já existe um tratado aprovado com o quorum qualificado, trata-se da Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência, aprovado em 2007 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.

infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão³¹⁸, caracterizando assim a inconvenção das leis que se opõem aos tratados internacionais de direitos humanos.

Contudo, é verdade que no caso das jurisprudências que tratavam sobre a possibilidade ou não da prisão do infiel depositário, analisadas anteriormente, “[...] apesar dos fundamentos distintos, todos os ministros do STF convergiram sobre a ilicitude da prisão do depositário infiel [...]”³¹⁹, o que evidencia que, na maioria dos casos, “[...] a opção pela tese da constitucionalidade ou da supralegalidade não levará a decisões diferentes.”³²⁰ Entretanto, “[...] uma consequência da tese da supralegalidade é negar que os tratados de direitos humanos possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade”³²¹.

Apesar desta limitação da tese da supralegalidade, ao analisar as decisões do STF, quanto ao infiel depositário, é possível verificar que esta corte “[...] não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base [...]”³²² na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Desta forma, o inciso LXVII, do Art. 5º, do texto constitucional, que dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação [...] do **depositário infiel**”(grifo nosso), teve invalidada sua força normativa. Isto porque, “[...] essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia, o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada [...]”³²³.

Assim, a análise da decisão do caso do depositário infiel demonstra que o STF, ao adotar a tese da supralegalidade, além de analisar a convencionalidade da norma interna, utilizou as normas internacionais de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional. Isto significa que os tratados de direitos humanos se consubstanciam em critérios hermenêuticos para determinar o

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

³¹⁹ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.219.

³²⁰ *Ibid.*, p.219.

³²¹ *Ibid.*, p.219.

³²² *Ibid.*, p.219.

³²³ *Ibid.*, p.219.

conteúdo das normas constitucionais. Além disso, ficou claro que utilizar os tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional ajuda na compatibilização entre as disposições constitucionais e internacionais, harmonizando esses conjuntos normativos com base na interpretação que a tutela mais efetiva dos direitos humanos.³²⁴

Quanto ao quarto posicionamento, a tese da hierarquia constitucional, esta se fundamenta na proteção constitucional dada aos direitos enunciados nos tratados internacionais. Ao inovar, a Constituição de 1988, atribuiu “[...] aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada: a hierarquia de norma constitucional.”³²⁵

Desta forma, “conjugando os artigos 1º, III, 4º e 5º, parágrafo 2º, outra conclusão não resta senão a aceitação pelo texto constitucional do alcance universal dos direitos humanos.”³²⁶ Assim, tal conclusão é fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), bem como naqueles que regem as relações internacionais brasileiras (Art.4º), em especial o insculpido no inciso II que determina a prevalência dos direitos humanos. Somando-se a isso, o §2º, do Art. 5º, prevê que “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”³²⁷ Portanto, todos os tratados de direitos humanos “[...] possuem, no mínimo, *status* de norma constitucional (por força do art. 5º, § 2º, da CF), podendo ter o *plus* da ‘equivalência’ de emenda constitucional (nos termos do art. 5º, § 3º, da CF).”³²⁸

Contudo, embora o atual entendimento do STF, pela supralegalidade, já seja um avanço, nesta tese, seguindo a tendência doutrinária atual mais abalizada, entende-se que qualquer tratado de direitos humanos possui status constitucional, independentemente do quorum qualificado de três quintos para aprovação, em cada

³²⁴ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.227-228.

³²⁵ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: nº 51/52, p.81-102, jan./dez., 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017. p.93.

³²⁶ *Ibid.*, p.93.

³²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

³²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.19.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, disposto no §3º, do art. 5º, do texto constitucional. Desta maneira, os tratados de direitos humanos que não sejam aprovados pelo quorum qualificado possuem natureza de norma materialmente constitucional, isto é, *status* de norma constitucional. Em contrapartida, os aprovados pela maioria qualificada, por serem equivalentes às emendas constitucionais, são materialmente e formalmente constitucionais. Assim, no primeiro caso, os tratados estariam sujeitos ao controle de convencionalidade difuso, enquanto no segundo, ao concentrado, conforme leciona o professor Valerio Mazzuoli:

[...] a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com quorum qualificado previsto expressamente na Constituição (art. 5º, §3º). Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma do controle difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após a sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, §3º, tais tratados serão materialmente e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade.³²⁹

Vale ressaltar ainda, que Mazzuoli entende, que os tratados internacionais comuns (que não versem sobre direitos humanos) possuem *status* supralegal, enquanto os tratados de direitos humanos aprovados sem o quorum qualificado possuem *status* de norma materialmente constitucional e, por fim, que os tratados de direitos humanos aprovados com o quorum do § 3º, do Art 5º possuem natureza de norma materialmente e formalmente constitucional.³³⁰

Embora o entendimento mais sedutor no aspecto jushumanista seja pela natureza constitucional de qualquer tratado internacional de direitos humanos, vale ressaltar, novamente, que não é este o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, conforme transcrito anteriormente, nem de parte da doutrina. Embora não seja unanime, prevalece nesta Corte que apenas os tratados de direitos humanos aprovados com o quorum qualificado do §3º, do art. 5º, do texto constitucional, possuem status constitucional. Por este motivo, nesta tese será focado

³²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p.137.

³³⁰ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

principalmente, e trabalhadas paralelamente, as naturezas constitucional e supralegal (entendimento do STF) dos tratados internacionais de direitos humanos.

Isto porque, ao comparar as teses da constitucionalidade e a da supralegalidade, é possível verificar que ambas “[...] abrem a possibilidade de que a Constituição – e não apenas as leis infraconstitucionais – seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos.”³³¹

Assim, pela tese da supralegalidade admite-se os tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado como equivalentes à emenda constitucional, por outro lado, aqueles que sejam aprovados sem o supracitado quorum são considerados supralegais. Portanto, na primeira situação admite-se controle de constitucionalidade (e/ou convencionalidade³³²) difuso e concentrado. Já na segunda, não há que se falar em controle de constitucionalidade, mas sim de convencionalidade ou supralegalidade, a fim de verificar a compatibilidade entre as normas externa e interna. Além disso, as normas internacionais de direitos humanos supralegais servem como parâmetros de interpretação constitucional.

Em contrapartida, pela tese da constitucionalidade, os tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado, também são considerados equivalentes à emenda constitucional, tendo natureza materialmente e formalmente constitucional, sendo, portanto, paradigma do controle concentrado e difuso de convencionalidade. Entretanto, aqueles aprovados sem o quorum qualificado possuem apenas natureza materialmente constitucional, constituindo paradigma do controle difuso de convencionalidade.

Portanto, no caso desta pesquisa, como o objeto é a inconveniência da Lei nº 13.123/15 perante tratados internacionais de meio ambiente aprovados sem o quorum qualificado, será demonstrado que, tanto pela teoria da supralegalidade, quanto pela da constitucionalidade, a norma interna em questão é inconveniente. Isto é, contraria diversos tratados de direitos humanos de natureza supralegal ou materialmente constitucional, dependendo da tese adotada.

³³¹ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013. p.220.

³³² Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Contudo, como a Lei nº 13.123/15 conflita com diversos tratados internacionais de meio ambiente, se faz necessário no momento demonstrar a natureza jurídica humanista dos tratados ambientais.

Portanto, neste momento, o objetivo é verificar a natureza jurídica dos tratados meio ambiente no direito interno, a fim de determinar que fazem parte do rol de tratados de direitos humanos. A partir disso, será possível classificar os tratados de meio ambiente aprovados sem o quorum qualificado como supralegais³³³ ou materialmente constitucionais.³³⁴

Desta forma, é necessário primeiramente analisar o bem ambiental na ordem constitucional pátria, verificando a jusfundamentalidade deste bem. Neste sentido, é importante afirmar que o Art. 225 da Carta Pátria trouxe uma nova realidade jurídica, disciplinando um bem intergeracional, essencial à sadia qualidade de vida humana e de uso comum do povo, mas que não é público, nem, muito menos, particular, rompendo, por definitivo, com a dicotomia entre público e privado que prevalecia nas ordens constitucionais anteriores. Desta maneira, este dispositivo constitucional, como comenta Fernando Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu, uniu a questão dos direitos fundamentais, difusos e das futuras gerações, surgindo assim uma nova compreensão do direito ao meio ambiente. Isto porque, este passa a ser considerado também um direito dos que ainda não nasceram, isto é, das futuras gerações. Assim, a “[...] dimensão da pessoa humana é projetada no futuro, não mais apenas como a dimensão civilista do nascituro, mas de toda uma futura (e ainda nem mesmo gestada) geração de pessoas humanas.”³³⁵ Desta forma, “[...] não é mais um interesse do indivíduo contra o Estado, ou inerente apenas a certa coletividade, mas um interesse difuso e que abrange não apenas as atuais, mas as futuras gerações [...]”³³⁶

Portanto o bem ambiental surge do somatório de duas características. A primeira diz respeito ao fato de ser um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado, dentro dos limites constitucionais, por toda e qualquer pessoa, como anteriormente comentado. A segunda refere-se a ser um bem essencial à sadia

³³³ Pela tese da supralegalidade.

³³⁴ Pela tese constitucional.

³³⁵ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *Revista de Direito Ambiental*, ano 10, nº 38, São Paulo, Revista dos Tribunais: abril-junho de 2005. p.103-104. ISSN 1413-1439.

³³⁶ *Ibid.*, p.103-104.

qualidade de vida, o que importa a satisfação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, no caso, o da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III, do Art. 1º, da Lei maior.

Desta maneira, o bem ambiental, apesar de ser de uso comum do povo, não é um bem público, nem, tão pouco, privado, mas difuso, como já discutido anteriormente. Trata-se, na verdade, de um bem que pode ser utilizado por todo o povo, independentemente da sua nacionalidade ou residência. Isto significa dizer que, uma vez em território nacional, todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil, podem, dentro dos limites legais, desfrutar deste bem ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, dissociado dos poderes que o titular da propriedade possui, tais como aqueles elencados no Art. 1.228 do Código Civil, que se referem à faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, o legislador constituinte, diante da natureza difusa deste bem ambiental, de uso comum do povo, atribui à coletividade apenas o seu uso. Porém não é qualquer forma de uso, mas apenas o uso sustentável, isto é, aquele que garanta às próximas gerações, pelo menos, as mesmas condições que as presentes desfrutam.

Desta forma, o legislador constituinte destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, o direito de uso, e o transporta ao Art. 225 da Carta Magna, de maneira que, sendo bem de uso comum do povo, todos podem utilizá-lo, mas ninguém pode dispor dele ou transacioná-lo. Neste sentido, a característica do bem ambiental ser de uso comum do povo, isto é, de todos, amplia a natureza jurídica do bem ambiental, de público, como outrora, para difuso, na contemporaneidade, dentro de uma nova concepção constitucional, inaugurada pela carta de 1988.

Além disso, como abordado anteriormente, o bem ambiental é fruto do somatório de duas características: a primeira diz respeito ao fato de ser de uso comum do povo; a segunda se refere a sua essencialidade à sadia qualidade de vida. Portanto, a estrutura de bem ambiental, prevista constitucionalmente, só se concretiza diante da imprescindível presença simultânea destas duas facetas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante disso, é oportuno delimitar, no ordenamento positivo, os bens essenciais à sadia qualidade de vida. Estes se consubstanciam naqueles bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, conforme os fundamentos

da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, como disposto no inciso III, do Art. 1º, da Carta Magna.

Desta forma, a sadia qualidade de vida se configura diante da dignidade da pessoa humana, o que comporta o bem-estar. Assim, uma vida digna exige que o Estado assegure direitos fundamentais, como saúde, educação, alimentação, segurança, lazer, entre outros direitos sociais, indispensáveis à configuração de uma vida digna. Neste sentido, é necessário o atendimento dos valores fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, como “[...] educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”(grifo nosso).³³⁷

Assim, devido a característica transversal do direito ambiental, este vai buscar nas Ciências da Saúde fundamentos que corroboram com esta abordagem. Assim, Luis Salvador de Miranda Sá Junior, no Jornal do Conselho Federal de Medicina, afirma que a concepção atual de saúde vai além da ausência de enfermidade, mas consubstancia-se no bem-estar, conforme diretrizes da Organização Mundial da Saúde:³³⁸

A Organização Mundial da Saúde (OMS), organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas, fundado em 1948, define saúde como ‘estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidade ou invalidez.’ A referência à ausência de enfermidade ou invalidez é componente essencial deste conceito de saúde e dele não deve ser separado sob pena de reduzi-lo à total utopia. Principalmente do ponto de vista médico. [...] Já ia avançado o século XX quando a concepção de saúde foi mudada para bem-estar, além de ausência de enfermidade. É inegável que tal mudança constituiu um avanço.

Destarte, não é possível haver vida digna, sem saúde; nem, tão pouco, saúde, sem meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a saúde liga o bem ambiental aos direitos fundamentais, como característica de sua natureza jurídica binária. Desta maneira, a natureza jurídica do bem ambiental se consubstancia, ao mesmo tempo, em direito difuso e em direito fundamental, correspondendo, respectivamente, às suas duas características: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

³³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

³³⁸ SÁ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda. Desconstruindo a definição de saúde. *Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)*, jul-set de 2004. p.16.

Intensamente debatido pela doutrina nacional e internacional, o direito ao meio ambiente enquanto direito fundamental tem sido freqüentemente reconhecido, porém por duas vias distintas, mas congruentes. A primeira procura introduzir um novo direito fundamental, o direito ao meio ambiente. A segunda busca atribuir ao meio ambiente o *status* de direito fundamental, geralmente social, através da interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, como o direito à saúde, no caso brasileiro, como será visto a seguir.

Neste diapasão, como o direito ao ambiente equilibrado não se encontra expressamente no rol dos direitos sociais, ou de qualquer outro considerado fundamental, mas sim no Título VIII da Carta Magna, que trata da ordem social, pode surgir a dúvida se este se enquadra nos valores mínimos fundamentais.

Destarte, é importante frisar que, embora este direito não esteja disposto no Título II da Carta Magna, que trata dos direitos e garantias fundamentais, este também é considerado um direito fundamental, através da via interpretativa, justamente por ser essencial à sadia qualidade de vida, e, portanto, imprescindível à vida digna.

Desta forma, comenta Carlos Theodoro J. Hugueney Irigaray que “a Constituição Federal reconhece o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como um direito fundamental impondo, sobretudo ao Poder Público, um elenco de tarefas, visando a concretização desse direito.”³³⁹

No mesmo sentido, aborda Patryck de Araújo Ayala (2007, p. 371) sobre as decisões pioneiras do Supremo Tribunal Federal brasileiro que reconhecem o meio ambiente como bem jurídico e direito fundamental:

A relevância das decisões está no fato de se ter definida a condição especial do meio ambiente como bem jurídico, e em saber qual é o significado do direito fundamental protegido pela Constituição. Conquanto o julgamento do RE 134297-8/SP tenha inaugurado a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, o desenvolvimento do seu significado diferenciado somente foi realizado no julgamento do MS 22.164/DF, no qual, pela primeira vez, o STF reconhecera expressamente características essenciais do bem ambiental, tal como proposto pela Constituição brasileira [...].³⁴⁰

³³⁹ IRIGARAY, Carlos Teodoro J. Hugueney. Aspectos constitucionais da proteção de unidades de conservação. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin (org.). *Direito Ambiental em Debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p.82.

³⁴⁰ AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.371. ISBN 978-85-020-6152-1.

Não é diferente a posição de Paulo de Bessa Antunes ao abordar o direito ao meio ambiente como uma *res comune omnium*³⁴¹ e essencial a sadia qualidade de vida, e, portanto, como um direito humano fundamental:

No regime constitucional brasileiro, o artigo 225 da CF impõe a conclusão de que o direito ao ambiente prístino é um dos direitos humanos fundamentais. É, o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto, é *res comune omnium*, interesse comum [...] Uma consequência lógica da identificação do direito ao ambiente como um direito humano fundamental, conjugada com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é que no centro gravitacional do DA se encontra o Ser Humano.³⁴²

Neste mesmo sentido comenta José Afonso da Silva que a tutela ambiental visa proteger a qualidade de vida humana como uma forma de direito fundamental da pessoa humana: (2009, p.58):

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.³⁴³

Da mesma forma, Valerio Mazzuoli relaciona os direitos ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida como fundamento para considerar o meio ambiente um direito fundamental da pessoa humana:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, tem por finalidade tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à sadia qualidade de vida, em todos os seus desdobramentos, sendo considerado uma das vertentes dos direitos fundamentais da pessoa humana.³⁴⁴

De igual forma aborda a doutrina lusitana, conforme se verifica na argumentação de Vasco Pereira da Silva (2000, p. 17) ao ligar a proteção ecológica à dignidade humana:

Ao fazer radicar a protecção da ecologia na dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de direitos fundamentais, é devidamente reconhecida a dimensão éticojurídica das questões ambientais. Mas, simultaneamente, tal opção implica ainda o afastamento de visões ambientalistas `totalitárias`, viradas para a protecção maximalista do ambiente mesmo à custa do sacrifício de outros direitos fundamentais. [...] a realização do Estado de Direito Ambiental vai obrigar à conciliação dos direitos fundamentais em matéria de ambiente com as demais posições jurídicas subjectivas constitucionalmente fundadas, quer se trate de direitos

³⁴¹ Coisa comum a todos.

³⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.17. ISBN 978-85-375-0616-5.

³⁴³ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7 ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2009. p.58. ISBN 85-7420-898-1.

³⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p.1090.

de primeira geração, como a liberdade e a propriedade, quer se trate de direitos fundamentais da segunda geração, como os direitos económicos e sociais [...].³⁴⁵

Em consonância com a doutrina brasileira, Vasco Pereira da Silva também relaciona os direitos fundamentais ao meio ambiente, ao afirmar que “[...] verdes são também os direitos do Homem”.³⁴⁶

Do que fica dito se pode concluir que o recurso ao direito fundamental ao ambiente e a utilização da técnica da relação jurídica (bilateral e multilateral) permitem-nos enquadrar todo o universo das ligações jurídicas neste domínio, as quais podem ser estabelecidas apenas entre sujeitos privado, apenas entre sujeitos públicos, entre um sujeito público e um sujeito privado, ou ainda entre múltiplos sujeitos privados e públicos. Assim, verdes são também os direitos do Homem, pois eles constituem o fundamento de uma protecção adequada e completa do ambiente, respondendo aos `novos desafios´ colocados pelas modernas sociedades, sempre em busca da realização da dignidade da pessoa humana.³⁴⁷

Ainda na doutrina portuguesa, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece o direito ao ambiente como um direito subjectivo fundamental:

Esta definição permitirá, sem mais delongas, defender que o direito ao ambiente será um direito subjectivo nos ordenamentos constitucionais da Espanha e de Portugal [...] qual a natureza desse direito subjectivo? Pela localização sistemática do direito ao ambiente na Constituição Portuguesa, ele é um direito subjectivo do tipo dos direitos económicos, sociais e culturais.³⁴⁸

Por fim, a doutrina alemã segue o mesmo caminho, ou melhor, Robert Alexy vai mais além ao afirmar que o direito fundamental ao meio ambiente corresponde a um direito fundamental completo:

Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente, que não raro é classificado como um direito fundamental social, ou ao menos como algo a ele próximo. Uma análise mais detida demonstra que esse direito, não importa se introduzido como um novo direito fundamental no catálogo de direitos ou atribuído por interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, tem uma estrutura muito diferente daquela de um direito como o direito à assistência social, que essencialmente se esgota em um simples direito a uma prestação fática. **Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou de direito fundamental completo.** Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de

³⁴⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes são também os direitos do homem: responsabilidade administrativa em matéria ambiental*. Lisboa: Principia. Coimbra: Coimbra, 2000. p.17. ISBN: 972-8500-31-9.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.22.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.22.

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1 ed., 3 tir., São Paulo: Revista dos tribunais; Portugal: Coimbra, 2008. p.184-185.

terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática). (grifo nosso)³⁴⁹

Assim, é relevante observar que Robert Alexy (2008, p.252) define o direito fundamental completo como sendo “[...] um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a uma disposição de direito fundamental.”

Desta maneira, é possível verificar que o Art. 225 da Carta Magna brasileira liga, diretamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio da República Federativa do Brasil, disposto no seu Art. 1º, III, bem como ao direito fundamental à saúde, conforme seu Art. 6º. Assim, somando-se a este feixe de direitos, se verifica, no dispositivo constitucional que trata do meio ambiente, todos os direitos elencados por Robert Alexy, tais como os direitos a defesa, a proteção, a procedimentos e a prestação fática, entre outros.

Destarte, fica patente que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se configura em um direito fundamental completo da pessoa humana, o que o liga ao conceito de direitos humanos. Isto porque, os direitos fundamentais se dão quando a proteção jurídica dos direitos das pessoas provém da ordem interna. Em contrapartida, quando os direitos dos cidadãos são protegidos pela ordem internacional, se está diante de direitos humanos.³⁵⁰

Assim, no ordenamento jurídico internacional a positivação do direito ao meio ambiente com *status* de direito humano fundamental está disposta no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972:

Princípio 1 - **O homem tem o direito fundamental** à liberdade, à igualdade e ao desfrute de **condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar**, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas. (grifo nosso)³⁵¹

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. alemã, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 443.

³⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3 ed.. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016. p.24.

³⁵¹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração de Estocolmo sobre Ambiente Humano*. Estocolmo: ONU, 1972.

Por sua vez, o direito ao meio ambiente sadio foi assegurado pela primeira vez, em um sistema regional de direitos humanos, no sistema interamericano de direitos humanos. Isto se deu através do Protocolo de San Salvador,³⁵² assinado em 17 de novembro de 1988, que, em seu Art. 11, §§ 1º e 2º, garantiu a todas as pessoas o direito ao meio ambiente sadio, bem como incumbiu os Estados Partes da sua proteção:

Artigo 11 - Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.³⁵³

Diante do exposto, fica claro que os tratados de meio ambiente, são considerados também de direitos humanos. Desta forma, possuem, dependendo da tese adotada, natureza jurídica supralegal ou *status* de norma constitucional, com hierarquia somente material, já que não há no Brasil nenhum tratado de meio ambiente aprovado pelo quorum qualificado do §3º, do Art. 5º, do texto constitucional.

Desta forma, definida as normas internacionais de meio ambiente como jushumanistas, se faz necessário no momento estudar os controle jurisdicional de convencionalidade e supralegalidade. Isto é necessário, a fim de que, por fim, possa ser demonstrada a inconvenção da Lei nº 13.123/15.

4.2 O controle jurisdicional da convencionalidade e supralegalidade

Conforme comentado no item 4.1, sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, estes podem ter natureza materialmente e formalmente constitucionais, tendo equivalência à emenda constitucional, quando aprovados com o quorum do § 3º, do Art. 5º do texto constitucional ou podem ter natureza supralegal (posição do STF) ou *status* constitucional, sendo apenas materialmente constitucionais, quando aprovados sem o referido quorum. Tal sistemática, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC nº 45), “[...] trouxe ao direito

³⁵² Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17 de novembro de 1988. Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

³⁵³ OEA. Organização dos Estados Americanos. *Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. San Salvador, El Salvador: 1988.

brasileiro um novo tipo de controle das normas de direito interno, até hoje pouco conhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis.”³⁵⁴

Portanto, fica claro que, a partir da EC nº 45, se os tratados de direitos humanos podem ter duas naturezas jurídicas distintas, isto é, podem ser “[...] materialmente constitucionais (Art. 5º, § 2º) ou materialmente e formalmente constitucionais (Art. 5º, § 3º) [...]”³⁵⁵ deva existir mais uma forma de controle das normas internas, além do controle de constitucionalidade. Esta forma é justamente o “[...] `controle de convencionalidade´ das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.”³⁵⁶

Contudo, vale comentar que “a expressão `controle de convencionalidade´ foi utilizada, pela primeira vez, pelo Conselho Constitucional Francês (na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975 [...]).”³⁵⁷ Esta decisão “[...] tratava da análise de constitucionalidade de uma lei que versava sobre a interrupção voluntária da gestação [...],³⁵⁸ tratando assim da possibilidade ou não “[...] de violação do `direito à vida´, assegurado no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada e reconhecida pelo Estado Francês).”³⁵⁹

Já o início da construção jurisprudencial do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo Lopes e Chehab,³⁶⁰ remonta o caso *Las Palmeras versus Colombia*, quando, pela primeira vez, a referida corte realizou o controle de convencionalidade das normas internas de um Estado:

Quando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de

³⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.139.

³⁵⁵ Ibid., p.139.

³⁵⁶ Ibid., p.139.

³⁵⁷ CHAVES, Denilson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan.-abr. 2016. p.90. ISSN 2238-0604.

³⁵⁸ Ibid., p.90.

³⁵⁹ Ibid., p.90.

³⁶⁰ LOPES, Ana Maria D´Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. p.6. ISSN 2238-0604.

paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.³⁶¹

Desta forma, pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) todos os Estado que fazem parte da Convenção Americana e tenham aceitado a competência da referida corte ficaram sujeitos a terem qualquer uma das suas normas jurídicas submetidas a um exame de compatibilidade com a Convenção Americana. Assim, pode-se entender esta decisão como a precursora para o controle de convencionalidade, que seria inaugurada na Corte IDH posteriormente.

Contudo, “o início da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana sobre a obrigatoriedade do controle interno de convencionalidade deu-se no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* [...]”.³⁶² Assim, “[...] a doutrina dominante considera o caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* [...] como o primeiro, tendo em vista a Corte IDH ter usado pela primeira vez a expressão controle de Convencionalidade”,³⁶³ bem como ter estendido o controle de convencionalidade para qualquer tratado internacional da mesma natureza da Convenção Americana, ou seja, para todos os tratados de direitos humanos:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando **un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (grifo nosso)³⁶⁴

³⁶¹ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras v. Colombia*, julgado em 4 de fevereiro de 2000. p.11. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

³⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.46.

³⁶³ LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. p.6-7. ISSN 2238-0604.

³⁶⁴ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006. p.53. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

De fato, esta sentença inaugura o controle de convencionalidade na Corte IDH. Assim, a Corte IDH reafirma a submissão dos Estados e seus juízes aos tratados internacionais como a Convenção Americana (isto é, aos tratados de direitos humanos de forma geral). Além disso, os obrigam a assegurar que os efeitos das disposições das convenções não sejam afetados pela aplicação das leis contrárias aos seus objetos e finalidades. Em outras palavras, a Corte IDH afirmou que o Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade.

Note bem que a Corte IDH se refere a ratificação de “[...] um tratado internacional, **como** a Convenção Americana [...]” (grifo nosso).³⁶⁵ Isto significa uma referência aos tratados internacionais de direitos humanos, pois é esta a natureza da Convenção Americana. Esta é apenas um exemplo dado pela corte, que se referia ao caso concreto em julgamento. Contudo fica claro que a Corte IDH entende que o Judiciário deve controlar a convencionalidade de qualquer tratado de direitos humanos.

Vale ressaltar, ainda, que o controle de convencionalidade foi aplicado em face do Brasil no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil. Na sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que “[...] as leis de anistia (no Brasil, trata-se da Lei n.º 6.683/79) são inválidas (não obstante vigentes) [...]”.³⁶⁶ Esta decisão se deu em função dos “[...] atos desumanos, generalizados ou sistemáticos, praticados contra a população civil, durante a ditadura militar, pelos agentes públicos ou [...] com conhecimento desses agentes”.³⁶⁷ Isto demonstra a aplicação da inconvenção das leis pelo Corte IDH diante de violações aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

6. Mesmo as Constituições nacionais hão de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção [...] A convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, "foram concebidos e adotados com base na

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs.. Brasil*, 24 nov. 2010. Disponível em: <file:///E:/DOCTORADO/TESE/material/CASO%20GOMES%20LUND%20E%20OUTROS%20(%E2%80%9CGUERRILHA%20DO%20ARAGUAIA%E2%80%9D)%20VS.%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2016.

³⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. A lei da anistia viola convenções de direitos humanos. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 mar. 2011. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos#_ftnref2_4184>. Acesso em: 5 jun. 2016.

premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais, e não vice-versa”.³⁶⁸

Desta forma, a partir de então impera a obrigatoriedade de que todos os agentes públicos observem o controle de convencionalidade, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos “[...] equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos”.³⁶⁹ Portanto, todas as esferas nacionais e os poderes públicos e, portanto, seus agentes, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.³⁷⁰

Com o desenvolver da doutrina e jurisprudência o controle de convencionalidade foi ganhando novas nuances. No Brasil o julgamento dos casos sobre o cabimento ou não de prisão civil do infiel depositário,³⁷¹ introduziu o controle de convencionalidade no direito brasileiro, não obstante já houvesse vozes doutrinárias e a própria jurisprudência da Corte IDH.

Contudo, para aprofundar-se no tema, é necessário primeiro fazer algumas digressões sobre a vigência e validade das leis. Tal questão é importante pois “a doutrina não logrou ainda estabelecer uma nítida diferenciação entre existência e validade.”³⁷² Na verdade ainda existe confusões doutrinárias a este respeito em função da teoria positivista clássica kelsiana, que confunde vigência com validade. Portanto, é “[...] notório que a dogmática positivista clássica confunde vigência com a validade da norma jurídica.”³⁷³

Assim, “o projecto positivismo clássico (positivismo legalista) confundia os planos da vigência e da validade. Dizia-se que lei vigente é lei válida, desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração.”³⁷⁴ Desta forma, “de acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida e

³⁶⁸ CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”)* vs.. *Brasil*, 24 nov. 2010. Disponível em: <file:///E:/DOUTORADO/TESE/material/CASO%20GOMES%20LUND%20E%20OUTROS%20(%E2%80%9CGUERRILHA%20DO%20ARAGUAIA%E2%80%9D)%20VS.%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2016.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ Em 3 de dezembro de 2008 o STF julgou conjuntamente os RE nº 466.343, RE nº 349.703, HC nº 87.585 e HC nº 92.566.

³⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.98.

³⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.140.

³⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. *Migalhas*. São Paulo, 23 mar. 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37149,61044-Vigencia+e+validade+da+lei>. Acesso em: 07 ago. 2017. ISSN 1983-392X.

mesmo quando incompatível com a Constituição [...]”³⁷⁵, e, portanto, “[...] a lei vigente, continuaria válida até que fosse revogada por outra lei. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação).”³⁷⁶

Desta maneira, em função da influência clássica kelsiana e bobbiana, até pouco tempo, fazia-se uma confusão entre vigência e validade, presumindo que todas as leis vigentes eram também válidas, o que não procede. Em função disso, confundia-se também invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes.

Entretanto, no direito pós-moderno, em um constitucionalismo garantista, não se pode confundir a vigência com validade de uma lei. Vigência é apenas a existência formal da norma, que diz respeito com a forma dos atos normativos que a constituíram. Assim, Ferrajoli comenta que vigência é somente a “[...] validade formal das normas [...] satisfeitas pela conformidade das decisões produzidas com as regras que determinam as suas formas democráticas [...]”³⁷⁷, isto é, apenas a regularidade do ato normativo. Portanto, para que uma lei entre em “[...] vigor basta ser aprovada pelo Parlamento, sancionada e publicada no Diário Oficial. Uma vez publicada e passado o período de vacância, caso exista, inicia sua vigência.”³⁷⁸ Já a validade material consiste na sua compatibilidade com a Constituição e com o Direito Internacional. É o que Ferrajoli chama de validade substancial, que corresponde a coerência “[...] aos significados ou da substância das decisões produzidas, com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos.”³⁷⁹

Desta forma, o constitucionalismo garantista rompe com o paradigma do positivismo clássico, distinguindo a vigência da validade, como exposto acima. Contudo, em primeiro lugar, é preciso afirmar o óbvio: apenas pode ser válida a lei vigente. Entretanto, apenas a vigência não é suficiente para conferir validade à norma. É necessário que esta conte também “[...] com compatibilidade vertical com a Constituição (ou seja: a lei que atende às exigências formais e materiais

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.55.

³⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio, op. cit.

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.55.

decorrentes da Magna Carta) bem como com o Direito internacional (que goza de *status* supralegal [...]).³⁸⁰

Portanto, a invalidade da norma deve ser declarada quando se reconhece sua inconstitucionalidade ou sua inconvencionalidade, decorrente de uma antinomia com uma norma de Direito internacional. Assim, a inconstitucionalidade ou a inconvencionalidade (decorrente de tratados de direitos humanos equivalentes à emenda constitucional) ocorre de forma concentrada, tendo, eficácia *erga omnes*. De forma semelhante, diante do controle difuso de constitucionalidade ou de convencionalidade (no caso de tratados de direitos humanos supralegais ou com *status* constitucional, a depender da tese adotada) a invalidade é declarada, somente em relação a um caso concreto, tendo sua eficácia apenas *inter partes*, salvo se em sede de Recurso Extraordinário. Destarte, independentemente das formas descritas acima, declarada inválida uma lei, esta já não pode ser aplicada, para todos ou para um caso concreto. Desta forma, a lei declarada inválida continua vigente, mas sem validade, não podendo ter aplicação concreta.³⁸¹

Superada esta questão é possível analisar o controle de convencionalidade no direito brasileiro. Para tanto, é preciso ter em mente que para a solução das antinomias entre normas externas e internas, as leis brasileiras, como comentado anteriormente, estão sujeitas a dois tipos de controle vertical: de constitucionalidade; e de convencionalidade. Assim, Mazzuoli leciona que [...] a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país.³⁸² Desta forma, como o objeto desta tese versa sobre a antinomia de uma lei com tratados de direitos humanos, será tratado aqui sobre o primeiro limite apenas.

Assim, o primeiro limite corresponde à Constituição e aos tratados de direitos humanos. Quanto à Lei maior não há discussão, a incompatibilidade desta com uma norma, sujeita esta ao controle de constitucionalidade, seja este concentrado, com efeito *erga omnes*, ou difuso, com efeito *inter partes*, exceto no caso de Recurso

³⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. *Migalhas*. São Paulo, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37149,61044-Vigencia+e+validade+da+lei>>. Acesso em: 07 ago. 2017. ISSN 1983-392X.

³⁸¹ GOMES, Luiz Flávio, op. cit.

³⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p.137.

Extraordinário, quando pode ter efeito erga omnes. Entretanto, os tratados de direitos humanos, por sua vez, podem ter sido aprovados ou não com quorum qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição.

Neste caso, os tratados jus-humanistas aprovados e ratificados conforme a sistemática do §3º, do art. 5º, do texto constitucional, são considerados materialmente e formalmente constitucionais, servindo, assim, paradigmas do controle concentrado de convencionalidade, e, é claro, do difuso também.³⁸³

Já aqueles aprovados sem a maioria qualificada, possuem natureza supralegal (entendimento do STF) ou, na visão de Mazzuoli, *status*, apenas, de norma materialmente constitucional, sendo, portanto, em ambos os casos, paradigmas do controle difuso de convencionalidade, mesmo que se admita apenas a natureza supralegal destes. Isto porque o STF admitiu que “[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos [...] tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”³⁸⁴

Contudo, vale ressaltar que, nem tudo que é recebido pela Constituição é convencional e válido, porque agora as leis devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais. Portanto, uma lei pode ser constitucional, mas, ao mesmo tempo, inconvençãoal. Assim, tanto no caso de inconstitucionalidade como na hipótese de inconvençãoalidade, a lei está passível de perder sua validade, como discutido em face da Lei 13.123/15 nesta tese.

Portanto, é possível determinar que o controle de convencionalidade é restrito para os casos de incompatibilidade com tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, sejam eles formalmente constitucionais ou não. Assim, Mazzuoli afirma poder “[...] objetar ser propriamente controle de constitucionalidade o exercício em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, §3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional.”³⁸⁵ Assim, o referido doutrinador entende que “[...] apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito.”³⁸⁶ Polêmica a parte, esta

³⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p.137.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

³⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.125.

³⁸⁶ *Ibid.*, p.125-126.

pesquisa não entrará mais a fundo nesta questão, na medida que o objeto desta tese configura a incompatibilidade de uma norma infraconstitucional com tratados de direitos humanos supralegais ou materialmente constitucionais.

Diante disso, a discussão em tela da convencionalidade versa, principalmente, sobre os tratados de direitos humanos aprovados sem o quorum qualificado, mas que, por força do § 2º, do Art. 5º, do texto constitucional integram um bloco de constitucionalidade, composto por normas materialmente constitucionais.

Assim, Lopes e Chehab definem o bloco de constitucionalidade “[...] como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional.”³⁸⁷

Neste sentido, a existência de um bloco de constitucionalidade no Brasil advém da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “[...] mais precisamente ao art. 5º, §2º [...]”³⁸⁸, que considera “[...] a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos no texto constitucional, isto é, de normas materialmente constitucionais.”³⁸⁹ Assim, Canotilho também defende que a previsão constitucional de uma cláusula aberta fundamenta a existência de direitos fundamentais materialmente constitucionais.³⁹⁰

Portanto, “a compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade.”³⁹¹ Ressalta-se, ainda, que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judiciário brasileiro, no caso, é claro, dos tratados aos quais o país está vinculado, conforme a jurisprudência da Corte IDH, comentada anteriormente.

Desta forma o controle de convencionalidade pode ser exercido de forma difusa, onde qualquer juiz ou tribunal tem o direito-dever de averiguar a

³⁸⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. p.2. ISSN 2238-0604.

³⁸⁸ *Ibid.*, p.2.

³⁸⁹ *Ibid.*, p.2.

³⁹⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.174.

compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos. Assim, “desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais [...] ou regionais [...] ou mesmo os tribunais superiores [...] todos eles podem (devem) controlar a convencionalidade [...] das leis pela via incidente (difusa).”³⁹² Assim, é deste controle difuso de convencionalidade que esta tese trata, uma vez que questiona-se a convencionalidade de uma lei em face de diversos tratados de direitos humanos supralegais (pela entendimento do STF) ou materialmente constitucionais (pela tese constitucional).

Contudo, é claro, que também existiu o controle de convencionalidade concentrado no STF, aplicável, apenas, no caso de tratados de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais, isto é, aprovados pelo quorum do § 3º, do Art. 5º, do texto constitucional, como comenta Mazzuoli:

Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente eles) aprovados pelo rito do Art. 5º, § 3º, da Constituição (uma vez ratificados pelo governo, após essa aprovação qualificada, e estando já em vigor no plano internacional).³⁹³

Embora não caiba controle concentrado de convencionalidade da inconvenção discutida nesta tese, aqui, será feita algumas breves considerações.

De início é importante reafirmar, mais uma vez, que o controle concentrado de convencionalidade só cabe no caso de tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. Isto ocorre devido a “[...] importância que atribuiu a Constituição Federal de 1988 ao controle abstrato das normas [...]”.³⁹⁴ Seu efeito é o de invalidação *erga omnes* das normas internas incompatíveis com os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Vale ressaltar que, ao controlar a convencionalidade de um tratado equivalente à emenda constitucional, não se está diante de um controle de constitucionalidade, propriamente dito, pois, neste caso, a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição, a incompatibilidade se dá perante o tratado de direitos humanos.

³⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.176.

³⁹³ *Ibid.*, p.176.

³⁹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.189

Ademais, na medida em que os tratados de direitos humanos aprovados com o quorum qualificado possuem equivalência com as emendas constitucionais, Mazzuoli entende ser cabível “[...] a propositura (no STF) de todas as ações constitucionais existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.”³⁹⁵

Tal fundamentação parecer estar no Art. 102, I, a, § 1º, do texto constitucional, no qual a alínea “a” confere competência ao STF para julgar ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e ação declaratória de constitucionalidade (Adecon), em ambos os casos, de lei ou ato normativo federal. Já o § 1º também define a competência do STF para apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) decorrente da Constituição, incluindo aqui os tratados internacionais em função do § 2º, do Art. 5º, do texto constitucional.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [...]³⁹⁶

Portanto, os legitimados ativos da ADIn, da Adecon e da ADPF, com fulcro no referido dispositivo constitucional (Art. 102, I, a, § 1º), estão autorizados a “[...] ingressarem com essas medidas sempre que a Constituição ou qualquer norma equivalente (v.g., um tratado de direitos humanos internalizado com *quorum* qualificado) estiver sendo violada por quaisquer normas infraconstitucionais.”³⁹⁷

Contudo, devido ao objetivo desta tese, conforme anteriormente argüido, será tratado agora sobre a compatibilidade ou não das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados sem o quorum qualificado, e,

³⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.192.

³⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

³⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.192.

vigentes no país, “[...] sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive.”³⁹⁸ Portanto, neste momento, a análise será focada no controle de convencionalidade difuso.

Assim, o controle difuso de convencionalidade, da mesma forma como ocorre o controle incidental de constitucionalidade, submete que todos os juízes e tribunais compatibilizem as normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos vigentes no país, diante de um caso concreto. Desta forma, “[...] a decisão judicial que invalida uma lei interna em razão do comando de um tratado só produz efeitos *inter partes*, isto é, somente entre aquelas intervenientes no caso concreto.”³⁹⁹

É claro que, em um controle de convencionalidade difuso, a afirmação de que a declaração de inconvencionalidade proferida *incidenter tantum* produza efeitos somente *inter partes*, atualmente, só faz sentido se proferida por juiz monocrático ou por qualquer tribunal, que não o STF. Isto porque, se a decisão for proferida em sede de recurso extraordinário, pelo pleno do STF, a eficácia pode ser *erga omnes*.

Entretanto, é importante frisar que, quando uma norma interna, apesar de incompatível com tratados de direitos humanos, for mais benéfica, o julgador, no exercício do controle difuso de convencionalidade, deve optar pela lei mais favorável ao ser humano, em função do princípio *pro homine* e do diálogo das fontes, conforme comentado anteriormente.⁴⁰⁰

Desta forma, a cláusula de diálogo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, disposta no seu Art. 29, b, determina que nenhuma disposição da referida convenção pode ser interpretada no sentido “[...] de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados. Assim, possibilita o diálogo entre as diferentes fontes, a ponto de reconhecer, até mesmo, uma norma interna mais favorável.

Por fim, cabe comentar, ainda, que é cabível “[...] Recurso Extraordinário perante o STF sempre que a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional ou de qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Brasil”,⁴⁰¹ conforme Art. 102, III da Constituição:

³⁹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.178.

³⁹⁹ Ibid., p.180.

⁴⁰⁰ Ibid., p.181.

⁴⁰¹ Ibid., p.188.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]

Ora, se cabe ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, decisão recorrida que contrarie dispositivo constitucional, isto se aplica também aos tratados internacionais de direitos humanos, por força do já, exaustivamente, comentado, §2º, do Art. 5º, da Lei maior. Neste sentido, comenta Mazzuoli que “[...] como o Recurso Extraordinário é instrumento do controle difuso de constitucionalidade, e como os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil [...]”⁴⁰², na visão deste autor, portanto, parece que a previsão constitucional (Art. 102, III), quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário, deve ser ampliada “[...] no que tange [...] direitos humanos e fundamentais [...] com a integração do conteúdo daqueles tratados ao bloco de constitucionalidade, quer tenham [...] *status* de norma constitucional (Art. 5º, §2º)”,⁴⁰³ ou, mais ainda, no caso de “[...] equivalência de emenda constitucional (Art. 5º, §2º).”⁴⁰⁴

Destarte, apesar de este tópico ter aprofundado um pouco no controle de convencionalidade, talvez, mais do que o necessário para esta tese, é importante ter em mente que as inconveniências da Lei nº 13.123/15 que serão apresentadas no próximo item, 4.3, dizem respeito aquelas que decorrem das incompatibilidades de uma lei infraconstitucional com tratados de direitos humanos aprovados sem o quorum qualificado. Ou seja, se referem a tratados de direitos humanos que tenham natureza supralegal, se adotada a tese do STF, ou natureza materialmente constitucional, pela tese da constitucionalidade. Neste sentido, desde o início, foi dito que esta pesquisa procura demonstrar que o marco legal da biodiversidade pode ser considerado inconveniente, tanto se analisado pela tese da supralegalidade, quanto pela da constitucionalidade. Portanto, a seguir esta inconveniência será comprovada pelas duas correntes supracitadas.

⁴⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.188.

⁴⁰³ Ibid. p.188-189.

⁴⁰⁴ Ibid. p.199.

4.3 As inconveniências da Lei Nº 13.123/15 quanto à consulta prévia, livre e informada

Inicialmente, com o propósito de demonstrar a inconveniência da Lei nº 13.123/15, bem como do Decreto nº 8.772/16 que a regulamentou, especificamente no tocante à consulta prévia, livre e informada, faz-se necessário investigar a presença deste instituto no marco legal da biodiversidade. Assim, embora a Lei 13.123/15 preveja um tipo de consulta prévia, cria várias isenções à consulta, colidindo com a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção nº 169 da OIT, entre outras.

Desta maneira, uma das questões mais preocupantes no marco legal da biodiversidade é justamente o “[...] desrespeito aos direitos de Consulta Prévia, Consentimento Prévio, Livre e Informado e Repartição de Benefícios, ao violar estes direitos também são violados os direitos de autodeterminação e direitos sobre os territórios [...]”⁴⁰⁵ dos povos indígenas e comunidades tradicionais, as quais possuem uma intrínseca relação com estes direitos.

Primeiramente, é importante registrar que durante o processo legislativo da Lei nº 13.123/15 não houve nenhuma consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais. O que o Poder Executivo promoveu foi uma espécie de consulta pública, a qual, “vale lembrar [...] não é o mesmo que a consulta prévia prevista na Convenção 169 da OIT.”⁴⁰⁶ O realizado é muito diferente de consulta prévia, livre e informada prevista nos tratado de direitos humanos. Além disso, a consulta foi realizada através da internet, onde as pessoas podiam enviar sugestões. Somando-se a isso, tal consulta ocorreu após a promulgação da lei e antes da sua regulamentação, portanto já não foi prévia. Ademais, uma consulta prévia deve ser adequada, o que no caso em tela, certamente foi inadequado consultar povos indígenas e comunidades tradicionais através da rede mundial de computadores.

Desta forma, a total ausência de consentimento dos povos e comunidades tradicionais no processo legislativo da Lei 13.123/15, caracteriza, por si só, a

⁴⁰⁵ LEITE, José Rubéns Morato. *Prefácio*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.33-34. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴⁰⁶ SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. *Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: Vício congênito*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.127. ISBN 978-85-63522-38-2.

inconveniência da referida norma. Ademais, como será descrito na seqüência deste capítulo, há, também, diversas incompatibilidades da lei com vários tratados de direitos humanos. Portanto, é “[...] um caso de dupla violação, pois se caracteriza tanto em termos procedimentais (direito à consulta prévia no processo legislativo) [...]”,⁴⁰⁷ bem como nos seus aspectos “[...] materiais, ao reduzir o alcance e âmbito de aplicação do direito ao consentimento livre, prévio e informado e à repartição justa e equitativa de benefícios nos casos de acesso ao conhecimento associado ao patrimônio genético.”⁴⁰⁸

Diante disso, a lei em questão está totalmente viciada frente ao princípio da consulta prévia da Convenção nº 169 da OIT, bem como da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), comentado em capítulos anteriores. Isto porque, a Convenção nº 169 da OIT, em seu Art. 6º, impõe o dever de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas e comunidades tradicionais diante de medidas legislativas e/ou administrativas capazes de afetá-los diretamente. Já a CDB, em seu Art. 15, 5, determina que o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado.

Assim, fica claro que a violação ao Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada “[...] ocorreu desde o processo de elaboração da Lei e do Decreto, o que faz com estas normas possuam vícios de origem gravíssimos [...]”.⁴⁰⁹ Destarte, o marco legal da biodiversidade se torna inaplicável diante do conflito existente com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB, que, por serem tratados de direitos humanos, ratificados sem o quorum qualificado, previsto no § 3º, do Art. 5º, do texto constitucional, possuem, a depender da tese adotada, *status* de norma constitucional ou natureza supralegal, conforme jurisprudência⁴¹⁰ e súmula vinculante⁴¹¹ do Supremo Tribunal Federal (STF).

⁴⁰⁷ SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: Vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.128. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p.128-129.

⁴⁰⁹ LEITE, José Rubéns Morato. *Prefácio*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.34. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/08, *DJe-104* de 05/06/09.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Sessão Plenária de 16/12/09, *DJe* de 23/12/09.

Aqui é importante fundamentar a afirmação feita acima, de que, tanto a CDB, quanto a Convenção nº 169 da OIT são tratados de direitos humanos. Quanto a CDB não paira dúvida alguma. A CDB é notadamente uma convenção de meio ambiente, e, portanto, de direitos humanos, como comentado anteriormente. Contudo, quanto às normas da OIT podem existir questionamentos quanto a sua natureza jushumanista, uma vez que são promulgadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho.

Neste sentido, as normas da OIT são consideradas de direitos humanos, visto que seu conteúdo axiológico (contra a escravidão e a exploração econômica das crianças e garantidora da igualdade, da liberdade de expressão e do consentimento livre, prévio e informado, por exemplo), são valores amplamente consagrados nas normas das Nações Unidas.⁴¹²

Além disso, a Convenção nº 169 da OIT, “[...] compõe esse conjunto de normas qualificadas como *jus cogens*.”⁴¹³ Desta forma, “[...] a inobservância da Convenção 169 na elaboração da Lei n.º 13.123/2015 torna a validade desta lei questionável perante o sistema internacional de direitos humanos, passível de se tornar objeto de controle de convencionalidade.”⁴¹⁴

Contudo, independentemente da tese quanto à natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, seja a da supralagalidade ou a da constitucionalidade, o resultado prático não se altera. Em ambos os casos, a Lei nº 13.123/15 pode ser considerada inconvenção, seja por colidir com norma externa supralegal ou materialmente constitucional.

Destarte, apenas o fato do processo legislativo da Lei 13.123/15 não ter garantido a consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais já seria suficiente para declarar a inconvenção do marco legal da biodiversidade. Entretanto, ainda existem mais incongruências entre esta lei e outros tratados de direitos humanos.

O Art. 9º, da Lei 13.123/15, condiciona o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável à obtenção de consentimento prévio informado,

⁴¹² Cf. GARZÓN, Rojas Biviany (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

⁴¹³ DOURADO, Sheilla Borges. A Lei nº 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.99. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.99.

que, segundo o inciso VI, do Art. 2º, da referida lei, se caracteriza por um “[...] consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”⁴¹⁵. Entretanto, cria regras diferenciadas de consentimento, criando subcategorias de conhecimentos tradicionais, o que é incompatível com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB:

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

[...]

§ 2º O **acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado**.

§ 3º O **acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável** que deu origem à variedade ou à raça e não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça (grifo nosso).⁴¹⁶

Desta maneira, o marco legal da biodiversidade subdividiu o conhecimento tradicional em duas espécies, a saber: conhecimento tradicional associado; e conhecimento tradicional associado de origem não identificável. O primeiro consubstancia-se em “[...] informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético [...]”⁴¹⁷, conforme inciso II, do Art. 2º. Já o segundo é o “[...] conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional [...]”⁴¹⁸, de acordo com o inciso III, do Art. 2º. Portanto, ao fazer esta subdivisão, o legislador isentou o conhecimento tradicional associado de origem não identificável de consentimento prévio para seu acesso.

Contudo, o conhecimento tradicional associado de origem não identificável, na verdade, não é, necessariamente, de origem desconhecida, mas de difícil identificação. Desta forma, o que ocorre é a “[...] existência de conhecimentos associados, praticados por alguns ou muitos povos, mas não vinculado diretamente

⁴¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Ibid.

a um povo, comunidade ou agricultor tradicional.”⁴¹⁹ Portanto, é necessário entender que “[...] o que se chama de ‘não identificável’ é a origem do conhecimento que, como é necessariamente coletivo, pode ter uma fonte difusa, mas que pode vir a ser conhecida e, em todo caso, é múltipla.”⁴²⁰ Assim, sendo, o simples “[...] fato de vários povos usarem um mesmo conhecimento não o torna nem menos tradicional nem menos associado [...]”.⁴²¹ Desta maneira, esta isenção, nem com o argumento da excepcionalidade, pode ser admitida, pois está claro que a exceção pode virar a regra. Isto porque, a maioria dos conhecimentos tradicionais “[...] sempre esteve aberta a outros povos e identificar a origem é uma tarefa árdua e dispendiosa, que, certamente, não estará no horizonte das empresas interessadas no conhecimento e desinteressadas na consulta.”⁴²²

Ademais, esta mesma norma, considera que o acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula, para atividades agrícolas, corresponde ao acesso de conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça, isentando assim o consentimento das comunidades tradicionais, segundo §3º, do Art. 9º, da Lei 13.123/15⁴²³.

Desta forma, a isenção dos conhecimentos tradicionais associados de origem não identificável conflita com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB. Além disso, a isenção para agricultura do consentimento para o acesso de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula confronta-se tanto com as supracitadas convenções, quanto com o Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura da FAO (TIRFA).

O TIRFA é baseado em um sistema multilateral de acesso e repartição de benefícios, de forma que os países signatários disponibilizam seus recursos fitogenéticos para os outros Estados Partes. Entretanto, este tratado não regula qualquer recurso fitogenético, mas apenas aqueles elencados no anexo 1 do

⁴¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.114. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴²⁰ Ibid., p.115.

⁴²¹ Ibid., p.114.

⁴²² Ibid., p.101.

⁴²³ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

referido tratado e mantidos em coleções públicas *ex situ*, conforme comenta Miranda:

Desta forma, este tratado não cria um regime jurídico de acesso e repartição de benefícios irrestrito, válido para todos os recursos fitogenéticos, mas sim um sistema multilateral, que regula apenas os intercâmbios e remessas externas, entre instituições de diferentes países. Contudo, apesar de muitos dispositivos deste tratado terem aplicabilidade para a totalidade dos recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura, este sistema multilateral só se aplica à coleções públicas *ex situ* e de determinados recursos fitogenéticos, elencados no anexo 1 deste tratado, tais como, beterraba, citrus, coco, cenoura, cara, morango, girassol, cevada, batata-doce, lentilha, maçã, mandioca, banana, arroz, feijão, ervilha, centeio, batata, berinjela, trigo, milho, entre outras espécies alimentares e forrageiras.⁴²⁴

Desta maneira, o sistema de isenção de consentimento para acesso de variedades crioulas, criado pela Lei 13.123/15, é incompatível com o TIRFA, quando a isenção do acesso em questão for de uma variedade descrita no anexo 1 do referido tratado.

Desta forma, neste momento é importante discutir a natureza jurídica do TIRFA. No passado havia dúvidas se o TIRFA seria ou não um tratado de direitos humanos. Tal dúvida derivava do fato que o TIRFA não seria um tratado de meio ambiente propriamente dito, uma vez que seu objeto estaria relacionado à alimentação e à agricultura, por estar ligado à FAO. Portanto, caso não fosse assim considerado, pela tese da supralegalidade, o TIRFA teria o mesmo status de lei infraconstitucional do que a Lei 13.123/15.

Diante deste conflito, seria necessário recorrer ao princípio *in dubio pro nature*, pelo qual “[...] as normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura* [...]”⁴²⁵, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o TIRFA deveria prevalecer uma vez que seu sistema confere maior proteção ambiental, enquanto a isenção preconizada pelo marco legal da biodiversidade proporcionaria uma erosão genética de variedades⁴²⁶ e raças crioulas⁴²⁷, como atualmente já ocorre.

⁴²⁴MIRANDA, João Paulo Rocha de. *As dimensões de apropriação do bem ambiental sobre a agrobiodiversidade: uma análise à luz da função socioambiental*. 2011, 189 f.. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, 2011. p.147-148.

⁴²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1367923/RJ. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, Brasília, DF, julgamento em 27 de agosto de 2013, *DJe*, 6 set. 2013.

⁴²⁶Cf. MIRANDA, João Paulo Rocha de; ALBUQUERQUE, Marcos Prado. O direito de propriedade intelectual positivo x um sistema *sui generis*: uma história de ameaça ao caxiri e erosão genética do milho em comunidades tradicionais indígenas. In: XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2011, BELO HORIZONTE.

Contudo, nesta tese se entende que o TIRFA é sim um tratado de direitos humanos, tanto pela via ambiental, quanto pelo direito humano fundamental à alimentação, inserido como um dos direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal, através Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015. Ademais, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu Art. 25, reconhece o direito humano à alimentação, ao dispor que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação [...]”⁴²⁸

Assim, a natureza jushumanista deste tratado fica evidente no objetivo do TIRFA de “[...] conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura [...] em harmonia com a Convenção sobre Diversidade Biológica, para uma agricultura sustentável e a segurança alimentar”⁴²⁹, disposto em seu Art. 1º. Portanto, o objetivo do TIRFA é a conservação *ex situ* dos recursos fitogenéticos, conforme a CDB. Ora, a conservação é uma matéria ambiental, ademais o TIRFA está atrelado aos objetivos da CDB, um tratado de meio ambiente. Logo, não há como negar a natureza conservacionista, e, portanto, ambiental, do TIRFA. Somando-se a isso, o TIRFA ao conservar os recursos fitogenéticos para alimentação, está garantindo o direito à alimentação para as presentes e futuras gerações.

Desta forma, fica claro que o TIRFA é um tratado de direitos humanos. Desta forma, as incompatibilidades da Lei nº 13.123/15 com a referida norma internacional, configura mais um fundamento em prol da inconveniência do marco legal da biodiversidade.

Outra discrepância com os tratados internacionais supracitados são os meios de prova da obtenção do consentimento prévio informado, dispostos no §1º, do Art. 9º, da Lei 13.123/15:

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

Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. FLORIANÓPOLIS: Fundação Boiteux, 2011. p. 11382-11401.

⁴²⁷ Cf. MIRANDA, João Paulo Rocha de; et. al.. Empregos verdes e conservação dos recursos genéticos animais. *Revista CFMV*, Brasília-DF, v. 1, p. 8-10, 2013.

⁴²⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Nova Iorque: ONU, 1948.

⁴²⁹ FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura. *Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura*. Roma, IT: FAO, 2009.

§ 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**. [...] (grifo nosso).⁴³⁰

Ora, o consentimento prévio não é apenas um papel assinado, um vídeo, uma foto ou um parecer. Na verdade, a consulta prévia é um processo muito mais amplo e complexo. Nela deve ser garantida a ampla participação dos povos indígenas e/ou comunidades tradicionais a serem diretamente afetadas. Portanto, as consultas devem ser feitas especialmente às instituições representativas destas comunidades. Ademais, os meios e procedimentos para se realizar as consultas devem ser conduzidos de boa-fé e adequados às realidades das comunidades consultadas. Só assim é possível, de fato, obter um consentimento real destas comunidades.

Portanto, cada caso é um caso. Nenhum consentimento é igual ao outro, pois os povos indígenas e comunidades tradicionais também são diferentes em suas crenças, valores, culturas e cosmovisões, conforme comentam Yamada e Oliveira:

A consulta é um processo de diálogo, de conversas justas e de boa-fé que garante a participação dos povos diretamente afetados, respeitando suas particularidades culturais, seu jeito e seus planos de vida e de futuro. Não se trata de um evento isolado, mas sim de conhecer as razões de todos os envolvidos, para que os Governos tomem decisões que considerem e respeitem a diversidade cultural. Nesse processo, cada um deve ceder um pouco, tentando chegar a um acordo, e não dizer simplesmente sim ou não.⁴³¹

Neste sentido, Deborah Duprat comenta sobre o processo de consulta prévia, lembrando que a consulta faz parte do processo decisório do Estado, e, que, portanto, uma consulta, onde tudo já está previamente decidido, apenas como um instrumento legitimador, logicamente não se caracteriza na consulta prévia e informada prevista nos tratados internacionais em questão:

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou

⁴³⁰ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

⁴³¹ YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lucia Alberta Andrade (Orgs.). *A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada*. Brasília: Funai: GIZ, 2013. p.13.

mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão.⁴³²

Por este motivo uma mera assinatura de termo de consentimento prévio não comprova a realização de um processo de consentimento de fato, nem, muito mesmo, dos parâmetros de boa-fé, transparência, ciência dos riscos e benefícios e o amplo fornecimento de informações que subsidiem a tomada de decisão.

De igual forma, não comprova o consentimento o parecer do órgão oficial competente. Ora, o consentimento deve ser dos povos e comunidades tradicionais e não de um órgão. Caso contrário, se estaria ferindo o direito de autodeterminação das comunidades tradicionais, também previsto na Convenção nº 169 da OIT e, de forma mais expressa nos Arts 3º e 4º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴³³.

Por sua vez, o registro audiovisual do consentimento deve ser visto com parcimônia. Um vídeo, por exemplo, do momento do consentimento, pode estar fora do contexto com inúmeras edições. Entretanto, se este registro for de todo o processo de consentimento e este tiver sido realizado adequadamente, poderá constituir em prova.

Portanto, o meio mais eficaz de prova do consentimento prévio, livre e informado é justamente a adesão em protocolos comunitários. Isto porque, os protocolos comunitários são de fato a melhor forma de comprovar o consentimento prévio, uma vez que é um processo participativo de tomada de decisões que expressa o pluralismo jurídico e a autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais. Desta forma, os protocolos comunitários se consubstanciam em:

[...] protocolo comunitário - norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios de que trata esta Lei; [...].⁴³⁴

Assim, o protocolo comunitário também é um instrumento de tomada de decisões, como comentado anteriormente. Contudo, o consentimento dos povos e comunidades tradicionais, expressos no protocolo comunitário, se bem realizado, é o

⁴³² DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niterói, RJ, Vol. 1, nº 1, p.51-72, 2014. p.64.

⁴³³ ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: ONUBR: UNIC/Rio, 2008. p.8.

⁴³⁴ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

único, dos quatro previstos no marco legal da biodiversidade, que pode guardar consonância com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB, os demais são incompatíveis.

No tocante ao consentimento, ainda é interessante comentar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do caso Saramaka, distinguiu consulta de consentimento:

La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.⁴³⁵

Assim, adicionalmente à consulta, o consentimento é exigido nas hipóteses de grandes projetos de empreendimentos que cause impacto profundo e/ou perda de território ou que comprometa gravemente o acesso, uso e gozo do território e dos recursos imprescindíveis à manutenção física, espiritual e cultural das comunidades tradicionais, conforme entendimento do Art.13.1, da Convenção nº 169 da OIT:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.[...].⁴³⁶

Portanto, o consentimento é essencial sempre que as comunidades tradicionais tiverem que ser retiradas do seu território ou este for gravemente impactado, pois o espaço territorial não significa apenas um pedaço de terra, mas traz consigo aspectos axiológicos, culturais e espirituais, correspondendo a uma espécie de “genocídio espírito-cultural” a perda territorial, como comenta Deborah Duprat:

Nesse sentido, a desterritorialização forçada corresponde a verdadeiro genocídio, pois se suprime ao grupo espaço identitário dentro do qual a sua existência faz sentido. Daí por que a Convenção 169 expressamente dispõe, em seu art. 16.1, que “os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam”. E, nos itens seguintes, faz de retirada e

⁴³⁵ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. p.44. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

⁴³⁶ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.23.

reassentamento medidas absolutamente excepcionais, a dependerem de consentimento livre e informado, com garantia de retorno tão logo cessem as razões que fundamentaram a transferência⁴³⁷.

Desta forma, o consentimento é essencial, além da consulta, quando se tratar da retirada de comunidades tradicionais do seu território. Nas outras situações a consulta vincula as decisões do Estado, devendo este superar as objeções com o diálogo e composição ou estas objeções devem levar a mudança parcial ou total do projeto⁴³⁸.

Destarte, a consulta disposta na Lei nº 13.123/15, através de um simples documento, um evento isolado, um audiovisual fora de contexto ou o parecer de uma autoridade, não caracteriza a consulta prévia e informada prevista na Convenção nº 169 da OIT e na Convenção sobre Diversidade Biológica. Caracterizando, assim, mais uma incompatibilidade que corrobora para a inconveniência do marco legal da biodiversidade.

Quanto à Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, além da autodeterminação, comentada anteriormente, é importante investigar o consentimento para o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade.

Desta maneira, esta declaração prevê o direito ao consentimento, livre, prévio e informado, sempre que sejam adotadas e aplicadas medidas legislativas e administrativas que afetem os povos indígenas. Além disso, esta norma exige que os Estados os consultem antes de aprovar qualquer projeto que afete os territórios e/ou os recursos dos povos indígenas, inclusive os genéticos associados à biodiversidade.

Desta forma, as diversas isenções à consulta prévia criadas pela Lei nº 13.123/15 também são flagrantemente incompatíveis com a referida declaração. Não obstante, o Brasil não a tenha ratificado, apesar de tê-la assinado, “[...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional”,⁴³⁹ “[...] razão pela qual a ausência de

⁴³⁷ DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niterói, RJ, Vol. 1, nº 1, p.51-72, 2014. p.68.

⁴³⁸ *Ibid.*, p.68.

⁴³⁹ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador*, 2012. p.52.

ratificação [...] pouco importaria sobre a exigibilidade deste direito que se impõe como *jus cogens* no cenário do Direito Internacional.”⁴⁴⁰

Já no aspecto do patrimônio cultural imaterial, também se verifica incompatibilidades da Lei nº 13.123/15 com a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Isto se caracteriza pelo tratamento fragmentado que a lei em questão confere aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, já que o marco legal da biodiversidade “[...] criou uma indesejável separação radical entre o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais.”⁴⁴¹

Neste sentido, é importante ter em mente que o patrimônio cultural imaterial se manifesta especialmente nos campos das “[...] tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial, das expressões artísticas, das práticas sociais, rituais e atos festivos [...]”⁴⁴², bem como dos “[...] conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo e das técnicas artesanais tradicionais”,⁴⁴³ conforme Art. 2º da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

Desta forma, entre estes campos de manifestação do patrimônio cultural imaterial, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade se enquadram nos “conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo”⁴⁴⁴, conforme elencado no Art. 2º, 2, d da Convenção em questão.

Assim, é possível perceber que norma internacional em questão trouxe uma grande novidade na tutela dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, uma vez que não o trata de maneira fragmentada, mas sim de forma indissociável. Portanto, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial “[...] se tornou um dos foros de maior importância para a afirmação de

⁴⁴⁰ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016. P.181-198. p.197.

⁴⁴¹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Visão geral da lei nº 13.123/15*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.75. ISBN 978-85-63522-38-2.

⁴⁴² UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: UNESCO, 2003.

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Ibid.

direitos relativos aos conhecimentos tradicionais, posto que é um dos poucos que **os entende de modo não fragmentado**.”(grifo nosso)⁴⁴⁵

Desta maneira, é importante ressaltar que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTAB), bem como a própria diversidade biológica, são indissociáveis, ou não fragmentados. Assim, o patrimônio cultural imaterial e os CTAB são um conglomerado de elementos materiais e imateriais, relacionados à natureza, e, em uma visão holística, ao universo.

Assim, sendo, a norma internacional trata os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de forma não fragmentada, enquanto o marco legal da biodiversidade os divide em conhecimentos tradicionais e patrimônio genético. Portanto, fragmenta elementos que são indissociáveis. Ademais, a Lei nº 13.123/15 divide os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético em conhecimentos tradicionais associados e em conhecimentos tradicionais associados de origem não identificável.

Isto, por si só, já subverte a lógica deste tratado de direitos humanos, o que já seria suficiente para caracterizar a incompatibilidade com a norma interna. Entretanto, as incongruências não param aqui. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, juntamente com o Decreto 3.551/00, trazem a possibilidade de registro de um conhecimento tradicional como patrimônio cultural imaterial. Isto conflita com as isenções de consulta prévia do marco legal da biodiversidade, se este conhecimento tradicional for de origem não identificável, e, principalmente, se for relacionado às variedades vegetais ou raças animais crioulas.

Isto porque, a Lei nº 13.123/15 não reconhece os detentores dos conhecimentos tradicionais de origem não identificável, não sendo, por este motivo, exigido o consentimento prévio e informado. Entretanto, tais saberes podem, ao mesmo tempo, ser registrados como patrimônio cultural imaterial, o que é uma dicotomia absurda entre as normas interna e externa.

Tal situação se torna mais absurda no caso dos conhecimentos tradicionais relacionados às variedades vegetais ou raças animais crioulas. Pois nesta situação não há questionamento quanto à origem do conhecimento, mas o marco legal da biodiversidade, em seu Art. 9º, § 3º, simplesmente, o considera um conhecimento

⁴⁴⁵ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006. p. 97.

tradicional de origem não identificável, mesmo quando sua origem é conhecida. Desta forma, o acesso a estes conhecimentos não dependem “[...] do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.”⁴⁴⁶

Entretanto, da mesma forma, estes conhecimentos podem ser registrados como patrimônio cultural imaterial. O que, duplamente, configura a inconveniência da Lei nº 13.123/15 perante a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

No tocante ao Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização, acordo complementar à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), embora o Brasil o tenha assinado em 2 de fevereiro de 2011, até julho de 2017, ainda não havia ratificado-o.

Contudo, embora a simples assinatura do Brasil, sem a devida ratificação, não seja suficiente para engajar o Brasil definitivamente nesta norma internacional, o objeto deste protocolo é um princípio geral do Direito Internacional, obrigando até mesmo aos países que não o ratificaram. Neste sentido, já tratou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Equador, quando o Equador alegava não ser obrigado a realizar a consulta prévia, uma vez que na época do ocorrido ainda não havia ratificado a Convenção nº 169 da OIT. Apesar disso, a referida corte se manifestou no sentido de que mesmo os países que não ratificaram a Convenção nº 169 da OIT, necessitavam realizar a consulta prévia às “[...] comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território.”⁴⁴⁷ Isto porque, “[...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional.”⁴⁴⁸ Ademais, o direito à consulta prévia é considerado um “[...] princípio de direito internacional, razão pela qual a ausência de ratificação [...] pouco importaria sobre a exigibilidade deste direito que se impõe

⁴⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

⁴⁴⁷ CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador*, 2012. p.51-52.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.52.

como *jus cogens* no cenário do Direito Internacional.”⁴⁴⁹ Sendo, portanto, “de observância obrigatória aos países, ainda que não tenham ratificado mencionada Convenção.”⁴⁵⁰

Neste sentido, o objetivo do Protocolo de Nagoya, conforme seu Art. 1º, configura a repartição justa e equitativa entre seus membros dos benefícios decorrentes dos recursos genéticos provenientes das plantas, animais e micro-organismos, bem como dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Entretanto, o “[...] acesso a recursos genéticos para sua utilização será sujeito a consentimento prévio informado da Parte provedora de tais recursos [...]”⁴⁵¹

Além disso, o protocolo prevê que os Estados devem assegurar que o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, detido por comunidades indígenas e locais, seja acessado com consentimento prévio informado ou, ainda, com aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados.

Destarte, ainda que o Brasil não tenha ratificado o Protocolo de Nagoya, seguindo a corrente argumentativa exposta, é possível afirmar que “essa falta de consentimento prévio [...] decorrente de acesso a patrimônio genético e a conhecimentos tradicionais associados, que é flagrante na Lei n.º 13.123/2015, afronta dispositivos da CDB e do Protocolo de Nagoya.”⁴⁵² Assim, estas isenções ao consentimento da Lei n.º 13.123/15 configuram também inconveniências perante o referido protocolo.

Por fim, a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental, da

⁴⁴⁹ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016. P.181-198. p.197.

⁴⁵⁰ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016. P.181-198. p.197.

⁴⁵¹ ONU. Organização das Nações Unidas. Protocolo de Nagoya sobre acesso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre La Diversidad Biológica. Montreal: Secretaría del Convenio sobre La Diversidad Biológica, 2011. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

⁴⁵² DOURADO, Sheilla Borges. A Lei n.º 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. p.94. ISBN 978-85-63522-38-2.

Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, também conhecida como Convenção de Aarhus, tem três objetivos principais, os quais já são princípios ambientais. Assim, “o tripé de Aarhus – baseado no trinômio informação, participação pública nos processos de decisão, e acesso à justiça – constitui parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo [...]”.⁴⁵³

Contudo, embora a Convenção de Aarhus seja uma convenção regional européia e ainda não tenha sido incorporada ao ordenamento pátrio, “[...] serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente [...]”⁴⁵⁴, isto porque, “[...] consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental”⁴⁵⁵.

Portanto, é flagrante que as isenções de consentimento do marco legal da biodiversidade também sejam incompatíveis com um regime de participação popular no processo decisório proposto pela Convenção de Aarhus. Entretanto, vale ressaltar que, neste caso, não há que falar em inconveniência, visto que esta norma, até o momento não foi inserida no direito interno brasileiro.

Resta, ainda, mais uma questão a ser investigada. Extremamente delicada e pouco debatida na doutrina internacionalista, trata-se do conflito de tratados internacionais comerciais e ambientais. Sobre esta matéria, Christian Guy Caubet afirma que “[...] encontram-se numa espécie de limbo jurídico que persiste, em parte, porque tratados ambientais e de comércio internacional continuam percorrendo caminhos paralelos.”⁴⁵⁶ E continua dizendo que, “à luz das práticas governamentais existentes, não tem havido interação entre estes dois tipos de acordo.”⁴⁵⁷

Desta forma, ao estudar a parca doutrina⁴⁵⁸⁴⁵⁹ sobre o assunto, Caubet aponta diversas soluções possíveis para a colisão entre os tratados ambientais e

⁴⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. A cooperação internacional para preservação do meio ambiente: O direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. *Revista direito GV*, v.8, n.1, p.297-328, jan.-jul, 2012. p.311.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p.310.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p.310.

⁴⁵⁶ CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 52, São Paulo, 2001, p. 165. ISSN 0102-6445.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁵⁸ Cf. LACASTA, Nuno Sanchez; NEVES, Manuel Andrade. Ambiente e desenvolvimento sustentado: princípios de direito internacional. In: SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. Center for International Environmental Law (orgs.). *Comércio e meio ambiente: Direito, economia e política*, 1996. p. 161-173.

⁴⁵⁹ Cf. HOUSMAN, Robert; GOLDBERG, Donald M.. Princípios jurídicos pertinentes à composição de conflitos entre acordos multilaterais de proteção ambiental e o GATT/OMC. In: SÃO PAULO. Secretaria do

comerciais, tais como: “primazia eventual da norma posterior em relação à anterior; da *lex specialis* em relação a *lex generalis*; ou das normas definidas como sendo de *jus cogens*.”⁴⁶⁰ Contudo, Caubet identifica conclusões contraditórias nestas pesquisas. Isto porque, ao mesmo tempo em que a doutrina entende, no aspecto material, que os acordos ambientais devem prevalecer sobre os comerciais, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), também afirma, que, formalmente, “[...] as regras de interpretação de tratados e de solução de conflitos não fornecem respostas definitivas quanto à necessária conciliação entre as normas gerais do GATT/OMC e aquelas previstas em acordos ambientais internacionais.”⁴⁶¹

Contudo, com a máxima vênia, nesta pesquisa se verifica que no âmbito do GATT parece haver fundamentação, tanto material, quanto formal, para a prevalência dos tratados ambientais sobre os comerciais. Contudo, vale ressaltar que isto não significa a extinção destes, mas sua adequação àqueles, em um diálogo entre as fontes. Tal fundamentação encontra-se no Art. XX, b, do GATT, ao dispor que “[...] nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas: [...] necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal [...]”.⁴⁶²

Ora, não há como negar que a proteção da vida ou saúde, tanto do seres humanos, quanto dos animais e vegetais, está diretamente ligada ao acesso e uso sustentável do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Neste sentido, no âmbito da OMC há várias decisões fundamentadas neste dispositivo do GATT. Contudo, o aprofundamento desta questão seria objeto para uma outra tese. Por isso, apenas a título exemplificativo, há o caso do Painel *Thailand-Cigarette*, onde a Tailândia justificou as restrições à importação de cigarros, com fundamento no Art. 20, b, do GATT, ao afirmar que visava proteger a saúde do “[...] público de ingredientes danosos de cigarros importados, e reduzir o consumo de cigarros na Tailândia.”⁴⁶³ Diante disso, o “[...] Painel reconheceu que fumar constituía um sério risco à saúde humana e que,

Meio Ambiente. Center for International Environmental Law (orgs.). *Comércio e meio ambiente*: Direito, economia e política, 1996. p. 89-92.

⁴⁶⁰ CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova*: revista de cultura e política, nº 52, São Paulo, 2001, p. 165. ISSN 0102-6445.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p.165.

⁴⁶² OMC. Organização Mundial do Comércio. *Soluções de controvérsias*. Nova York: Genebra: OMC, 2003. p.55.

⁴⁶³ *Ibid.*, p.57.

conseqüentemente, medidas visando reduzir o consumo de cigarro incluíam-se no âmbito das políticas consideradas sob o Artigo XX(b).⁴⁶⁴

Portanto, por este entendimento, deveria haver um processo dialógico entre os tratados comerciais e ambientais, a fim de, no caso em questão, adaptar o TRIPs à CDB, à Convenção nº 169 da OIT e à diversos outros tratados de direitos humanos que tutelam esta matéria.

Contudo, é patente que as soluções clássicas de resolução de antinomias, elencadas por Caubet, “mostraram-se insuficientes e incompletos para solucionar os conflitos pontuais de normas.”⁴⁶⁵ Diante desta impotência do direito, o diálogo das fontes “[...] surge como teoria importante para restaurar a coerência do direito internacional devido à multiplicidade de normas originadas pelo fenômeno da globalização, de forma a manter firme o ideal de preservação do meio ambiente.”⁴⁶⁶ Assim, procura restabelecer a “[...] coerência, requisito da justiça formal, não ao eliminar a norma incompatível, mas na importância dada à compatibilidade entre os elementos que compõem o sistema normativo”.⁴⁶⁷ Portanto, “[...] as antinomias normativas apresentadas no quadro do sistema jurídico devem ser resolvidas [...] buscando no diálogo entre as fontes a solução para o problema a envolver o ser humano.”⁴⁶⁸

Neste sentido, no processo hermenêutico de dois tratados antinômicos, adotando-se a metodologia do diálogo das fontes, é possível aplicar ambas as normas conjuntamente. Assim, procura-se adotar o que tem de “[...] melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos tradicionais de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico).”⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ OMC. Organização Mundial do Comércio. *Soluções de controvérsias*. Nova York: Genebra: OMC, 2003. p.57.

⁴⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

⁴⁶⁶ NIENCHESKI, Luísa Zuardi. Concorrência entre normas internacionais ambientais e comerciais: Possibilidades de harmonização através do diálogo das fontes. *Revista da AJURIS*, v. 43, nº 141, p.149-183, Porto Alegre, 2016. p.166.

⁴⁶⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 239.

⁴⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: Da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008, 251 f.. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2008. p.41.

⁴⁶⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.84.

Desta forma, pelo diálogo das fontes⁴⁷⁰ é possível se chegar a três critérios de solução de antinomias e incompatibilidades de tratados internacionais ambientais e comerciais. O primeiro deles se refere a “[...] nova hierarquia (representada pela coerência dada pelos valores constitucionais e pela prevalência dos direitos humanos) [...]”.⁴⁷¹ O segundo critérios diz respeito à “[...] nova especialidade (ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais) [...]”.⁴⁷² Por fim, o terceiro corresponde à “[...] nova anterioridade (surge da necessidade de adaptar o sistema quando uma nova lei é introduzida).”⁴⁷³

Assim, o primeiro diálogo das fontes possível, diz respeito à nova hierarquia das normas internacionais, especialmente de direitos humanos, no ordenamento interno. Desta forma, é possível aplicar este diálogo nos casos de antinomias de tratados ambientais e comerciais, onde direitos e obrigações conflitantes estão elencados em ambos os acordos, os quais se aplicam aos mesmos Estados.

Tal sistemática, aliás, é comum na maioria dos tratados ambientais multilaterais, como, por exemplo, a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, que impactam sobre as patentes farmacêuticas e agrícolas internacionais, ao garantirem, entre outros direitos, o da consulta prévia, como comenta Guido Soares:

A Cites, por exemplo, regula o comércio internacional de determinados produtos ao proteger as espécies e espécimes da flora e da fauna em perigo de extinção e a Convenção de Basileia sobre movimento transfronteiriço de resíduos perigosos restringe a comercialização de resíduos perigosos definidos na Convenção. A **Convenção sobre a Diversidade Biológica**, por sua vez, tem reflexos diretos sobre as patentes farmacêuticas reconhecidas internacionalmente, uma vez que **visa a estabelecer obrigações de cooperação no setor de troca de informações científicas e tecnológicas, sem restrições, entre os Estados que detêm os recursos da biodiversidade e aqueles que detêm recursos financeiros e tecnológicos** capazes de torná-los operativos. (grifo nosso)⁴⁷⁴

Desta maneira, será demonstrado que este critério é eficaz na solução das antinomias entre os tratados ambientais e comerciais, por exemplo. Neste diapasão,

⁴⁷⁰ O diálogo das fontes é uma teoria do professor Erik Jayme, da Universidade de Helderberg, na Alemanha. Foi trazida ao Brasil pela professora Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que aplicou os três tipos de diálogos entre o sistema do Código Civil brasileiro de 2002 e o microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁷¹ NIENCHESKI, Luísa Zuardi. Concorrência entre normas internacionais ambientais e comerciais: Possibilidades de harmonização através do diálogo das fontes. *Revista da AJURIS*, v. 43, nº 141, p.149-183, Porto Alegre, 2016. p.175.

⁴⁷² Ibid., p.175.

⁴⁷³ Ibid., p.175.

⁴⁷⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003. p. 177.

foi demonstrado, no capítulo 3.1, referente à tutela internacional, que os produtos alimentares, agrícolas e provenientes da agrobiodiversidade, se regulados pela Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), no caso de variedades vegetais, ou pelo Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), ficam à mercê dos monopólios transnacionais. Isto porque ambos não reconhecem, nem protegem, os recursos naturais, relacionados à alimentação e agricultura, provenientes de comunidades ou agricultores tradicionais. Assim, além da agrobiodiversidade, a soberania dos países, referente à alimentação e aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, também fica condicionada às flutuações do mercado e à biotecnologia enquanto nova lógica da pós-modernidade.

Assim, vários questionamentos podem ser feitos. “Estaremos vivendo uma reedição do sonho positivista sem a ingenuidade característica e embalados pela mão invisível do mercado?”⁴⁷⁵ A repercussão dos pressupostos teóricos da moderna biologia implicaria na hegemonia da biotecnologia enquanto lógica dinâmica da modernidade?”⁴⁷⁶ A pós-modernidade reeditará o epistemicídio de outrora, fundamentando, o novo colonialismo biocultural, com bases científicistas, que excluem outros saberes, e legitimam a apropriação da biodiversidade através do direito de propriedade intelectual?

Não há uma resposta concreta para estas perguntas. Mas, é função do direito, pelo menos na sua acepção crítica, transformar a realidade social. Neste sentido, as teorias da supralegalidade e da constitucionalidade, quanto à natureza jurídica dos tratados, bem como do diálogo das fontes, fazem este papel. Por este motivo, esta tese contextualiza seu objeto no âmbito destas teorias.

Desta forma, o conflito de tratados internacionais comerciais e agrícolas, como o TRIPs e UPOV, com aqueles ambientais, como a CDB e a Convenção nº 169 da OIT, o TIRFA, entre outros, passam pela natureza jurídica destes tratados.

Assim, os tratados ambientais, de natureza jushumanistas, como a CDB e a referida norma da OIT, devido a sua natureza supralegal ou materialmente constitucional, a depender da tese adotada, devem prevalecer, ou melhor, moldar os acordos comerciais e agrícolas, que possuem valor de normas infraconstitucionais.

⁴⁷⁵ VICTORINO, Valério Igor P. A revolução da biotecnologia: questões da sociabilidade. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 12(2), p. 129-145, nov. 2000. p. 143.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 143.

Portanto, seja pela tese da supralegalidade ou da constitucionalidade, pragmaticamente, o resultado seria o mesmo. Tanto no confronto entre tratados ambientais e comerciais, comentados anteriormente, quanto no conflito entre a Lei nº 13.123/15 e os tratados ambientais. Assim, fica claro que o marco legal da biodiversidade é inconveniente perante os diversos tratados de direitos humanos discutidos nesta tese.

*

* *

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é perceptível que o colonialismo biocultural é uma realidade nas sociedades ocidentais contemporâneas. Princiamente naquelas megadiversas, localizadas no sul sociológico. Tal fenômeno encontra na atualidade um ambiente fértil para sua proliferação. Isto porque a humanidade vive em um contexto social, cultural, jurídico-político e estético bastante particular. Iniciado após a Guerra Fria e as crises ideológicas nas sociedades ocidentais de meados até o final do século XX, este momento, denominado como pós-modernidade ou modernidade líquida, é assim intitulado uma vez que os tempos atuais são marcados por relações sociais fluidas e frágeis, com a prevalência do consumo e do individual em detrimento da ética e do coletivo, o que favorece o colonialismo biocultural.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a humanidade se encontra em um momento sócio-histórico-cultural definido como pós-modernidade, há o reconhecimento de que o ser humano se tornou uma força geofísica global, capaz de impactar geologicamente o planeta, dando origem a uma nova Era geológica, a Era do Antropoceno. Esta tem seu início baseado na concepção de que a Era antecedente, o Holoceno, teria findado com as mudanças ambientais provocadas pela civilização moderna, principalmente a partir da revolução industrial.

Isto fica patente diante de vários indícios antropogênicos, como, por exemplo, os *technofósseis*, novos minerais e materiais de rápida disseminação global, como alumínio elementar, concreto e plástico. Há também carbono preto, partículas carbonosas esféricas, hidrocarbonetos poliaromáticos, bifenilos policlorados, resíduos de pesticidas, chumbo, nitrogênio e fósforo, que estão sendo disseminados em níveis elevados por todo o mundo. Portanto, os fluxos sedimentares antropogênicos têm se intensificação no planeta Terra, deixando assinaturas geoquímicas, em estratos lacustres e no gelo da Gronelândia.

Portanto, no âmbito da Era antropocênica, o fenômeno do biocolonialismo é consequência e expressão da pós-modernidade ou modernidade líquida, onde novos e velhos paradigmas coexistem em uma sociedade onde tudo é fugaz e rarefaz diante de interesses econômicos. Assim, o tempo, o espaço, a cultura e a vida são reduzidas e fragmentadas.

Assim, é evidente que os seres humanos estão alterando o planeta e seus processos geológicos globais de longo prazo a uma taxa crescente. Tais alterações

são também reflexos das mudanças sociais da pós-modernidade, que fomentam, entre outras mazelas, o colonialismo biocultural.

Um novo colonialismo, diferente do mercantilista, um colonialismo biocultural, que tem como produtos de exploração a biodiversidade e a cultura associada ao patrimônio genético. Isto é possível em função da revolução biotecnológica, que desvincula as plantas, os animais e os microorganismos da terra. Assim, desterritorializa as formas de vida, reduzindo-as a fragmentos genéticos, que são prontamente apropriados pelas grandes corporações, que se fundamentam no direito de propriedade intelectual para tal.

Portanto, este processo é calcado em um preconceito científico, que não valoriza os conhecimentos empíricos e tradicionais. Isto possibilita que Estados do norte sociológico e/ou suas grandes corporações transnacionais, se apropriem dos conhecimentos tradicionais associados e da diversidade biológica de países mega diversos, em sua maioria, localizados no sul global. Assim, tal apropriação indevida acaba sendo instrumentalizada pelo direito de propriedade industrial.

Entretanto, ao visualizar o contexto de proteção jurídica das comunidades e conhecimentos tradicionais é possível concluir por sua dicotomia. Isto porque, ao mesmo tempo em que as normas internacionais tutelam a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais, reconhecendo a necessidade de consulta prévia de povos indígenas e comunidades tradicionais diretamente afetados, a legislação pátria procura flexibilizar estes direitos e, até mesmo, permite a apropriação e utilização destes bens ambientais contra interesses socioambientais e difusos de países megadiversos, como o Brasil, que possuem a maior parte da biodiversidade do planeta.

Neste diapasão, é possível verificar que a lei brasileira, notadamente aquela conhecida como marco legal da biodiversidade, possui várias incompatibilidades com alguns tratados internacionais que regulam a matéria. Tais questões põem em risco a segurança alimentar, farmacológica, agrícola e genética do Brasil, e, quiçá, do planeta. Isto porque a humanidade tem como fonte de alimentos, remédios e produtos industriais, tanto os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, quanto a própria biodiversidade.

Diante das incongruências entre o marco legal da biodiversidade e as normas externas e considerando que a Convenção Americana de Direitos Humanos obriga os Estados a adotarem medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer

espécies que violem a Convenção, não há como prosperar a Lei nº 13.123. Corroborando com este entendimento, os Estados também possuem o compromisso de editar leis e desenvolverem ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção. Assim, as Constituições nacionais devem ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas, para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, se faz necessário a aplicação do controle de convencionalidade. Portanto, nesta conjuntura jurídico-política da pós-modernidade, o controle de convencionalidade deve compatibilizar, em um diálogo de fontes, as incongruências entre as normas internas e os tratados de direitos humanos.

No tocante ao direito de consulta prévia, livre e informada para o acesso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, ficam claras as diversas incompatibilidades do marco legal da biodiversidade com os tratados internacionais de direitos humanos, máxime a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção nº 169 da OIT. Tal situação caracteriza o marco legal da biodiversidade como inconveniente. Além disso, sujeita a referida norma interna ao controle difuso de convencionalidade.

Vale ressaltar que, tais incongruências, que levam à inconveniente da Lei 13.123/15, acarretam, conseqüentemente, a invalidade e a inaplicabilidade desta legislação infraconstitucional conflitante com tratados de direitos humanos. Tal conclusão é obtida tanto á luz da tese da supralegalidade, quanto da teoria da constitucionalidade.

Ao adotar a tese da supralegalidade, que representa a atual jurisprudência do STF, entende-se que os tratados de direitos humanos, contrariados pela Lei nº 13.123/15, possuem natureza supralegal. Diante disso, o efeito imediato é a perda de validade da norma interna, ainda que vigente, em um controle difuso de convencionalidade ou, para quem preferir, de supralegalidade.

Por outro lado, ao aplicar a tese da constitucionalidade, entende-se que os tratados de direitos humanos, contrariados pela Lei nº 13.123/15, possuem natureza materialmente constitucional. O efeito é o mesmo, a invalidade da norma interna menos benéfica. Cabendo-se, assim, controle difuso de convencionalidade.

Desta forma, cabe ao Estado brasileiro implementar as medidas cabíveis para adequar ou eliminar esta norma, flagrantemente inconveniente. Contudo, é patente que as soluções clássicas de resolução de antinomias, que levavam a eliminação da

norma mais velha ou geral, por exemplo, na pós-modernidade são insuficientes e incompletas. Diante disso, no caso em questão do marco legal da biodiversidade, deve-se recorrer ao diálogo das fontes, a fim de restaurar a coerência entre a norma interna e o do direito internacional.

Desta maneira, como o controle de convencionalidade é difuso, a aplicação deste, ao longo do tempo, em diversos casos concretos, pode contribuir para que a eficácia desta norma ocorra de forma compatível com os diversos tratados de direitos humanos que versam sobre a consulta livre, prévia e adequada. Assim, no caso em questão, a declaração da inconvenção desta norma, ainda que incidentalmente, pode configurar mais um instrumento para combater o novo colonialismo biocultural.

Assim, o controle de convencionalidade também é uma ferramenta de justiça socioambiental. É claro que este instrumento não é uma tábua de salvação. Porém, se aplicado corretamente pelos Estados, pode contribuir para reverter, pelo menos algumas, das injustiças sofridas constantemente pelos povos indígenas e comunidades tradicionais. Desta forma, as atividades administrativas e legislativas que afetem diretamente estes povos e comunidades, bem como o acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, só podem ocorrer mediante consulta e/ou consentimento prévio, livre e informado.

*

* *

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 2, 2005.

ABREU, Regina. Dez anos da Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial: Ressonâncias, apropriações, vigilâncias. *E-cadernos ces. Nº 21*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2014. ISSN 1647-0737.

ABREU, Regina; PEIXOTO, Paulo. Construindo políticas patrimoniais. Reflexões em torno dos 10 anos da Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial. *E-cadernos ces. Nº 21*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2014. ISSN 1647-0737.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. alemã, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 978-85-375-0616-5.

ARAUJO JUNIOR; Miguel Etinger de. Conhecimento tradicional associado e aplicação do Protocolo de Nagoya nos Estados Plurinacionais Latino-Americanos do século XXI. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *Direito e sustentabilidade*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e2b66750529d8ae>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *Princípios jurídicos do direito ambiental*. Brasília, DF: AGU, [201?]. p.14. Disponível em: <
file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo%C3%A3o%20Paulo/Meus%20documentos/JP/DOCTORADO/TESE/JULHO%20EM%20DIANTE/MATERIAL%20POR%20CAP%3%8DTULO/MATERIAL/principios_juridicos_do_direito_ambiental_-_luis_claudio_martins_de_araujo.pdf> . Acesso em: 12 fev. 2017.

ÁVILA, Thiago. Ampo-hù (todas as sementes): intercientificidade, sementes de milho e os conhecimentos tradicionais ambientais dos Krahô. In: LITTLE, Paul E. (org.). *Conhecimentos tradicionais para o século XXI: etnografias na intercientificidade*. São Paulo: Annablume: 2010. ISBN 978-85-391-0197-9.

AYALA, Patryck de Araujo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-020-6152-1.

AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral; MOREIRA, Teresa Cristina. A proteção dos conhecimentos tradicionais associados: Desafios a enfrentar. *Revista do patrimônio histórico e artístico nacional*, Brasília, DF, IPHAN, nº 32, p.44-61, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman. A Natureza no Direito Brasileiro : coisa, sujeito ou nada disso. *BDJur*, [200-?]. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 24 ago 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. Poder, derecho y clases sociales. 2. ed. Bilbao, ES: Desclee de Brouwer, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em: 23 mar 2010.

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

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago 2000.

BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov 2003.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 fev 2007.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 1 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15

maio 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm >. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez 1973.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade brasileira*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1367923/RJ. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma, Brasília, DF, julgamento em 27 de agosto de 2013, *DJe*, 6 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-118*, 26 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.566/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/08, *DJe-104* de 05/06/09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, *DJe-104*, 5 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 1 de junho de 1977. *DJ*, vol. 01083-04, p.9433, 29 dez. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Sessão Plenária de 16/12/09, *DJe* de 23/12/09.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.006135-0/MA . Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Agravado: José Augusto Vieira. Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, 20 de fevereiro de 2008. Disponíveis em: < <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acessado em: 2 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR. Impetrante: Instituto José Marcondes Leal e Maria Francisca Cordeiro Marcondes Leal. Impetrado: Superintendente Regional do INCRA/PR. Juiz Federal: Antônio César Bochenek. Ponta Grossa, PR, 10 de outubro de 2008. *D.E.* de 15.10.2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARROLL, Sean B.. Tracking the Ancestry of Corn Back 9,000 Years. *The New York Times*. New York, 24 maio 2010. Disponível em: < <http://www.nytimes.com/2010/05/25/science/25creature.html>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

CARVALHO, Julita Maria Frota Chagas; SILVA, Marina Medeiros de Araújo; MEDEIROS, Maria Jaislanny Lacerda e. *Perda e Conservação dos Recursos Genéticos Vegetais*. Campina Grande: Embrapa Algodão, 2009.

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

CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 52, São Paulo, 2001. ISSN 0102-6445.

CAVALCANTE, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO: Educarte, 2008.

CEE/ONU. Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. Aarhus, DK, 25 jun. 1998. Disponível em: < <http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2017.

CHAVES, Denilson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan.-abr. 2016. ISSN 2238-0604.

CORTEIDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006. p.53. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador. Costa Rica: CORTEIDH, 2012.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs.. Brasil*, 24 nov. 2010. Disponível em: <[file:///E:/DOUTORADO/TESE/material/CASO%20GOMES%20LUND%20E%20OUTROS%20\(%E2%80%9CGUERRILHA%20DO%20ARAGUAIA%E2%80%9D\)%20VS.%20BRASIL.pdf](file:///E:/DOUTORADO/TESE/material/CASO%20GOMES%20LUND%20E%20OUTROS%20(%E2%80%9CGUERRILHA%20DO%20ARAGUAIA%E2%80%9D)%20VS.%20BRASIL.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2016.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras v. Colombia*, julgado em 4 de fevereiro de 2000. p.11. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

COURTIS. Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 10, 2009.

CRUTZEN, Paul J.; STEFFEN, Will; McNEILL, Jhon R.. The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature? *Ambio*, vol. 36, n. 8, dez. 2007.

CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro Barbosa de (orgs.). *Enciclopédia da floresta: O alto juruá: Práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003.

DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DOURADO, Sheilla Borges. A Lei n.º 13.123/2015 e suas incompatibilidades com normas internacionais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niteroi, RJ, Vol. 1, n.º 1, p.51-72, 2014.

ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. *Para entender pós-modernidade*. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura. *Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura*. Roma, IT: FAO, 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf>. Acessado em: 30 mar 2016.

FARIA, Caroline. Biopirataria. *InfoEscola*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/biologia/biopirataria/>> Acesso em: 27 jan. 2017.

FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vítor Freitas. Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: o caso do conhecimento tradicional. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, RS, v. 4, nº 2, p.9-36, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLORES, Joaquim Herrera. *La reinvencción de los Derechos Humanos*. Andalucía, ES: Atrapasueños, 2008.

FUNAI. Quais os critérios utilizados para a definição de indígena? Brasília, DF: FUNAI, [200?]. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>>. Acessado em: 30 mar 2016.

GARCIA, Marcelo. Tradição, direito e valor. *Revista Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, RJ, 24 jul. 2012. Disponível em: <http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/3765/n/tradicao,_direito_e_valor>. Acesso em: 23 fev. 2017.

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

GERENT, Juliana. Breve análise jurídica da natureza bifronte do dano ambiental. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=50>. Acesso em: 26 jan. 2017.

GERMAN-CASTELLI, Pierina. *Diversidade biocultural: direitos de propriedade intelectual versus direitos dos recursos tradicionais*. 2004, 222 f. Tese (Doutorado em desenvolvimento, agricultura e sociedade). Centro de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. A lei da anistia viola convenções de direitos humanos. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos#_ftnref2_4184>. Acesso em: 5 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. *Migalhas*. São Paulo, nº 4.166, 4 fev. 2009. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77587,81042->

Controle+de+convencionalidade+STF+revolucionou+nossa+piramide+juridica >. Acesso em: 02 ago. 2017. ISSN 1983-392X.

GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. *Migalhas*. São Paulo, 23 mar. 2007. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37149,61044-Vigencia+e+validade+da+lei>>. Acesso em: 07 ago. 2017. ISSN 1983-392X.

GORDILLO, Agustín et. al.. *Derechos humanos*. 6 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

GORDILLO, Agustín. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo Annablume, 2005. ISBN85-7419-496-4.

HOUSMAN, Robert; GOLDBERG, Donald M.. Princípios jurídicos pertinentes à composição de conflitos entre acordos multilaterais de proteção ambiental e o GATT/OMC. In CAUBET, Christian Guy. O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei). *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 52, São Paulo, 2001. ISSN 0102-6445.

IADEROZZA, Fábio Eduardo. *Neoliberalismo, sistema de Patentes e a liberalização do biomercado emergente no Brasil na década de 1990: a privatização do conhecimento tradicional e da biodiversidade nacional*. 2015, 260 f. Tese (Doutorado em Geografia). Instituto de Geociências, Universidade estadual de Campinas, Campinas, SP, 2015.

IMAZON. *Boletim Transparência Florestal da Amazônia Legal (janeiro de 2013)*. Belém: Imazon, 2013.

IRIGARAY, Carlos Teodoro J. Hugueney. Aspectos constitucionais da proteção de unidades de conservação. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin (org.). *Direito Ambiental em Debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

JACKSON, Joe. *O ladrão no fim do mundo*. Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado e do Direito*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACASTA, Nuno Sanchez; NEVES, Manuel Andrade. Ambiente e desenvolvimento sustentado: princípios de direito internacional. In: SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. Center for International Environmental Law (orgs.). *Comércio e meio ambiente: Direito, economia e política*, 1996.

LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. *Biodiversidade um ativo de imenso valor: Biopirataria, plantas medicinais e etnoconhecimento*. Itajaí, SC: UNIVALI: Projeto aves marinhas, [200?].

LEITE, Eduardo de Oliveira; *Monografia jurídica*. 8 ed., rev., São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. ISBN: 978-85-203-3316-7.

LEITE, José Rubéns Morato. *Prefácio*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. ISBN 85-218-0358-3.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby. "Remédio da Ciência" e "Remédio da Alma": os usos da secreção do kambô (*Phyllomedusa bicolor*) nas cidades. *CAMPOS: Revista de Antropologia Social*, Curitiba, PR, v. 8, nº 1, p.71-90, 2007. ISSN: 1519-5538. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Jo%C3%A3o%20Paulo/Meus%20documentos/Downloads/9553-29353-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

LITTLE, Paul E.. Os conhecimentos tradicionais no marco da interculturalidade. In: LITTLE, Paul E. (org.). *Conhecimentos tradicionais para o século XXI: etnografias na interculturalidade*. São Paulo: Annablume: 2010. ISBN 978-85-391-0197-9.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. ISSN 2238-0604.

LOPES, Sheryda. Injustiça: entendendo o racismo ambiental. *O Estado*, Fortaleza, 5 jun. 2014. Disponível em: < <http://www.oestadoce.com.br/cadernos/oev/injustica-entendendo-o-racismo-ambiental>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

MACEDO, Edison Flávio. Marco Legal: Competência profissional para o desenvolvimento nacional. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROFISSIONAIS, 8., 2013, Brasília-DF, *Anais do Congresso nacional de profissionais*. Brasília-DF: CONFEA, 2013. Disponível em: <http://www.confea.org.br/media/8CNP_TEXTO_MARCO_LEGAL.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MACIEL, Luciano. Incertezas quanto ao conhecimento tradicional de origem não identificável.. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

MADRAZO, Alejandro Lajous. Biocolonialismo. In: SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA, 2011, New Haven, Connecticut, EUA. *Anais ...* New Haven: Yale Law School, 2011.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. A função social da propriedade intelectual e a sociobiodiversidade. In DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida; AHMED, Flávio. *O direito ambiental na atualidade: estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 499. ISBN 978-85-375-0708-7.

MARTINS, Márcio Henrique Bernardes. SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: UNESP, 2009.

MARTINS, Tiago; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Previsões de isenções em razão do acessante. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Vol. 10, nº 18, p.215-235, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3 ed.. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: Da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008, 251 f.. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. A cooperação internacional para preservação do meio ambiente: O direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. *Revista direito GV*, v.8, n.1, p.297-328, jan.-jul, 2012.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v.12. p.134-144, mar., 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, João Paulo Rocha de Miranda. *Biodiversidade brasileira: Aspectos jurídicos e socioambientais da sua apropriação*. Barra do Garças, MT: João Paulo Rocha de Miranda: Pensar Direito: UFMT/CUA, 2014. ISBN 978-85-918416-0-8.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. *As dimensões de apropriação do bem ambiental sobre a agrobiodiversidade: uma análise à luz da função socioambiental*. 2011, 189 f.. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, 2011.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. Estabelecimento de isenções para pesquisa. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

MIRANDA, João Paulo Rocha de; ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. As dimensões da apropriação dos bens ambientais materiais e imateriais da agrobiodiversidade: A propriedade intelectual X o direito de acesso do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados. In: ASSAFIM, João Marcelo de Lima; FLORES, Nilton César da Silva; POLI, Leonardo Macedo (Coord.). *Propriedade Intelectual*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, p. 268-287, 2012. ISBN: 978-85-7840-113-9. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?qt=27>>. Acesso em: 26 jan 2017.

MIRANDA, João Paulo Rocha de; ALBUQUERQUE, Marcos Prado . O direito de propriedade intelectual positivo x um sistema sui generis: uma história de ameaça ao caxiri e erosão genética do milho em comunidades tradicionais indígenas. In: XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2011, BELO HORIZONTE. Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. FLORIANÓPOLIS: Fundação Boiteux, 2011.

MIRANDA, João Paulo Rocha de; et. al.. Empregos verdes e conservação dos recursos genéticos animais. *Revista CFMV*, Brasília-DF, v. 1, p. 8-10, 2013.

MIRANDA, João Paulo Rocha de; XAVIER, Alexandre Vientine. A tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica e à agrobiodiversidade: segurança jurídica ou apropriação do patrimônio genético enquanto bem ambiental? In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Direito ambiental II*. Florianópolis: FUNJAB: CONPEDI, 2013. Disponível em:

MMA. Ministério do Meio Ambiente. Convenção sobre diversidade biológica. Brasília: MMA, 2000.

MOONEY, Pat. *Proceedings of the Conference on Patenting of Life Forms*. In SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. ISBN 85-326-2508-8.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto et. al.. Direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais e a necessária interpretação integrada do protocolo de Nagoya à Convenção 169 da OIT. SEMINARIO INTERNACIONAL CULTURAS Y DESARROLLOS, 3., 2016, Costa Rica. *Anais do III Seminario internacional culturas y desarrollos*. Costa Rica: Red de Interculturalidad, 2016.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. 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; GARCÉS, Claudia Leonor López; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PINHEIRO, Antônio do Socorro Ferreira (org.). *Proteção aos Conhecimentos das Sociedades Tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Visão geral da lei nº 13.123/15*. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

MOREIRA, Eliane. *A consulta prévia e a nova lei brasileira sobre acesso e uso ao patrimônio genético da biodiversidade e conhecimentos tradicionais*. Bogotá, CO: Centro de información de la consulta previa, 2016. Disponível em: <<http://www.consultaprevia.org/#!/columna/22>>. Acesso em: 31 mar 2016.

MORIN, Jean-Frédéric. Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets: la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle. *Droit et Société*, Paris, FR, n. 58, p. 633-653, 2004. Disponível em: [http://www.iddri.com/Publications/Publications-scientifiques-et-autres/Biodiversite dans regime DPI.pdf](http://www.iddri.com/Publications/Publications-scientifiques-et-autres/Biodiversite%20dans%20regime%20DPI.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2017.

MOTA, Mauricio. Direitos intelectuais coletivos e função social da propriedade intelectual: os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: MOTA, Mauricio (org.). *Função social do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. ISBN 978-85-352-3513-5.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. Concorrência entre normas internacionais ambientais e comerciais: Possibilidades de harmonização através do diálogo das fontes. *Revista da AJURIS*, v. 43, nº 141, p.149-183, Porto Alegre, 2016.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 02 ago. 2017.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. San Salvador, El Salvador: 1988.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Borges. Proteção do conhecimento tradicional associado à biodiversidade: delineamentos do consentimento prévio informado na normativa nacional e internacional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, SP, ano 19, nº 75, p. 245-259, jul-set 2004.p.255.

OLIVEIRA, Thiago Pires. Biocolonialismo: Um desafio para a efetivação do direito dos povos indígenas ao patrimônio genético. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a.49, nº195, p.149-157, jul./set., 2012.

OMC. Organização Mundial do Comércio. *Soluções de controvérsias*. Nova York: Genebra: OMC, 2003.

ONU, *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: ONU, 1992.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC/RIO, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração de Estocolmo sobre Ambiente Humano*. Estocolmo: ONU, 1972.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Nova Iorque: ONU, 1948.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Parties to the Nagoya Protocol*. Montreal: Convention on Biological Diversity, 2017. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Protocolo de Nagoya sobre acesso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa em los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre La Diversidad Biológica*. Montreal: Secretaría del Convenio sobre La Diversidad Biológica, 2011. p.23. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

PACHECO, Tania. *Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania*. In: Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (org.). *Justiça pelas Águas: enfrentamento ao racismo ambiental*. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008.

PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009.

PEDRI, Marta Adriana. *A dinâmica do milho (Zea mays L.) nos agroecossistemas indígenas*. 2006, 87 f.. Dissertação (Mestrado em Agroecossistemas) Centro de Ciências Agrárias, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2006.

PEREIRA, André Roberto Delaunay Gonçalves; QUADROS, Canuto Joaquim Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: nº 51/52, p.81-102, jan./dez., 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

POSEY, Darrel A.. Etnoentomologia de tribos indígenas da Amazônia. In: RIBEIRO, Darcy; RIBEIRO, Berta Gleizer. (org.). *Suma Etmológica Brasileira*, vol. 1, Petrópolis: FINEP/Vozes, 1987.

RANGEL, Vicente Marotta. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RÊGO, Patrícia de Amorim. *A conservação da biodiversidade, proteção do conhecimento tradicional associado e a formação de um regime internacional de repartição de benefícios no âmbito da Convenção da diversidade biológica (CDB)*. 2008, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *A proteção internacional do patrimônio biocultural imaterial a partir da concepção de desenvolvimento sustentável*. 2009, 555 f.. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. ISBN 978-85-352-3831-0.

RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 61-84, 2003.

SÁ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda. Desconstruindo a definição de saúde. *Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)*, jul-set de 2004.

SANT'ANNA, Márcia. Relatório final das atividades da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas*. 2006, 246 f.. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2006.

SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Peirópolis, 2009.

SANTINI, Daniel. *Mato Grosso e Pará, os campeões de desmatamento na Amazônia*. [S.l.]: Oeco, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montivideo: Universidad de la República: Trilce, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula. Epistemologias do sul. *Revista Lusófona de Educação*, Coimbra, PT, n.º 13, p.183-189, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G. de; NUNES, João Arriscado. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Do pós-moderno aos pós-colonial: e para além de um e outro. In: Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 8., 2004, Coimbra. *Anais eletrônicos...* Coimbra: Faculdade e Economia da Universidade de Coimbra, 2004. Disponível em: < http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf >. Acesso em 17 jan. 2017.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos? In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (orgs).

Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais. São Paulo: ISA, 1996.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *Revista de Direito Ambiental*, ano 10, n° 38, São Paulo, Revista dos Tribunais: abril-junho de 2005. ISSN 1413-1439.

SCHNEIDER, Vanderlei; RAMMÊ, Rogério Santos. O direito de acesso à informação e à participação em matéria ambiental pelos povos indígenas na construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. *Revista Eletrônica Direito e Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.8, n.3, 3o quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 12 mar. 2017. ISSN 1980-7791.

SHELTON, Dinah. Global legal instruments and jurisprudence on landscape, nature and culture. In *CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL*, 9, vol. 1, 2005, São Paulo. *Anais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. ISBN 85-326-2508-8.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3 ed. rev. atual., Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2 ed, rev, atual, Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7 ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 85-7420-898-1.

SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: Vício congênito. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova*

Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes são também os direitos do homem: responsabilidade administrativa em matéria ambiental.* Lisboa: Principia. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN: 972-8500-31-9.

SIMON, Henrique Smitd. A natureza jurídica dos tratados de direitos humanos: a incompatibilidade sistêmica da suprallegalidade e a necessidade de revisão do entendimento do supremo tribunal federal. *Direito, Estado e Sociedade.* Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro . Rio de Janeiro, n° 42, p.99-120, 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente.* Barueri: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburgo, 2002). *Revista Amazônia Legal: de estudos sócio-jurídico-ambiental,* Cuiabá, MT, ano 1, n° 1, p. 123-168, jan-jun 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Responsabilidade civil e acesso aos conhecimentos tradicionais no Brasil. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. ISBN 978-85-7700-240-5.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Conhecimentos tradicionais, consulta prévia e direitos territoriais. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da. *A nova Lei nº 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: Entre retrocessos e violações de direitos socioambientais.* São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2017. ISBN 978-85-63522-38-2.

SOUZA, Moisés Barbosa. *Diversidade de Anfíbios nas Unidades de Conservação Ambiental: Reserva Extrativista do Alto Juruá (REAJ) e Parque Nacional da Serra do Divisor (PNSD)*, Acre, Brasil. 2003, 279 f.. Tese (Doutorado em Ciências Biológicas). Instituto de Biociências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Rio Claro, SP, 2003.

TÁVORA, Fernando Lagares et al. *Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2005: Novo marco regulatório do uso da biodiversidade*. Brasília, DF: SENADO, 2015.

TERRA, Tatiana Freitas. *Variabilidade genética em populações de teosinto (Zea Mays subsp. mexicana) visando à contribuição do melhoramento genético do milho (Zea mays subsp. mays)*. 2009, 161 f.. Tese (Doutorado em Fitotecnia). Faculdade de Agronomia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2009.

THEODORO, Marcelo Antonio. *A política de patentes de medicamentos e o direito fundamental à saúde*. 2005, 259 f.. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2005.

TRIPS. Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Disponível em: < http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2011.

UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: UNESCO, 2003.

UNIVERSIDADE DO KENTUCKY. Fundação de pesquisa (Lexington, Kentuck, EUA). Peter R. Oeltgen; Craig J. McClain; Shirish Barve; Paul D. Bishop. *Método para tratamento de lesão hepática mediada por citocina*. US6380164, 30 abr. 2002

UPOV. *Convenio internacional para La protección de las obtenciones vegetales*. Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetales. Ata de 1978, Ginebra, 23 out. 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.98.

VICTORINO, Valério Igor P. A revolução da biotecnologia: questões da sociabilidade. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 12(2), p. 129-145, nov. 2000.

WATERS, Colin N.; et. al. The Anthropocene is functionally and stratigraphically distinct from the Holocene. *Science*, vol. 351, jan. 2016.

WERLHOF, Claudia Von. *Women: the last colony*. In: SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. ISBN 85-326-2508-8.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? Marco regulatório. *Revista de informações e debates do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, IPEA, ano 3, ed. 19, 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2093:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 18 jul. 2017.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. *UN Documents Cooperation Circles*, New York, 1985. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>> Acesso em: 31 dez. 2008.

YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lucia Alberta Andrade (Orgs.). *A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada*. Brasília: Funai: GIZ, 2013.

ZEBALLOS, Andy Philipps. Epistemicídio: Así es como La modernidad suprime formas marginales de conocimiento. *UnitedExplanations*, 03 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.unitedexplanations.org/2015/12/03/31787/>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

ZOLNERKEVIC, Igor. A era humana. *Pesquisa FAPESP*, ed. 243, maio, 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/a-era-humana/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

*

* *

ANEXO A

DESCRIÇÃO DAS PATENTES DE PEPTÍDEOS E ANÁLOGOS EXTRAÍDOS DA SECREÇÃO CUTÂNEA DA *PHYLLOMEDUSA BICOLOR*.

Nome da patente	Número patente	Inventores	Cessionários	Data Local	Finalidade
Peptídeos para a ativação do sistema imune em humanos e animais.	US 6,440,690	MOR; Amram (Paris, FR); V , OULDOUKIS Ioannis (An tony, FR); NICOLAS; Pierre (Tourny, FR)	Mor; Amram (Jerusalém - IL)	27.8.2002 Uspto	A presente invenção é dirigida a composições e métodos para o tratamento de doenças que compreendem a administração de composições que contêm um ou mais peptídeos que têm um efeito estimulador no sistema imune do hospedeiro aflito. Os métodos da presente invenção são úteis para o tratamento de, por exemplo, doenças infecciosas ou câncer.
Uso do D-leu Deltorpin para ter proteção contra isquemia e reperfusão de lesões.	WO/2002/030450	OELTGEN, Peter, R.;= (US); BISHOP, Paul D. (US); KINDY, Mark S. (US); SANCHEZ, Juan A. (US).	University of Kentucky Research Foundation (Lexington, KY, US)	18.4.2002 Wipo	Um composto e modo para reduzir a lesão associada à isquemia e reperfusão de órgãos de mamíferos, tais como o coração. O composto pode ser usado em preparação para isquemia planejada ou de uma maneira profilática, ou em antecipação a outros eventos isquêmicos
Métodos para o tratamento de isquemia.	WO/1999/056766 6,294,519	OELTGEN, Peter, R. (US); KINDY, Mark S. (US); PAUL, D. Bishop (US).	University of Kentucky Research Foundation (Lexington, KY, US)	11.11.1999 Wipo/Uspto	Um método para o tratamento de isquemia através da administração de Deltorfina a um mamífero até quatro horas após um episódio isquêmico. Deltorfina também pode ser administrada simultaneamente com o início da isquemia. Isquemia cerebral ou medula espinal ou doença isquêmica do coração podem ser tratadas utilizando o método da invenção.
Uso de opioides na prevenção de/e recuperação de uma queda de pressão sanguínea induzida por estresse.	US20050130893	SmithSonneborn Joan.	DAVIS, BROWN, KOEHN, SHORS & ROBERTS, P. C.; THE FINACIAL CENTER	16.6.2005 PCT/WIPO	Usado para evitar queda da pressão arterial induzida por estresse em mamíferos, para melhorar a probabilidade e a velocidade de recuperação de acidente na pressão arterial, ou para reduzir a mortalidade devido à queda de pressão induzida pelo estresse, eliminar ou diminuir a gravidade dos efeitos, da queda de pressão sanguínea.
Dermaseptina usada como inibidor do crescimento de tumores.	US20120184498 WO/2011/001097	Delbe Jean (FR); Amiche Mohamed (FR); Lad ram Ali (FR); Galanth Cécile (FR); Nicolas Pierre (FR); Hamma Yamina (FR); Van Zoggel Johanna Allegonda Anna (FR); Courty José (FR).	Centre National de la Recherche Scientifique	6.1.2011 PCT/Wipo	Essa invenção refere-se ao uso de peptídeos que corresponde à Dermaseptina B2 ou fragmentos para o tratamento de doenças proliferativas, tais como câncer ou lesões oculares e para composições farmacêuticas que contenham esses peptídeos.

Endotelina e agonista do receptor da endotelina no tratamento de doenças metabólicas.	US20100004166	PITTNER; Richard YOUNG; Andrew.	Intellectual Property Department; Amylin Pharmaceuticals, Inc.	07.01.2010 Wipo	Métodos para o tratamento de condições ou desordens que podem ser aliviadas por redução da ingestão de alimentos são descritos e compreendem a administração de uma quantidade eficaz de um agonista da endotelina ou uma endotelina, por si, ou em conjunto com outros compostos ou composições que afetam a saciedade. Os métodos são úteis para o tratamento de condições ou desordens, incluindo a obesidade, o diabetes Tipo II, distúrbios alimentares e síndrome de resistência à insulina. As composições farmacêuticas para utilização nos métodos de invenção são também divulgadas.
Processo de preparação de peptídeos antibacteriais.	CN1560258	YUXUN, Zhou; WEI, Cao; DONGZHI, Wei; DACHEN, Luo.	Huadong University of Science & Engineering	5.1.2005 Wipo	A presente invenção refere-se a um método de preparação de peptídeos antimicrobianos, à engenharia genética e, mais especificamente, a um método de preparação de peptídeos antimicrobianos (adenoregulin).
Método para tratamento de lesão hepática mediada por citocina.	US6380164	OELTGEN, Peter R. (US); McCLAIN, Craig J. (US); BARVE, Shirish (US); BISHOP, Paul D. (US).	University of Kentucky; Research Foundation (Lexington, KY)	University of Kentucky; Research Foundation (Lexington, KY)	Um método de modulação de citocinas mediada lesão hepática por administração a um mamífero de deltorphins. Deltorfina I SEQ ID NO: 1, deltorfina II SEQ ID NO: 2 ou combinações de deltorphins I SEQ ID NO: 1 e II, SEQ ID NO: 2 pode ser administrado. Uma concentração de deltorfina na faixa de 0,5mg / kg acerca de 20mg/kg são fisiologicamente aceitáveis blocos de formulação de cascata de citocinas em um modelo murino de choque séptico. Um método terapêutico de modulação de citocinas mediada inflamatória aguda, trauma induzido e induzido por toxina (lesão hepática), particularmente através da modulação do fator de necrose tumoral, é assim divulgado.
Agentes encefalinas glicosiladas.	WO/2004/075843 US20060148679	POLT, Robin I. (US); BILSKY, Edward J. (US).	The Arizona Board of Regents on Behalf of the University of Arizona	10.09.2004 WIPO	Ensina-se que os peptídeos de encefalina, que estão glicosilados com um dissacarídeo irão ser transportados através da barreira sanguínea do cérebro e proporcionar efeitos analgésicos superiores à morfina quando introduzidos na corrente sanguínea. Peptídeos glicosilados com dissacarídeos anexados são superiores aos peptídeos análogos ligados com mono- ou trissacarídeos.
Peptídeo tryptophyllin e seus	WO/2004/074312	SHAW, Chris (GB); HIRST, David (GB);	University of Ulster	02.09.2004	Um vasodilatador tryptophyllin peptídeo, PDT-1, isolado a partir de secreção

usos.		CHEN, Tianbao (GB); O'ROURKE, Martin (GB)		WIPO	defensiva da pele de um sapo, fragmentos e seus análogos é divulgados. Também são divulgados análogos tryptophyllian, pró-drogas, incluindo o peptídeos, peptídeos de fusão e peptídeos multiméricos, incluindo o as sequências de peptídeos, composições farmacêuticas incluindo PDT-1 e seus análogos, os ácidos nucleicos que codificam PDT-1 e seus análogos, e métodos de tratamento de doenças nas quais a vasodilatação é vantajosa com o uso de tais peptídeos e ácidos nucleicos.
Peptídeos antimicrobianos isolados da pele de sapos americanos.	WO/2000/00953	CONLON, J. Michael (US)	BIO Nebraska, INC. (US)	24.02.2 000 WIPO	A invenção é dirigida a sete famílias de peptídeos Rana, isolados a partir da pele de seis espécies de rãs americanas, assim como modificados numa versão truncada desse. Esses peptídeos são denominados peptídeos Rana e possuem atividade antibacteriana.