



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

VANESSA TIEMY KOGA MGARIO

**OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS
NA NOVA LEI Nº 13.123/2015**

BRASÍLIA
2015

VANESSA TIEMY KOGA MAGARIO

**OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS
NA NOVA LEI Nº 13.123/2015**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
como requisito parcial à obtenção de grau de
Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Gabriela Garcia Batista
Lima

BRASÍLIA

2015

VANESSA TIEMY KOGA MAGARIO

**OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS
NA NOVA LEI Nº 13.123/2015**

Apresentada em 10 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Gabriela Garcia Batista Lima (UnB – orientadora)

Prof.^a Dr.^a Carina Costa de Oliveira (UnB)

Prof.^o Ms. Adriano Drummond Cançado Trindade (UnB)

Prof.^o Ms. Alexandre Melo (UnB – suplente)

Ao meu querido e falecido avô, Mitsuki Koga, que mesmo com todas as adversidades que a vida lhe impôs, nunca desistiu de alcançar seus objetivos bravamente.

Pessoa que, sem nunca ter ido à escola ainda tinha muito a me ensinar, sendo o principal incentivador que tive para aprofundar os conhecimentos em Direito Ambiental.

Ao meu querido avô, minha sincera gratidão.

AGRADECIMENTO

À Professora Gabriela, em primeiro lugar, pela sua constante dedicação e paciência comigo e com o meu trabalho.

Aos meus pais, com quem eu conversava sobre os meus raciocínios da tese.

Ao Lucas, por me ajudar na correção textual e formatações iniciais.

Ao Dani Amaro, por me ajudar a ter acesso a bibliografias.

E à Carol Raupp, por me ajudar na formatação do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise do princípio da precaução como principal mecanismo de proteção ambiental e dos direitos indígenas na nova lei 13.123/2015, que regula sobre o acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios. Tendo em vista que o combate à biopirataria e o incentivo ao desenvolvimento sustentável são os principais objetivos da regulação do acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, a análise da nova lei perpassa pelas medidas destinadas ao combate da utilização abusiva de tais recursos, uma vez que não se tem como objetivo torná-los “intocáveis”, mas sim, controlar seu uso. A Lei elege mecanismos de aplicação do princípio da precaução como principal meio de se alcançar a proteção desses recursos, em razão desse princípio possibilitar medidas antecipatórias à execução da atividade de risco. Assim sendo, busca-se analisar a presença desses mecanismos de proteção na nova lei na defesa da conservação da biodiversidade do país e dos direitos da comunidade indígena contra os danos causados pela biopirataria.

Palavras-chave: Precaução. Proteção. Meio ambiente. Direitos indígenas. Patrimônio genético. Conhecimento tradicional associado. Biopirataria. Biodiversidade. Riscos. Desenvolvimentosustentável.

ABSTRACT

The aim of the present study is to verify the precautionary principle as the primary mechanism of environmental and indigenous protection in the recently approved Federal Law No 13.123/2015, that orders the access to genetic resources, traditional knowledge and financial benefit sharing. Since the main goal of regulating the access to genetic resources and traditional knowledge associated is the fight against biopiracy and the promotion of sustainable development, the analysis of the new Law requires checking the enforcement procedures created to encounter the abuse of such resources, once considered that the Law aims not to make it untouchable, but to protect it. The Law regulates mechanisms of implementing the precautionary principle as the major vehicle to achieve the aimed protection, due its resourcefulness regarding by taking preemptive measures in risks activities. As such, the study seeks to analyze whether these protection resources that exists in the new Law are defending both Brazil's biodiversity and Indigenous rights against damages caused by biopiracy.

Key words:Precautionary. Protection. Environmental. Indigenous. Genetic resources. Traditional knowledge. Biopiracy. Biodiversity. Risks. Sustainable development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO	155
1.1 O princípio da precaução e suas manifestações de proteção Erro! Indicador não definido.	5
1.2 A proteção contra os males da biopirataria.....	22
1.2.1 A biopirataria hoje.....	27
1.2.1.1 O TRIPS- (<i>Trade Related Intellectual Property Rights</i>)	27
1.2.2 As consequências da biopirataria.....	27
1.2.2.1. <i>A degradação ambiental</i>	28
1.2.2.2 <i>O desamparo às comunidades tradicionais</i>	31
1.2.2.3 <i>A perda da oportunidade de exploração econômica</i>	31
1.3 Os ordenamentos jurídicos anteriores à Lei 13.123/2015.....	33
1.3.1 Âmbito internacional.....	34
1.3.1.1 <i>A Convenção Sobre a Diversidade Biológica – CDB</i>	34
1.3.1.2. <i>O Protocolo de Nagoia</i>	37
1.3.2 Âmbito nacional	40
1.3.2.1 <i>A Medida Provisória nº 2.186/2001</i>	40
1.3.2.1.1. O contexto da criação da Medida Provisória.....	41
1.3.2.1.2. As falhas da Medida Provisória nº 2.186/2001	42
1.3.2.1.2.a. A excessiva burocracia da medida provisória.....	43
1.3.2.1.2.b. A autorização prévia e as falhas do CGen.....	44
1.3.2.1.2.c A omissão da existência de outros documentos relacionados à atividade de acesso	52
CAPÍTULO II. OS MECANISMOS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS NA NOVA LEI 13.123/2015	57
2.1. A proteção ambiental a partir do princípio da precaução na Lei 13.123/2015	58

2.1.1. A omissão das atividades de risco relacionadas ao acesso ao patrimônio genético.....	Erro! Indicador não definido.
2.1.2. A autorização prévia como instrumento de proteção.....	61
2.2 O princípio da precaução na proteção dos direitos indígenas	65
2.2.1. A ausência da participação da comunidade indígena na criação da Lei 13.123/2013	65
2.2.2. A nova composição do CGen e o poder de voto das comunidades indígenas.....	67
2.2.3. O Consentimento Prévio Informado (CPI) previsto na Lei 13.123/2015....	72
2.2.3.1. O Consentimento Prévio Informado e a anuência prévia.....	72
2.2.3.2. O novo conceito de acesso tradicional associado e suas implicações no CPI.....	74
2.2.3.3. As variadas formas de se comprovar o Consentimento Prévio Informado.....	75
2.2.3.4. As hipóteses em que o CPI não é necessário	77
2.3 O sistema de Repartição de Benefícios como aplicação da proteção do princípio da precaução	80
2.2.4.1. A limitação da repartição de benefícios imposta pela nova lei.....	82
2.2.4.2. O Fundo Nacional de Repartição de Benefícios	84
2.2.4.3. A isenção da repartição de benefícios pelo setor empresarial.....	87
CONCLUSÃO	8990
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	9798

INTRODUÇÃO

No dia 20 de maio de 2015, foi sancionada, pela Presidente Dilma Rousseff, a Lei 13.123/2015, que regula sobre o acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios.

A importância dessa regulação consiste na grande oportunidade de desenvolvimento sustentável¹ do país a partir de sua vasta riqueza informacional a partir da biodiversidade e de seus povos tradicionais. Assim sendo, para se atingir o desenvolvimento sustentável almejado, faz-se necessário analisar se a recém-sancionada Lei dispõe de mecanismos de incentivo à utilização dos recursos naturais de modo sustentável, garantindo a proteção dos institutos mais explorados nessa atividade: a biodiversidade e a comunidade tradicional indígena.

Devido às críticas² que surgiram em relação à recém-sancionada Lei 13.123/2015, que consideraram-na um retrocesso à regulação do acesso ao

¹ Gilberto Montibeller Filho explicita muito bem o que seria desenvolvimento sustentável em seu artigo Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável – conceitos e princípios: “Na Conferência Mundial sobre a Conservação e o Desenvolvimento, da IUCN(Ottawa/Canadá, 1986), o conceito de Desenvolvimento Sustentável e Equitativo foi colocado como um novo paradigma, tendo como princípios: coloque tudo em um parágrafo só, não há enumeração em nota de rodapé-integrar conservação da natureza e desenvolvimento; satisfazer as necessidades humanas fundamentais; perseguir equidade e justiça social buscar a autodeterminação social e da diversidade cultural; manter a integridade ecológica.

In: FILHO, Gilberto Montibeller. **Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável – conceitos e princípios.** Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/viewFile/6645/6263>>. Acesso em 2 de junho de 2015.

² Referência às notícias vinculadas ao assunto da sanção da Lei 13.123/2015, conhecida como a “Lei da Biodiversidade”. SILVA, Maura. **Apesar de vetos, Lei da Biodiversidade segue sendo retrocesso, afirma especialista.** Notícia publicada no dia 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2015/05/22/apesardosvetosleidabiodiversidadesequesendoumretrocessoafirmaespecialista.html>. Acesso em 12 de junho de 2015; OLIVEIRA, José Carlos. **Movimentos sociais querem veto à nova Lei da Biodiversidade.** Publicada no dia 18 de maio de 2015 (ainda fazia referência ao Projeto de Lei 7.735/2014, que deu origem à atual Lei 13.123/2015). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/488212-MOVIMENTOS-SOCIAIS-QUEREM-VETO-A-NOVA-LEI-DA-BIODIVERSIDADE.html>. Acesso em 12 de junho de 2015; SCHREIBER, Mariana. **Por que o Marco da Biodiversidade divide farmacêuticas e ambientalistas.** Publicada no dia 21 de maio de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_marco_biodiversidade_pesquisa_ms_rb. Acesso em 12 de junho de 2015; TIMMERS, Jean-François. **A nova lei da biodiversidade forja a injustiça socioambiental.** Publicada no dia 12 de maio de 2015 (fazia referência ao Projeto de Lei 7.735/2014). Disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2015/05/nova-lei-da-biodiversidade-forja-injustica-socioambiental.html>. Acesso em 12 de junho de 2015; FARIAS, Elaíze. **Pressa na aprovação da Lei de Acesso aos Recursos Genéticos ameaça povos tradicionais.** Publicada no dia 31 de março de 2015 (fazia referência ao Projeto de Lei 7.735/2014). Disponível em:

patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado no país, tem-se no presente estudo o objetivo de atestar a veracidade dessas alegações, pois se ameaçadas a tutela daqueles que são mais vulneráveis e explorados na atividade de acesso, não há que se falar em desenvolvimento sustentável, não alcançando, portanto, os objetivos da regulação no acesso às informações da biodiversidade do país³.

Dessa forma, antes de analisar sobre os mecanismos de proteção ambiental e social da recente lei, faz-se necessário, primeiramente, compreender quais são esses mecanismos, e o intuito de se regular o acesso ao patrimônio genético⁴ e ao conhecimento tradicional associado, ou seja, o que a regulação dessa atividade deseja combater ou promover.

Atenta-se, entretanto, para o foco da presente pesquisa em estudar a proteção aos direitos dos povos indígenas, não por ser mais ou menos importante do que as demais comunidades tradicionais, mas sim, pelo fato de ser uma comunidade nativa, de características peculiares e ainda não totalmente inseridas no meio social.

Outro foco a ser mencionado no presente estudo diz respeito à análise apenas do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, não sendo considerado, para o presente estudo, a questão da biossegurança e as regulações referentes aos Organismos Geneticamente Modificados (OGM).

Em relação aos principais mecanismos de proteção ambiental⁵ e social⁶ possíveis de serem adotados pela nova lei, dá-se enfoque aos instrumentos

<http://amazoniareal.com.br/pressanaaprovacaoaleideacessoaosrecursosgeneticosameacapovostradicionais/>. Acesso em 12 de junho de 2015.

³Dispõe o preâmbulo da Lei 13.123/2015: “Regulamenta o inciso II do § 1o e o § 4o do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3o e 4o do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências *In*: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

⁴O art. 2º, inciso I, da Lei 13.123/2015, conceitua patrimônio genético como sendo: informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos. *In*: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

⁵Ilidia Juras menciona os principais instrumentos de conservação da biodiversidade estipulado na Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, sendo eles: o estabelecimento de

voltados à aplicação do princípio da precaução. Tem-se por justificativa o alcance do mencionado princípio: por abranger os dois universos de análise, ou seja, está presente na questão ambiental e social, sendo o primeiro quando da realização de estudo de impacto ambiental prévio e o segundo no momento do consentimento prévio informado em relação à questão das comunidades indígenas ou de comunidade tradicional⁷. Além disso, é o referido princípio efetivo meio de proteção, uma vez que faz prevalecer a proteção ao bem jurídico tutelado, não admitindo que as dúvidas ou incertezas científicas da ocorrência de dano grave ou irreversível sejam motivos para que se permita a ocorrência da atividade de risco.

Após a análise dos mecanismos de proteção, parte-se para a análise da regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado que tem como objetivo se aproveitar, de forma sustentável, da riqueza informacional da biodiversidade do país, estabelecendo diretrizes para que, instituições interessadas no acesso a essas riquezas, sejam compelidas a respeitar as normas nacionais na busca da preservação do meio ambiente a ser acessado e

padrões de qualidade ambiental; zoneamento ambiental; avaliação de impactos ambientais; licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público; penalidades; Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais e instrumentos econômicos. In: JURAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins. **Instrumentos para a conservação da biodiversidade**. Disponível em: <http://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/images/conservacao.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2015.

⁶A proteção social dos povos indígenas é explicitada por Samia Barbieri em seu livro *Biopirataria e Povos indígenas* como medidas que a legislação que regula o acesso ao conhecimento tradicional associado deveria aplicar: “A legislação deve ainda garantir o direito à alteridade e à diferença, a autodeterminação dos povos indígenas sobre a sua cultura, que o Estado seja garantidor dos direitos intelectuais coletivos sobre os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, que cumpra o consentimento prévio e informado, bem como o respeito ao direito patrimonial sobre os seus conhecimentos, que faça a repartição justa e equitativa dos benefícios e que tenha políticas públicas eficazes para os povos indígenas detentores de uma cultura vastíssima, impedindo que sejam apenas fornecedores a multinacionais, que comercializam produtos no mercado consumidor, praticando a biopirataria da nossa megadiversidade.” BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

Conforme narra Pâmela dos Reis: “O Estudo do Impacto ambiental é um instrumento para a aplicação do princípio da precaução, na medida em que possibilita critérios estabelecidos para analisar a viabilidade ambiental de um empreendimento ou atividade, considerando-se os riscos que poderão ser tolerados. Todo cidadão deve ter acesso a informações ambientais e participar do processo de tomada de decisões por parte do Estado. Como alerta Paulo Affonso Leme Machado, ‘a prática dos princípios da informação ampla e da participação ininterrupta das pessoas e organizações sociais no processo das decisões dos aparelhos burocráticos é que alicerça e torna possível viabilizar a implementação da prevenção e da precaução para a defesa do ser humano e do meio ambiente’. É o cidadão, em primeiro lugar, que deve se manifestar se aceita suportar eventual risco que se verifica em determinado empreendimento.” In: REIS, Pâmela Oliveira dos. *Aplicação efetiva do Princípio da Precaução*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5. Acesso em 10 de junho de 2015.

das comunidades tradicionais consultadas, além de se comprometerem a repartir os benefícios provenientes da exploração econômica dos produtos fabricados a partir do acesso.

Com base nessas diretrizes, a atividade que não obedeça essas específicas condições, implica no que a regulação visa combater no país, conclui-se, portanto, ser a biopirataria o principal mal da regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois o fato de não possuir compromisso e respeito em relação a esses recursos, acaba gerando danos nesses, devido à utilização indevida da biodiversidade e ao abandono social proveniente da exploração de informações culturais de povo tradicional sem a devida repartição dos benefícios oriundos do “compartilhamento”.

Estando consolidadas as características da regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, como também as principais características e consequências da biopirataria, consegue-se, a partir de então, prever os principais mecanismos de proteção que devem ser adotados na proteção da biodiversidade e dos direitos indígenas na nova Lei 13.123/2015.

Com a identificação da finalidade da lei, as principais vulnerabilidades da atividade de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado em relação às questões ambientais e sociais dos direitos indígenas, e os principais mecanismos de proteção que serão analisados, passou a se construir o presente trabalho.

O capítulo I é composto pelos elementos necessários para o discernimento dos problemas a serem enfrentados pela nova lei no que tange à proteção ambiental e aos direitos indígenas, dessa forma, é composto pela explicação dos mecanismos de proteção do princípio da precaução, em seguida, analisa-se a biopirataria como principal mal a ser combatido na nova lei e suas principais consequências ao país, e, em seguida, faz-se o estudo das regulações anteriores à nova lei que serviram de influência sua elaboração.

Assim sendo, em relação às análises das leis anteriores, há a divisão entre os ordenamentos jurídicos internacionais e suas principais características que influenciaram o atual regulamento do acesso, e, em âmbito nacional, coube a explicação da Medida Provisória 2.186/2001, antecessora à atual lei.

Em relação à Medida Provisória 2.186/2001, os estudos foram mais detalhados, pois, trata-se de importante documento de comparação à atual lei, possibilitando a análise da solução dos vícios da referida norma e de apontamentos das possíveis mudanças na regulação com a nova lei.

Ainda referente à antiga medida provisória, seu estudo tivera grande peso no presente trabalho, pelo fato de ter sido considerada uma norma deficiente, que havia muitas falhas e projetos de insucesso, dando ensejo a muitas disputas judiciais, que criticavam ser inaplicável a referida norma na vida prática, devido a excessivos instrumentos burocráticos.

Entre as disputas judiciais estudadas acerca da insuficiência da antiga medida provisória, deu-se maior atenção para uma em específico: a AI 0002090.02.2013.4.03.0000/SP, que diz respeito a um pedido de antecipação de tutela para acessar o patrimônio genético sem a necessidade da respectiva autorização, visto ser o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – Cgen⁸, incapaz de atender às demandas de autorização, e, por entender ser inconstitucional a exigência da autorização prévia, por atingir os interesses da livre iniciativa econômica e da atividade científica.

Entendidos os principais problemas a serem enfrentados pela nova lei, e o contexto em que ela se insere, passa-se à análise da sua eficácia na proteção aos direitos ambientais e dos direitos indígenas.

Dessa forma, o Capítulo II consiste, primeiramente, nos estudos sobre o princípio da precaução como mecanismo de proteção ambiental na nova lei, ressaltando suas principais características, seja na presença ou ausência de mecanismos de proteção; após, analisa-se o princípio da precaução na defesa dos direitos indígenas e a sua aplicação na lei 13.123/2015, ressaltando a adoção de novos mecanismos no ordenamento jurídico do princípio da precaução, como o Consentimento Prévio Informado e a participação popular na composição do CGen, e, por fim, faz-se análise do novo sistema de repartição de benefícios da nova lei.

Em relação à repartição de benefícios, entendeu ser necessária a presença desse instituto pelo fato dele ser o principal mecanismo de

⁸Art. 10. Fica criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, de caráter deliberativo e normativo, composto de representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Medida Provisória."In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

complementação da proteção almejada pelo princípio da precaução. Explica-se: se a proteção social que se almeja com a aplicação do princípio da precaução é a de que não haja o abandono social das comunidades detentoras de conhecimento, é através da repartição de benefícios que esse fato será evitado, ou seja, é a junção do princípio da precaução e do instrumento de repartição de benefícios que se garante a proteção ambiental e social na nova lei.

Assim sendo, o último tópico do capítulo II, refere-se à repartição de benefícios na nova lei e suas principais mudanças na nova Lei 13.123/2015.

Com base nesses dois capítulos, foi possível verificar se realmente as críticas em relação à nova lei estavam corretas ou não.

CAPÍTULO I. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO E AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

Antes da análise das implicações da nova Lei 13.123/2015, faz-se necessário entender, primeiramente, sobre os mecanismos do princípio da precaução na proteção ambiental e social, em seguida, analisa-se a importância de se regular o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, para garantir a proteção do país em relação à biopirataria.

Uma vez que as principais consequências da biopirataria afetam as dimensões ambiental, social e econômica, a fim de se proteger desses ataques, caberá ao Estado instituir regras concentrando-se justamente nessas três esferas. Dessa forma, a fim de melhor asseverar sobre a eficácia da nova lei, é necessário, antes de tudo, ter conhecimento acerca da biopirataria e dos prejuízos causados por ela.

Outrossim, pelo fato da regulamentação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional ter sido influenciada por outros ordenamentos jurídicos, tanto de âmbito internacional quanto nacional, é necessário que se conheça das principais características desses documentos e suas implicações para a consolidação da nova lei.

Em relação ao âmbito jurídico nacional, a medida provisória 2.186/2001 foi a antecessora à nova lei 13.123/2015, e, justamente por ter sido uma norma que continha diversas falhas em sua aplicação, sendo insuficiente no combate à biopirataria, sua análise é de fundamental importância para verificar se a nova lei conseguiu suprir esses vícios, além de aprimorar a regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

1.1 O princípio da precaução e suas manifestações de proteção

O princípio da precaução representa importante instrumento de proteção ao bem jurídico, por depender de análises prévias do risco de dano em relação às atividades humanas. Dessa forma, sua principal característica é a proteção do bem

jurídico a ser afetado perante a incerteza científica do dano a ser causado pela atividade de risco.

Assim sendo, diante da necessidade de análise prévia dos riscos da atividade, o princípio da precaução necessita do apoio de outros princípios, como o da prevenção⁹ e o da participação popular¹⁰ para alcançar a proteção almejada.

Dessa forma, passa-se à análise das principais formas de manifestação desse princípio na busca pela proteção ambiental, por meio das autorizações prévias à execução das atividades e por meio da participação da comunidade afetada na tomada de decisões acerca da permissão da execução da atividade.

O princípio da precaução, embora ainda não tenha um conceito bem definido¹¹, de acordo com Alexandre Kiss, a definição mais comumente aceita para

⁹ “O princípio da prevenção é basilar em Direito Ambiental, concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”. In: MILARÉ, Édís. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31982-37487-1-PB.pdf>>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

¹⁰ “O princípio da participação comunitária, que não é exclusivo do Direito Ambiental, expressa a ideia de que para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política ambiental. De fato, é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam à proteção e melhoria do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos. Exemplo concreto deste princípio são as audiências públicas em sede de estudo prévio de impacto ambiental”. In: MILARÉ, Édís. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31982-37487-1-PB.pdf>>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

¹¹ De acordo com Paulo Bessa, o princípio da precaução ainda não possui um consenso entre estudiosos e partes envolvidas. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12.e.d.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.)

Pelo fato desse princípio estar presente em diversos tratados internacionais, a busca por um conceito concreto torna-se mais difícil, pois cada regulamento possui sua peculiaridade em explicitar como será aplicado o princípio da precaução.

Fora o princípio 15 da Declaração do Rio, o princípio da precaução também está presente em outros tratados e convenções internacionais, assim elencados por Cecílio Ayala e Samantha Teixeira: 1) A declaração ministerial adotada na segunda Conferência Internacional para Proteção do Mar do Norte (1987) (§ VII e XV.1) confirmado pela Declaração Ministerial adotada na terceira Conferência Internacional, em 1990, para proteção do mar do norte (preâmbulo); 2) Protocolo de Montreal referente a substâncias que destroem a camada de ozônio de 1987 (preâmbulo e § 6 modificado 1990); 3) Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 1992 (Artigo 3º (3)) (preâmbulo); 4) Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 (preâmbulo); 5) Protocolo de Cartagena sobre biodiversidade (Artigo 8). Em: AYALA, Cecilio Arnaldo Rivas; TEIXEIRA, Samantha Ribas. O fortalecimento do princípio da precaução, uma conquista do direito ambiental contemporâneo. In: I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE, 1, 2012, Florianópolis. Anais. I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE. Florianópolis: 2012.

Outrossim, os ilustres autores esqueceram de mencionar o Tratado de Maastrich que simbolizou a aplicação do princípio da precaução na União Europeia, como bem destaca Renato Lisboa.. (ALTEMANI, Renato Lisboa. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E AS NORMAS DA OMC O caso da

caracterizá-lo encontra-se no princípio 15 da Declaração do Rio¹², que assim declara:

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Em que pese a ausência de consenso, são elementos centrais do entendimento do princípio da precaução, a incerteza científica e a percepção de risco de dano ambiental¹³. Dentre as interpretações de ambos os preceitos, tem efeito processual o entendimento da inversão do ônus da prova¹⁴ e da aplicação do princípio *in dubio pro natura*¹⁵ como medidas aplicáveis diante da incerteza científica e risco de dano. Nesse sentido, é o próprio empreendedor quem tem de provar a viabilidade do seu empreendimento, inclusive, acerca dos danos reais e potenciais ao meio ambiente à cultura ou à população tradicional por ventura presente no caso em concreto. Não convencido das provas apresentadas, pode o Estado negar o acesso ao recurso ou à sua utilização diante da incerteza dos impactos em potencial.

Assim, partindo-se do pressuposto de que toda atividade humana¹⁶ é potencialmente impactante, ou seja, apresenta riscos à sociedade¹⁷, o princípio da

EC-BIOTECH. 2009. 200p (Dissertação de mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis.)

¹² A Declaração do Rio foi o documento internacional resultante da Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizado na cidade do Rio de Janeiro em 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso no dia 2 de junho de 2015.

¹³ MILARÉ, Édís; SETZER, Joana. Campos eletromagnéticos: aplicação do princípio da precaução, Brasília, ACEL, 2005, p. 09. MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 6-25, jan./mar. 2006

¹⁴ BELTRÃO, Antônio F. G. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 40

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. *In dubio pro natura*: interpretação da lei ambiental. *Boletim Informativo Bonijuris*, v. 6, n. 26, p. 2330-2329, set. 1994.

¹⁶ “(...) o princípio da precaução reflete o reconhecimento de que as atividades humanas tendo um impacto sobre o ambiente, muitas vezes têm consequências negativas que não podem ser completamente previsíveis ou verificáveis antes da ação. Em sua aplicação, o princípio da precaução requer que uma ação não deva ser executada se ela coloca um risco desconhecido de dano. Procedimentalmente, o princípio da precaução impõe, sobre aqueles que desejam empreender uma ação, o ônus da prova de que ela não prejudicará o ambiente.” *In*: WOLFRUM, Rüdiger. O Princípio da Precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávio Barros (orgs.). Princípio da Precaução. [s.l.]: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, [entre 2002 e 2014].

¹⁷ “Segundo Beck (1997, p. 75) desde uma operação individual, até as ações em massa, todos os acontecimentos presentes na sociedade pós-moderna acarretam em consequências globais e, junto a elas, a possibilidade de danos não previstos. São ameaças que incidirão, principalmente, no meio

precaução necessita de medidas¹⁸ que avaliem o “nível” desses riscos para se proteger dos prováveis resultados adversos que possam surgir, outrossim, não há que se falar em incerteza de ocorrência de dano grave ou irreparável sem que haja a comprovação de riscos elevados.

Nesse sentido, defende Pâmela Reis que o princípio da tem, nos instrumentos de Estudo de Impacto Ambiental, sua principal concretização, pelo fato de analisar a viabilidade ambiental de uma atividade ou empreendimento levando-se em conta os riscos fornecidos por ela:

O Estudo do Impacto ambiental é um instrumento para a aplicação do princípio da precaução, na medida em que possibilita critérios estabelecidos para analisar a viabilidade ambiental de um empreendimento ou atividade, considerando-se os riscos que poderão ser tolerados. Seu objetivo é descrever os impactos ambientais previsíveis em decorrência de referida atividade, apontando a extensão destes impactos e seus graus de reversibilidade, dando alternativas que sejam apropriadas para dirimir impactos negativos sobre o ambiente. Ainda dando a hipótese de não execução do projeto.¹⁹

Em relação à proteção da sociedade, continua a autora explicitando a importância que se tem na transparência de informações e na participação da população acerca do processo de tomada de decisões das atividades de risco, pois será a sociedade quem irá suportar o possível dano, como bem expõe:

Todo cidadão deve ter acesso a informações ambientais e participar do processo de tomada de decisões por parte do Estado. Como alerta Paulo Affonso Leme Machado, “a prática dos princípios da informação ampla e da participação ininterrupta das pessoas e organizações sociais no processo das decisões dos aparelhos burocráticos é que alicerça e torna possível viabilizar a implementação da prevenção e da precaução para a defesa do ser humano e do meio ambiente”. É o cidadão, em primeiro lugar, que deve

ambiente que nos cerca e, por conseqüência, contra a própria existência do homem na terra. Esta inevitável relação entre desenvolvimento da sociedade, expansão tecnológica e os perigos deles decorrentes são o objeto de análise do modelo sociológico conhecido por sociedade de risco.” (AUGUSTIN, Sérgio ; JOHN, Natacha . O desafio da sustentabilidade na sociedade de risco: uma questão de educação e conscientização ambiental. In: I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE, 1, 2012, Florianópolis. Anais. I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE. Florianópolis: 2012.)

NÃO TEM ESPAÇO ENTRE AS NOTAS, ARRUMAR TODOS.

¹⁸ Essas medidas antecipatórias de proteção ambiental são hoje caracterizadas pelos licenciamentos ambientais, que são caracterizados pela anuência do Poder Público com determinada obra ou atividade, conforme definição de Trennepohl, ademais, estão inseridos os estudos necessários para o licenciamento, sendo eles o Estudo de Impacto Ambiental, o Relatório de Impacto Ambiental, a Análise de Risco e os Programas de Monitoramento. In: TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niterói:Impetus, 2013.

¹⁹ REIS, Pâmela Oliveira dos. Aplicação efetiva do Princípio da Precaução. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5. Acesso em 10 de junho de 2015.

se manifestar se aceita suportar eventual risco que se verifica em determinado empreendimento.²⁰

Embora o princípio da precaução seja mais utilizado na proteção ambiental, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) entende ser aplicável esse princípio em relação à proteção dos direitos das comunidades indígenas, pois os riscos da atividade ligada a exploração de recursos naturais de influência indígena estão ligados ao dano cultural e ao impacto no modo de vida dessas comunidades.

Assim sendo, o referido Tribunal utiliza o princípio da precaução e da prevenção como principais mecanismos de defesa dos interesses culturais e de identidade dessas comunidades em relação às atividades exploradoras de recursos energéticos em área indígena, como pode ser percebido a partir do excerto comum presente no voto dos processos AGRAC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT²¹, EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA²² e AG 0076857-68.2013.4.01.0000/MT²³, julgados pela Quinta Turma do Egrégio Tribunal:

A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de

²⁰ REIS, Pâmela Oliveira dos. Aplicação efetiva do Princípio da Precaução. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5. Acesso em 10 de junho de 2015.

²¹ Trata-se de Agravo Regimental em Apelação Cível da Companhia Hidrelétrica UHE Teles Pires contra decisão do juiz singular que deferiu a antecipação de tutela ajuizada pelo Ministério Público, IBAMA e a Empresa de Pesquisa Energética, para sobrestar licenciamento dessa companhia, suspendendo suas obras de implementação, já que sua execução ocorreu sem a devida consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas afetados. AGRAC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 09/10/2013, publicado em 29/10/2013, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=58918120124013600&pA=&pN=58918120124013600>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

²² Consiste nos Embargos de Declaração na Apelação Cível, em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública contra o IBAMA e Eletronorte, para impedir o IBAMA de realizar o licenciamento ambiental da Usina de Belo Monte, pois a implementação dessa atividade ocorreu sem a devida consulta prévia à comunidade indígena afetada. EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 13/08/2012, publicado em 27/08/2012, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=7098820064013903&pA=200639030007118&pN=7098820064013903>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

²³ Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Mato Grosso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA, GLOBAL ENERGIA ELÉTRICA S/A e EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE, determinando a suspensão do licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica Paiaguá, pelo fato da sua implementação não dispor da anuência livre, prévia e informada da comunidade indígena afetada. AG 0076857-68.2013.4.01.0000/MT, Rel. Desembargador Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 14/05/2014, publicado em 13/06/2014, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=768576820134010000&pA=&pN=768576820134010000>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).²⁴

Desta feita, outro importante mecanismo da incidência do princípio da precaução na proteção social está no Consentimento Prévio Informado²⁵, previsto na nova lei, caracterizado por ser o instrumento de análise prévia da atividade que tenha implicações diretas na comunidade em questão, cabendo, assim, à essa comunidade decidir se suportará ou não os riscos dessa atividade por meio do seu consentimento.

Assim sendo, temos no estudo de impacto ambiental, no consentimento prévio informado e na participação popular os principais instrumentos que identificam

²⁴ Excerto presente nos votos dos processos: AGRAC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 09/10/2013, publicado em 29/10/2013, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=58918120124013600&pA=&pN=58918120124013600>>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 13/08/2012, publicado em 27/08/2012, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=7098820064013903&pA=200639030007118&pN=7098820064013903>>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

AG 0076857-68.2013.4.01.0000/MT, Rel. Desembargador Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 14/05/2014, publicado em 13/06/2014, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=768576820134010000&pA=&pN=768576820134010000>>. Acesso no dia 15 de julho de 2015.

²⁵ Conforme a lei 13.123/2015, consentimento prévio informado é “consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”. *In*: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

Outrossim, para Laura Firestone, o “consentimento prévio informado é a exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o seu consentimento voluntário antes que uma pessoa, instituição ou empresa tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seu território. É vital para essa definição, no entanto, que as comunidades sejam informadas dos riscos e benefícios de um projeto, para então dar de fato a sua autorização voluntária.”

LAUREL, Firestone. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. *In*: **Quem cala consente?** subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. (orgs.) -- São Paulo : Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: https://loja.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

o risco de dano ambiental e o relaciona com os entendimentos científicos presentes, sendo assim essa a aplicação do princípio da precaução.

A implementação desse princípio, entretanto, como bem assegura Paulo Leme Machado²⁶, não significa paralisar todas as atividades humanas, por enxergar males e danos em tudo que vê, mas sim, consiste na busca pela conservação e durabilidade da qualidade de vida existente no planeta, Beck resume muito bem o raciocínio do princípio da precaução através da expressão “gaste um cent hoje, salve um euro amanhã”²⁷. (tradução livre).

Ademais, outra relevante implicação do princípio da precaução está na participação popular das decisões administrativas a respeito dos riscos a serem suportados, pois conforme defende Renato Lisboa²⁸, a própria sociedade é quem deve decidir se irá suportar os riscos ou não, deixar a responsabilidade dessa escolha apenas aos cientistas implica na vulnerabilidade da sociedade, pois mesmo a ciência já demonstrou sua fragilidade em “prever” os danos, como é o caso descoberta da nocividade de pesticidas em alimentos, efeito de radiação sobre nascituros e aquecimento global que outrora foram considerados seguros pela comunidade científica²⁹.

A partir do conhecimento dos principais mecanismos de proteção do princípio da precaução, analisa-se o problema enfrentado pela regulação do acesso ao

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional e Comparado. *In*: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávio Barros (orgs.). **Princípio da Precaução**. [s.l.]: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, [entre 2002 e 2014].

²⁷ Risk is not the same as catastrophe, but the anticipation of the future catastrophe in the presence. As a result, risk leads a dubious, insidious, would-be, fictitious, allusive existence: it is existent *and* non-existent, present *and* absent, doubtful *and* real. In the end it can be assumed to be ubiquitous and thus grounds a politics of fear and a politics of prevention. Anticipation necessitates precaution and this obeys, for example, the calculation: spend a cent today, save a Euro tomorrow – assuming that the threat which does not (yet) exist really exists. *In*: BECK, Ulrich. **Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision**. Disponível em: <http://www.ulrichbeck.net-build.net/uploads/constellations.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2015.

²⁸ “Beck propõe que a democracia ganhe uma extensão ecológica, com a participação popular nas decisões administrativas relativas a risco ambiental. A própria sociedade, assim, assumiria a responsabilidade por avaliar o discurso científico e decidir sobre as controvérsias entre especialistas, exercendo ativamente o poder de decidir quanto aos riscos ambientais que esteja disposta a assumir, criando-se assim uma espécie de ‘ciência pública’”

ALTEMANI, Renato Lisboa. **O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E AS NORMAS DA OMC** O caso da EC-BIOTECH. 2009. 200p (Dissertação de mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis.

²⁹ ALTEMANI, Renato Lisboa. **O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E AS NORMAS DA OMC** O caso da EC-BIOTECH. 2009. 200p (Dissertação de mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis.

patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para que a proteção dos bens jurídicos tutelados seja efetiva.

1.2A proteção contra os males da biopirataria

Para a melhor compreensão de como os mecanismos de proteção ambiental e social devem incidir no acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, faz-se necessário melhor entendimento sobre a biopirataria, principal mal a ser combatido pela regulação, e os impactos causados por ela no âmbito econômico, ambiental e social.

O termo 'biopirataria' foi lançado em 1993 pela ONG RAFI para alertar sobre o fato de que recursos biológicos e o conhecimento indígena estavam sendo apanhados e patenteados por empresas multinacionais e instituições científicas, e que, as comunidades que durante séculos usam estes recursos e geraram estes conhecimentos, não estão participando nos lucros³⁰.

O conceito de biopirataria, de acordo com o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED), consiste em:

Ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica). A biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais - dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos³¹.

Com base nessas informações, pode ser percebido o por que da biopirataria ser uma grande ameaça ao Brasil, uma vez que o país conta com uma extensão territorial de 8.515.767,049 km²³² e cerca de 20% do número total de espécies do

³⁰ _____, Biopirataria na Amazônia Disponível em <http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_faq.htm>. Acesso em 2 de junho de 2015.

³¹ Disponível em: <http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_faq.htm>. Acesso em 2 de junho de 2015.

³² Dados do IBGE. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm> Acesso em 2 de junho de 2015.

planeta³³, sendo considerado o mais megadiverso do mundo³⁴. Não bastasse possuir essa exuberante diversidade biológica, o país ainda conta com comunidades locais, indígenas, quilombolas ou agricultores tradicionais que possuem antigo conhecimento, passado de geração em geração, da utilização de plantas ou substâncias de animais presentes nas florestas “inexploradas” para o benefício humano.

A aliança entre essas características fazem do Brasil o alvo perfeito para a biopirataria, em razão da sua riqueza natural que se torna fator de cobiça para outros países que encaram essa ampla variedade biológica e de conhecimentos como fonte de matéria-prima “inédita” no mercado internacional.

Acredita-se que a biopirataria no Brasil exista desde a chegada dos portugueses, em 1500, que aproveitaram do conhecimento indígena para fazerem a extração do pigmento vermelho do pau-brasil (*Caesalpinia echinata*), e, devido à intensa exploração no corte dessa madeira, o pau-brasil quase foi extinto do nosso país³⁵.

Outro grande exemplo, com ênfase no aspecto econômico, ocorreu na exploração da seringueira: no ano de 1736 foram contrabandeadas sementes das seringueiras do Brasil e levadas, pelos ingleses, para a África e Malásia. Devido ao grande destaque que a Malásia obteve na produção do látex, o Brasil deixou de ser o principal fornecedor da matéria-prima no mercado mundial³⁶, levando à derrocada o Ciclo da Borracha na Amazônia.³⁷

³³ Disponível em <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>. Acesso em 2 de junho de 2015.

³⁴ O conceito de Megadiversidade foi idealizado por Russell Mittermeier, presidente da Conservation International. Através de estudos organizados pela organização ambientalista Conservation International, elencaram-se os 17 países com maior biodiversidade do planeta, são eles: Brasil, Colômbia, México, Venezuela, Equador, Peru, Estados Unidos, África do Sul, Madagascar, República Democrática do Congo (ex-Zaire), Indonésia, China, Papua Nova Guiné, Índia, Malásia, Filipinas e Austrália. In: FONSECA, Gustavo. Os 17 países da megadiversidade. Disponível em: <<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975> Acesso em 2 de junho de 2015>.

³⁵ LADICO, Dircilene da Silva. **Biopirataria internacional, patentes e cidadania: proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio cultural comunitário**, 2011, 172p. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo.

³⁶ Entretanto, não há que se falar que o Brasil foi apenas vítima desse tipo de exploração, visto que o seu maior destaque no atual cenário econômico mundial é a exportação de produtos originários de outras regiões: como é o caso do café, que de tão importante, constituiu um marco histórico no cenário político-econômico do país, a soja e a cana-de-açúcar.

A Federação da Agricultura e da Pecuária do Estado de Minas Gerais lançou, em agosto de 2014, a lista dos produtos mais exportados pelo Brasil, entre eles há o destaque para o café, a carne bovina, o couro, a soja, a madeira e o açúcar. In: _____. Produtos mais exportados pelo Brasil. Disponível em <http://www.faemg.org.br/Noticia.aspx?Code=6750&ContentVersion=C&Show=all>. Acesso em 5 de junho de 2015.

Para um melhor entendimento, primeiro se esclarece a biopirataria hoje (1.2.1.), para em seguida melhor entender suas consequências (1.2.2.).

1.2.1 A Biopirataria hoje

Para a caracterização da biopirataria atual, foram dois os marcos internacionais necessários para sua instituição: a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que dispôs sobre a soberania nacional dos Estados onde o patrimônio genético está situado e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comercio (TRIPS – Trade RelatedAspectsofIntellectualPropertyRights), que conferiu os direitos de patente em âmbito internacional aos produtos fabricados a partir do patrimônio genético.

Dessa forma, a biopirataria que se tenta combater atualmente é justamente essa que infringe os direitos de propriedade e soberania da nação, adquire conhecimentos e recursos genéticos “inéditos” a fim de produzir elevados faturamentos às empresas possuidoras de tecnologia sem prestar benefício algum ao país detentor da riqueza informacional.

Acrescente-se a essa definição, o acesso ao conhecimento tradicional associado, que também é indevidamente explorado sem qualquer concessão de benefícios às comunidades detentoras desse conhecimento, que, além de gerar altos faturamentos à essas empresas, reduz o custo de pesquisa dessas instituições com a utilização do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.

Ainda que não faça parte da presente pesquisa. À título de exemplo da ocorrência da biopirataria no Brasil, citam-se os casos registrados no país, sendo eles: o cupuaçu, o açaí, a andiroba, a copaíba, a ayahuasca, o sapo verde da Amazônia, a espinheira santa, o jaborandi, o jambu, a jararaca e o pau-rosa³⁸, todos

De acordo com as informações do Ministério da Agricultura, o café é originário da África. *In*: MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. [s..n.t.]. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/vegetal/culturas/cafe/saiba-mais>. Acesso em 5 de junho de 2015.

De acordo com a EMBRAPA, a soja é originária da China. *In*: EMBRAPA. A soja no Brasil. Disponível em: <http://www.cnpso.embrapa.br/producaosoja/SojanoBrasil.htm>. Acesso em 5 de junho de 2015.

E, de acordo com o Conselho de Informações sobre Biotecnologia, a cana-de-açúcar é originária do sudeste asiático. *In*: _____. Guia da cana de açúcar. Disponível em: <http://cib.org.br/biotec-de-a-a-z/publicacoes/guia-da-cana-de-acucar/origem/>. Acesso em 5 de junho de 2015.

³⁷ BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo:Almedina, 2014.

³⁸ Disponível em: http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_casos.htm. Acesso em 2 de junho de 2015.

patenteados por empresas internacionais sem consentimento ou qualquer distribuição de benefícios, impedindo a própria comercialização e utilização interna por causa da patente incidente.

1.2.1.1 O TRIPS – (*Trade Related Intellectual Property Rights*)

Cabe aqui especial atenção para o TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights), que teve repercussão na criação do atual conceito de biopirataria, pois garantiu a patente internacional de produtos fabricados a partir do acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado sem se importar com a origem desses recursos.

É nesse contexto que surge, através da OMC, o TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights), acordo internacional que consiste em reforçar a imposição das patentes no âmbito mundial.

Manuela Carneiro da Cunha, expõe brilhantemente o cenário de surgimento da TRIPS, proporcionada pelos constantes prejuízos havidos em relação ao desrespeito de patentes, que até então só havia força local, não afetando outros países:

A CDB foi decidida no foro das Nações Unidas e encontrou uma série de restrições dos EUA, sobretudo referentes à transferência de tecnologia. Os EUA preferiram mudar as discussões para um foro que lhes fosse mais favorável, o do GATT (General Agreement on Trade and Tariffs), substituído em 1995 pelo WTO (OMC Organização Mundial de Comércio). Substituído, mas também fortalecido: no final da chamada Rodada do Uruguai, conseguiram vincular sanções comerciais à exigência de normas mínimas de proteção à propriedade intelectual. Ou seja, patentes deveriam ser respeitadas mundialmente. Não é evidentemente por acaso: vimos que a esmagadora maioria das patentes são detidas pelos países desenvolvidos. Os EUA reclamavam em 1994 que só em produtos farmacêuticos perdiam, por ano, US\$ 2 bilhões e meio de royalties que não eram pagos. Essa pressão resultou nos chamados TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio)³⁹ ...

O TRIPS é muito criticada sob o ponto de vista dos países em desenvolvimento por ser um mecanismo possível de acarretar exclusão social e possuir grande influência para a prática da biopirataria. Isso porque favoreceu um

³⁹CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext. Acesso em 6 de junho de 2015.

sistema de patenteamento, ignorando se os conhecimentos obtidos foram originários de comunidades tradicionais ou se houve consentimento do país possuidor da informação⁴⁰.

Artigo 27

Matéria Patenteável

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial⁵. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.⁴¹

Outrossim, esse acordo retira de cena as possíveis formas de patenteamento do conhecimento tradicional, uma vez que só considera sob égide da patente produtos que sofreram alguma intervenção tecnológica, excluído claramente os países em desenvolvimento e suas comunidades que não possuem recursos tecnológicos suficientes para transformar seus produtos, como bem expressa o inciso 3 do artigo 27 do TRIPS:

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.⁴²

O fato do TRIPS não se importar com a origem ou procedimento para obtenção do produto a ser patenteado, constitui, assim, poderoso meio de defesa das empresas a continuar explorando a biodiversidade sem consentimento dos países provenientes do recurso genético ou conhecimento, uma vez que sua patente estará garantida.

Como bem assegurado anteriormente, o conceito atual de biopirataria leva em consideração o poder internacional de patentes sobre produtos fabricados a partir do patrimônio genético, sendo esse o principal mecanismo de exclusão social, pois uma

⁴⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Controle e a Repressão da Biopirataria no Brasil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/amb3.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁴¹ ACORDO TRIPS. Disponível em: http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf. Acesso em 6 de junho de 2015.

⁴² ACORDO TRIPS. Disponível em: http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf. Acesso em 6 de junho de 2015.

vez patentado o produto, por força da patente, a própria comunidade detentora do conhecimento acerca do patrimônio genético fica limitada a utilizá-lo, há uma lesão aos direitos dessas comunidades, pois limitar a utilização da biodiversidade para esses povos, implica atingir a sua manifestação cultural e o seu modo de vida.

1.2.2 As consequências da biopirataria

A biopirataria, por envolver a prática do aproveitamento da biodiversidade de outro país, sem a sua autorização, para fins de desenvolvimento de pesquisas e patenteamento do produto obtido sem repartir os benefícios provenientes dessa exploração, gera, portanto, três principais consequências ao país, sendo eles: a degradação ambiental; o desamparo às comunidades tradicionais, em especial a indígena e a perda da oportunidade de exploração econômica, que passam a ser analisados a partir da degradação ambiental (1.2.2.1.), do desamparo às comunidades tradicionais (1.2.2.2.) e da perda da oportunidade de exploração econômica(1.2.2.3.).

1.2.2.1 A degradação ambiental

Uma vez que a biopirataria envolve a necessidade da obtenção de exemplares da biodiversidade para a realização de pesquisas, a base para o seu desenvolvimento consiste na aquisição dos espécimes a serem estudados. Dessa forma, a fim de adquirir as amostras do patrimônio genético, as instituições de pesquisa recorrem aos meios necessários para sua aquisição;

É importante ressaltar que a busca, coleta e extração da biodiversidade sem o devido controle acarreta no desequilíbrio ambiental do meio, assim sendo, essas práticas devem ser devidamente fiscalizadas a fim de se evitar eventuais danos ou até mesmo a extinção de espécies naturais.

A biopirataria hoje possui o tráfico ilegal de animais e plantas como seu maior fornecedor de materiais da biodiversidade, sendo, portanto, sua maior incentivadora. O tráfico ilegal de animais e plantas nesse caso, é caracterizado tanto pelo ingresso de pesquisadores internacionais em solo brasileiro para coletar espécimes, quanto

pela compra de amostras através de índios ou comunidades carentes para enviar aos centros de pesquisa⁴³.

Nos resultados obtidos pela CPI da biopirataria⁴⁴, constata-se que o tráfico de animais é a segunda maior causa de extinção das espécies, perdendo apenas para a supressão de habitat⁴⁵.

Outrossim, nesse mesmo documento foram realizadas diversas audiências públicas a fim de se constatar a periculosidade da biopirataria ao nosso país, e, em alguns desses depoimentos ressalta-se a gravidade do impacto ambiental causado por essa prática ilegal:

1ª Audiência Pública da CPIBIOPI – 10/11/04 - JORGE BARBOSA PONTES, Delegado da Polícia Federal e Chefe da Divisão de Prevenção e Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente

“Destacou que o crime ambiental tem caráter diferente dos demais, pois as batalhas contra ele, uma vez perdidas, são perdidas para sempre. Disse que o tráfico de espécies ameaçadas envolve bilhões de dólares, sendo o terceiro mais lucrativo do mundo, atrás apenas do tráfico de drogas e armas. Quarenta por cento de toda fauna e flora do mundo estão localizadas nas florestas tropicais úmidas e a maior de todas as florestas é a Amazônica. Afirmou que a atividade voltada para a prática de crimes ambientais é organizada, estratificada e departamentalizada, adquirindo características empresariais e semelhantes às atividades da Máfia.”

“A Polícia constatou que, muitas vezes, os traficantes jogam fora, no toailete dos aeroportos, os animais – alguns raríssimos – da mesma forma que o traficante de drogas faz com a cocaína⁴⁶.”

5ª Audiência Pública da CPIBIOPI – 01/12/04 - GONZALO ENRIQUEZ, Professor da Universidade Federal do Pará e Membro da ABIPTI

“Ao sugerir a necessidade de uma política pública para o controle da biopirataria, afirmou que a inércia governamental tornou o Brasil refém dos países detentores das tecnologias de ponta, que buscam de forma arbitrária a transferência de recursos genéticos para suas indústrias, principalmente a farmacêutica. Afirmou, em seguida, que o tráfico de animais silvestres movimentava entre US\$ 10 e 20 bilhões no mundo e, no Brasil, US\$ 1,5 bilhão ao ano, sendo contrabandeados cerca de 38 mil animais silvestres. Citou alguns

exemplos de animais contrabandeados e seus valores, com base em informação da RENCITAS: Jararaca (US\$ 1 mil); aranha-marrom (US\$ 800); sapos amazônicos (US\$ 300 a 1.500); besouros (US\$ 450 a 8 mil). Alerta

⁴³ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁴⁴ CPI realizada pela Câmara dos Deputados no ano de 2006, com a finalidade de se estudar a biopirataria no Brasil e os seus impactos para o país. Para mais informações, ver Relatório Final da CPIBIOPI.

⁴⁵ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁴⁶ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015.

que as extensas fronteiras amazônicas facilitam o contrabando, aliado à pouca fiscalização e à documentação normalmente “esquentada”.⁴⁷

Em vista dos prejuízos causados ao meio ambiente através do tráfico de animais financiado pela biopirataria, faz-se necessário o combate desta no país, uma vez que os danos causados por ela na biodiversidade são expressivos e, muitas vezes, irreversíveis. Os impactos causados a uma espécie poderão afetar a dinamicidade do ecossistema, assim sendo, os demais organismos que se relacionavam com ela também serão afetados, gerando uma reação em cadeia, empobrecendo, assim, a biodiversidade.

1.2.2.2 O desamparo às comunidades tradicionais

O desamparo às comunidades tradicionais se caracteriza não apenas pelo impacto ambiental, mas sobretudo pelo impacto social, o qual merece destaque. A necessidade de regulamentação capaz de proteger essa vulnerabilidade se faz ainda pelo alto grau de rentabilidade que é um atrativo às empresas, possibilitando danos sociais, se mal regulado.

No que diz respeito ao impacto social, o fato das empresas multinacionais se aproveitarem do conhecimento tradicional e patentarem a informação obtida faz com que os próprios índios sejam limitados a usufruir da sua própria cultura em função da patente imposta, além de não terem participação alguma nos lucros obtidos dos produtos fabricados a partir do conhecimento acessado.

Samia Barbieri melhor explicita o impacto cultural causado:

O uso desses saberes tradicionais não fere o direito dos povos tradicionais sobre a sua cultura e sua forma de viver, mas quando há o patenteamento existe a restrição imposta aos povos indígenas de utilizarem os seus próprios saberes tradicionais, sem qualquer repartição de benefícios sobre o que é seu. Isto é desigual e deve ser revertido com uma legislação e um controle mais rigoroso sobre a prática da biopirataria.⁴⁸

E acrescenta:

(...) quando se utiliza o conhecimento tradicional associado, que é um direito humano, e que a perda do controle desses recursos pode acabar com a identidade cultural e a destruição do seu patrimônio cultural, como também

⁴⁷ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁴⁸ BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo:Almedina, 2014.

da possibilidade de autossustentabilidade, pela prática contínua e incessante da biopirataria. Através da facilidade de patenteamento desses conhecimentos por multinacionais, em âmbito internacional, a exploração econômica é alarmante e não traz quaisquer benefícios aos detentores e titulares desses conhecimentos.⁴⁹

Ademais, nota-se que em muitos casos os próprios índios contribuem para a biopirataria, fornecendo os produtos requisitados pelos pesquisadores em troca de dinheiro, assemelhando-se muito ao escambo praticado pelos portugueses à época da colonização do Brasil, como bem apresenta o Professor Frederico Mendes dos Reis Arruda, em seu depoimento à CPI da Biopirataria:

Vários grupos isolados de índios no rio Javari vêm sendo continuamente visitados por pesquisadores estrangeiros, que lá fazem todos os tipos de registros e gravações que lhes interessam, num caso típico de biopirataria. Mas isso ocorre porque nós não estamos lá, e os índios e ribeirinhos vão continuar contribuindo com os biopiratas se eles não vislumbrarem a possibilidade de ter uma vida digna por parte do Estado brasileiro, se não tiverem a chance de sair de sua exclusão social.⁵⁰

É notável que os pesquisadores se aproveitam das precárias condições de vida e de proteção dessas comunidades, de forma que, preciosas informações são barganhadas por valores irrisórios ao comparado pelo faturamento obtido pelos produtos fabricados a partir desse conhecimento.

A importância de regular as atividades voltadas para os recursos genéticos é que o conhecimento tradicional eventualmente associado possuiu rentabilidade às empresas, vez que importa na expressiva economia financeira para desenvolvimento de pesquisa, pois não há necessidade de se descobrir a aplicabilidade do recurso, mas sim, de entendê-lo e sintetizá-lo.

O acesso ao conhecimento tradicional, segundo VandanaShiva, demonstra ser um instrumento muito efetivo e econômico às empresas multinacionais, conforme Samia Barbieri transcreve em seu livro:

Segundo VandanaShiva, dos 120 princípios ativos atualmente isolados de plantas superiores e largamente utilizados na medicina moderna 75% tem utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais. Menos de doze são sintetizados por modificações químicas simples, o resto é extraído diretamente de plantas e depois purificado. O uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência do reconhecimento das propriedades medicinais de plantas em mais de 400%.⁵¹

⁴⁹ BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

⁵⁰ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁵¹ BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo:Almedina, 2014.

Bruno Barbosa destaca para a rentabilidade do mercado da biopirataria praticada a partir dos conhecimentos tradicionais indígenas:

O conhecimento das comunidades locais sobre o uso da biodiversidade desenvolvido a partir de culturas milenares, pode representar, segundo especialistas, uma economia de cerca de 80% dos investimentos necessários para a fabricação de um novo produto. Um novo remédio, que para ser produzido custa cerca de U\$ 350 milhões, gastos num período de 5 a 13 anos, tem sua produção barateada pela biopirataria, o que torna viável para o mercado, e principalmente, gera retorno milionário às empresas.⁵²

Pela alta rentabilidade e a eficiência da exploração, cria-se, assim, um ciclo vicioso para manter essas comunidades na pobreza, pois tal significa apanhar recursos e informações genéticas sempre a preços insignificantes.

A comunidade indígena, que poderia receber participação nos lucros ou até mesmo qualquer benefício provindo dos produtos fabricados a partir de seus conhecimentos tradicionais, acaba se rendendo aos baixos valores oferecidos por conta de suas necessidades.

Para a comunidade indígena seus conhecimentos são valiosos no sentido cultural, enquanto as empresas os quantificam em valores monetários. Assim sendo, essa exploração decorre pelo simples fato da comunidade ainda não ter ciência do valioso instrumento de negociação que possui, fator primordial para os pesquisadores e empresas: seus conhecimentos.

A fiscalização do acesso ao conhecimento tradicional faz-se necessário, portanto, para, além de proteger as comunidades tradicionais no tocante à invasão e limitação de sua cultura, protege-las, também, do ciclo vicioso da exploração de pesquisadores e empresas e garantir a sua participação nos benefícios dos produtos fabricados a partir de sua sabedoria ancestral, sendo uma grande oportunidade para o desenvolvimento econômico e social dessas comunidades.

1.2.2.3 A perda da oportunidade de exploração econômica

⁵²Bruno Barbosa era o coordenador da Divisão de Fiscalização do Acesso ao Patrimônio Genético (DIPRO/ CGFIS) do IBAMA no ano de 2011 e deu entrevista ao Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil explicando sobre a biopirataria, qual expôs essas informações.

In: _____. Brasil sofre com Biopirataria. Disponível em: <<http://sindireceita.org.br/blog/Brasil-sofre-com-Biopirataria/>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

Assim como o conhecimento tradicional é a principal arma de negociação e de oportunidade para o crescimento social e econômico das comunidades indígenas, assim também o é a biodiversidade para o Brasil.

A valorização e procura pela biodiversidade se deu com o avanço da biotecnologia, uma vez que produtos de recursos naturais “inéditos” ao mercado garantem uma boa lucratividade por causa das patentes.

Assim sendo, a biopirataria como se vê hoje tornou-se uma prática mais incidente em países como o Brasil que além de possuir uma rica biodiversidade, possui povos que a conhecem e sabem se utilizar de suas propriedades.

DircileneLadico sustentou sobre as razões do Brasil ser o principal alvo da biopirataria no mundo:

Essa importância dada à biodiversidade do planeta vem de poucos anos e, graças ao desenvolvimento da biotecnologia, que permitiu que pudesse se observar que quanto mais diversidade de vida possui um país, mais variados produtos podem ser desenvolvidos. Por isso, a biopirataria vem degradando cada vez mais nosso meio ambiente. O descobrimento do potencial real de nossa enorme biodiversidade, a grande extensão territorial brasileira, a falta de recursos para fiscalizá-los, a escassez de recursos naturais no restante do mundo, aliados à falta de conscientização de sua importância científico-econômica, estão facilitando a biopirataria, que é o comércio ilegal de biodiversidade.⁵³

E acrescenta:

De acordo com o IBAMA, em torno de 16 milhões de dólares (mais de 5,7 bilhões) anuais são perdidos para a biopirataria internacional, que leva as matérias-primas e os produtos brasileiros para o exterior e os patenteia em seus países sedes, impedindo as empresas brasileiras de vendê-los lá fora e obrigando o Brasil a pagar royalties para importa-los em forma de produtos acabados.⁵⁴

A riqueza da biodiversidade e a alta demanda das empresas multinacionais em obterem acesso à essa riqueza implica em uma grande oportunidade para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, pois, sendo regulado o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional, evitar-se-ia, assim, a incessante degradação ambiental causada pelo tráfico ilegal de animais e plantas e o descaso com as comunidades tradicionais.

⁵³ LADICO, Dircilene da Silva. **Biopirataria internacional, patentes e cidadania**: proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio cultural comunitário, 2011,172p. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo.

⁵⁴ LADICO, Dircilene da Silva. **Biopirataria internacional, patentes e cidadania**: proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio cultural comunitário, 2011,172p. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo.

Uma vez compreendida a biopirataria e a importância de se regular o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado como forma de combatê-la, se faz importante entender o amparo regulatório que buscou coibir as irregularidades ao mesmo tempo em que promovesse o desenvolvimento pelo acesso aos recursos genéticos.

1.3. Os ordenamentos jurídicos anteriores à Lei 13.123/2015

A fim de melhor entender acerca da Lei 13.123/2015 e seus principais mecanismos de proteção ambiental e social, faz-se necessário, entretanto, verificar as principais normas, de âmbito internacional que serviram de apoio para a criação da atual lei, entre elas estão a Convenção Sobre Diversidade Biológica, que dispõe sobre a regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e o Protocolo de Nagoia, responsável por regular sobre a repartição de benefícios oriundos do acesso.

Após as análises em âmbito internacional, passa-se a estudar como principal regulamento de âmbito nacional a antiga medida provisória e suas principais falhas no combate à biopirataria, motivos esses que impulsionaram a criação da nova lei.

Dessa forma, passa-se à análise dos ordenamentos jurídicos que influenciaram a criação da nova lei, primeiro, analisam-se as regulações de âmbito internacional (1.3.1.), para, em seguida, analisar a Medida Provisória nº 2.186/2001, a norma de âmbito nacional (1.3.2.), responsável anteriormente pela regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

1.3.1. Âmbito internacional

No âmbito internacional, caberá à análise de três eventos importantes para a regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado que se tem hoje: A Convenção Sobre a Diversidade Biológica (CDB), documento que tem por finalidade a proteção da biodiversidade e o uso sustentável de seus recursos em âmbito internacional, e o mais novo Protocolo de Nagoya, criado com base na CDB para dar apoio a um de seus objetivos: estabelecer

critérios para promover a repartição de benefícios gerados a partir da exploração de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

Assim sendo, para melhor entender sobre as regulações que influenciaram a regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, passa-se à análise da Convenção Sobre a Diversidade Biológica (1.3.1.1.) e o Protocolo de Nagoia (1.3.1.2.).

1.3.1.1. A Convenção Sobre a Diversidade Biológica – CDB

Uma das principais características da Convenção Sobre a Diversidade Biológica⁵⁵ foi estabelecer a solução para o embate internacional da “propriedade” da biodiversidade no mundo: seria a biodiversidade um patrimônio mundial, ou seja, de todos, ou pertenceria ao país onde ela se situava?

Já a inovação encontrada com o Protocolo de Nagoia diz respeito à garantia e segurança internacional dos regramentos de repartição de benefícios resultantes da exploração econômica dos recursos obtidos a partir do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

Para melhor entender sobre a CDB, passa-se a entender o contexto internacional vivido à época de sua instituição. Assim sendo, o cenário internacional, antes da criação da CDB, estava dividido entre os interesses dos países desenvolvidos, detentores de tecnologia e escassa biodiversidade e os países em desenvolvimento, que possuíam a biodiversidade, mas eram deficientes em tecnologia.

O principal argumento sustentado pela visão dos países desenvolvidos gerava em torno do reconhecimento da biodiversidade como patrimônio da humanidade, afinal, a partir dessa exploração, toda a humanidade se beneficiaria:

⁵⁵ Em 1992, ocorreu, na cidade do Rio de Janeiro, a “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED)”, a chamada Cúpula da Terra ou ECO-92. Dessa Conferência, originam-se o relatório final, denominado “agenda 21”, que dispõe de um conjunto de metas para um programa de Desenvolvimento Sustentável para o século XXI, e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que regula o acesso aos recursos genéticos e garante a repartição de benefícios que deles venham a se originar.

In: ABREU, Regina. **Os embates em torno da categoria “conhecimento tradicional” e o tema dos “direitos coletivos”**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/5447/4434>. Acesso em 7 de junho de 2015.

com a descoberta de novos medicamentos, novos métodos de cura e melhoramento genético de plantas para a agricultura⁵⁶.

Há aqueles, que vão mais longe e acreditam que a ela deva ser distribuída a todos, como ocorre com as ideias na política, na ciência e na literatura, afinal, assim como a biologia humana não possui bandeiras de domínio, o mesmo não deveria ocorrer com os animais, plantas ou a diversidade genética que vem sendo conservada por gerações⁵⁷.

Já os países em desenvolvimento argumentam que, por meio das patentes, a realidade vivida pelos países megadiversos (em sua grande maioria países em desenvolvimento) para a obtenção dessas inovações tecnológicas é distante, uma vez que, dever-se-ia pagar pelo produto e pela utilização do recurso natural que o próprio país oferece.

Ademais, os custos para manter, proteger e fiscalizar as áreas de biodiversidade são arcadas apenas pelos países em que elas se localizam.

Seguindo essa lógica, os países megadiversos seriam o “celeiro” dos países desenvolvidos, de onde eles tirariam a fonte de suas riquezas, e explorariam o mercado consumidor para seus produtos, e aos países em desenvolvimento caberia a responsabilidade de preservar e manter a biodiversidade existente.

Considerar a biodiversidade como patrimônio da humanidade seria aumentar o abismo existente entre os países detentores de tecnologia e os países biodiversos⁵⁸.

Dessa forma, para diminuir esse abismo existente, e utilizar esse jogo de interesses de forma a beneficiar ambas partes na exploração da biodiversidade, a Convenção Sobre a Diversidade Biológica estipulou que a biodiversidade

⁵⁶CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext. Acesso em 6 de junho de 2015.

⁵⁷ “...The historic treatment of biological resources as a common heritage has enormously benefited human societies across the globe. As a result of germplasm exchanges through the network of the Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR), countries have gained much more than their individual contribution through access to a wide variety of invaluable material from all over the world. As human biology is in no way determined by the political boundaries of nation states, tags of nationality cannot be attached to plants or animals or the genetic diversity that man has been conserving over generations. They are bound to be distributed across political boundaries just as ideas in politics, literature or science.” *In*: PRATHAPAN, K. Divakaran; RAJAN, Priyadarsanan Dharma. **Biological Diversity: A Common Heritage**. Disponível em <http://globaljusticeecology.org/files/biodiversity.pdf>. Acesso em 6 de junho de 2015.

⁵⁸CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext. Acesso em 6 de junho de 2015.

pertenceria aos países em que ela se situasse, e, caso outro país quisesse explorá-la, deveria pedir autorização e formular um acordo sobre a divisão dos benefícios provenientes do benefício adquirido.

Manuela Carneiro da Cunha expõe esse processo:

Durante a década de 70 e início dos anos 80, a resistência a uma privatização generalizada desembocou na primeira solução. Os recursos deveriam ser de livre acesso nas duas pontas, foi o que declarou em 1983 a Resolução Internacional sobre Recursos Fitogenéticos da FAO (Organização de Alimento e Agricultura). Quase 10 anos mais tarde, a saída dada pela CDB foi a segunda: privatizar nas duas pontas e trocar tecnologia por acesso a recursos genéticos. Recursos genéticos não seriam patrimônio da humanidade e sim objeto da soberania dos países em que se localizassem. E a compensação pelo acesso a eles seria essencialmente a transferência de tecnologia.⁵⁹

A CDB, em seu artigo 3º, deixa claro no tocante à aplicação do princípio da soberania nacional à biodiversidade, ou seja, pertencendo ela ao Estado incidente:

Artigo 3º - Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e 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.⁶⁰

A CDB surge, portanto, como importante instrumento de desenvolvimento tecnológico e econômico aos países em desenvolvimento, aproveitando-se da alta demanda das empresas multinacionais por novos conhecimentos e produtos, em decorrência da alta rentabilidade desse mercado.

1.3.1.2. O Protocolo de Nagoia

Em relação ao Protocolo de Nagoia, ele é o mais recente tratado internacional criado para complementar⁶¹ as previsões dispostas na CDB em relação repartição

⁵⁹CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext. Acesso em 6 de junho de 2015.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁶¹ “Ao regulamentar atividades econômicas relacionadas a recursos genéticos e de biotecnologia, a Convenção procurou conciliar os interesses dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, à época bastante polarizados. Os países em desenvolvimento, em sua maioria detentores de grandes reservas de recursos genéticos e pouca tecnologia, procuravam assegurar a soberania destes recursos, dificultando o acesso dos países desenvolvidos. Para que a exploração econômica de seus recursos biológicos fosse facilitada, os países em desenvolvimento exigiam que os benefícios

justa e equitativa de benefícios oriundos do acesso ao patrimônio genético de recurso biológico⁶² e ao conhecimento tradicional associado⁶³, surge, em especial para regular e esclarecer os procedimentos a serem adotados em âmbito

advindos fossem compartilhados. Alegavam ainda ser injusta a proteção das indústrias de biotecnologia por meio das patentes, visto que os recursos nacionais e o conhecimento tradicional permaneciam sem amparo legal. Tal impasse não foi solucionado eficientemente pela CBD, sendo muito vaga na regulamentação da repartição de benefícios, necessidade de orientação específica neste sentido”.

In: BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira Windham; COUTO, Marina Gropen. Protocolo de Nagoya e Legislações Nacionais – uma análise dos países megadiversos. Disponível em: <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/16/13>> Acesso no dia 2 de julho de 2015.

⁶² Importa mencionar que, tanto a CDB quanto o Protocolo de Nagoya direcionam o comportamento estatal dentro de suas respectivas jurisdições, não alcançando atividades em alto mar. Neste quesito, ainda que não seja foco do presente trabalho, é interessante observar que, em alto mar, o regulador das atividades que afetam o meio ambiente é a organização internacional “Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos” (sigla em inglês ISA) que tem por responsabilidade a aplicação do direito do mar, através da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Para mais informações, ver <<https://www.isa.org.jm/authority>>

Neste âmbito jurídico, dois pontos podem ser observados, primeiro que o Protocolo de Nagoya admite a aplicação da CDB nos artigos 3 e 4, e, para o que diz respeito ao alto mar, ainda não há regulação de pesquisa científica em recurso biológico, mas há regulamentação para pesquisa e exploração mineral marítima, conforme dispõe o Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995, que promulgou a vigência da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar no Brasil.

A inter-relação entre o Protocolo de Nagoya e a CDB se dá pela complementação de termos e especificações, como bem destaca Bellord e Couto:

“O Protocolo buscou especificamente dar maior materialidade aos artigos 15 e 8(j) da CBD, sendo aplicável a recursos genéticos abrangidos pelo art. 15 e aos benefícios resultantes da utilização destes, abrangendo igualmente o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos (art. 3º).

In: BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira Windham; COUTO, Marina Gropen. Protocolo de Nagoya e Legislações Nacionais – uma análise dos países megadiversos. Disponível em: <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/16/13>> Acesso no dia 2 de julho de 2015.

Já em relação entre o Protocolo de Nagoya e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é mais estrita, em que é permitida a independência de outros tratados internacionais, como é o caso desta última, entretanto, sob a ressalva de que os tratados internacionais que regulam elementos específicos não devam ser contrários aos objetivos do Protocolo de Nagoya, ou seja, sobre o acesso e justa repartição de benefícios, como bem dispõe o artigo 4 (2) do Protocolo: “Nada no presente Protocolo impede as Partes de desenvolverem ou implementarem outros acordos internacionais relevantes, incluindo outros acordos especializados sobre acesso e repartição de benefício, desde que estes reforcem e não sejam contrários aos objetivos da Convenção e deste protocolo”.

*In:*_____. Protocolo de Nagoya. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoya.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

⁶³ Artigo 1
OBJETIVO

O objetivo do presente Protocolo é a distribuição justa e equitativa o de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, incluindo por meio do acesso a recursos genéticos e pela transferência de tecnologias relevantes, levando-se em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias, e pelo financiamento adequado, contribuindo dessa forma para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes

*In:*_____. Protocolo de Nagoya. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoya.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

internacional nos contratos envolvendo a exploração dos produtos obtidos a partir do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

Além de tentar promover a segurança jurídica na repartição de benefícios e a transparência de informações⁶⁴ nos contratos de repartição, o Protocolo visa também o incentivar as pesquisas e promover o desenvolvimento sustentável⁶⁵, através da implantação de programas destinados à conservação da biodiversidade e ao uso sustentável dos recursos, como dispõe o artigo 10 desse Tratado:

Artigo 10
MECANISMO GLOBAL MULTILATERAL DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

As Partes considerarão a necessidade e as modalidades de um mecanismo global de repartição de benefícios para tratar da repartição justa e equitativa de benefícios decorrentes do uso de tais recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos que ocorram em condições transfronteiriças ou para as quais não seja possível conceder ou obter consentimento prévio informado. Os benefícios repartidos pelos usuários de recursos genéticos e conhecimento tradicional associado a recursos genéticos por meio desse mecanismo serão usados para apoiar a conservação da biodiversidade e o uso sustentável de seus componentes em escala global.

Assim sendo, enquanto a CDB regula o procedimento de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, o Protocolo de Nagoya é responsável por promover o terceiro pilar da CDB: a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos⁶⁶, sendo, portanto, o

⁶⁴ Artigo 6

ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS

3. Relativamente ao parágrafo 1 acima, cada Parte que exija o consentimento prévio informado tomará as medidas legislativas, administrativas ou de política necessárias, conforme adequado para:

- (a) Conceder segurança jurídica, clareza e transparência sobre sua legislação ou requisitos regulatórios domésticos sobre acesso e repartição de benefícios;
- (c) Oferecer informação sobre como solicitar o consentimento prévio informado;
- (d) Apresentar decisão escrita clara e transparente, tomada por uma autoridade nacional competente, de maneira custo-efetiva e dentro de um período de tempo razoável;

In: _____, Protocolo de Nagoya. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

⁶⁵ "Ao garantir a segurança jurídica e a promoção da repartição de benefícios, o Protocolo de Nagoya incentiva o desenvolvimento de pesquisas sobre os recursos genéticos que podem levar a novas descobertas em benefício de todos. O Protocolo de Nagoya também cria incentivos para a conservação e o uso sustentável dos recursos genéticos, aumentando assim a contribuição da biodiversidade para o desenvolvimento e bem-estar humano.

_____. O Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Repartição de Benefícios. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/print/factsheet-nagoya-pt.pdf>. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

⁶⁶ São três os objetivos da CDB: 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.

principal instrumento normativo internacional de proteção social ao país provedor e suas comunidades tradicionais de participarem dos benefícios oriundos da exploração do patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

Nesse diapasão, o Brasil apesar de ter sido um dos primeiros signatários do Protocolo, não ratificou sua participação⁶⁷. Desse modo não está ainda sendo assegurado por ele.

1.3.2 Âmbito nacional

No âmbito nacional, o Brasil contava apenas com a medida provisória 2.186/2001 para regular sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios, justamente pelas deficiências na regulação proporcionada por essa norma, houve a necessidade da criação da lei 13.123/2015, a fim de suprir eventuais falhas da medida provisória para proporcionar a viabilidade do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e evitar as infrações à regulamentação.

Para melhor entender a norma, qual a nova lei deve substituir, analisa-se a Medida Provisória nº 2.186/2001 (1.3.2.1.), o contexto de sua criação (1.3.2.1.1.), e as suas principais falhas (1.3.2.1.2.).

1.3.2.1 A Medida Provisória nº 2.186/2001

A medida provisória nº 2.186/2001, embora tivesse sido criada a fim de combater a biopirataria, por ter sido implementada de forma tão rápida, acabou apresentando falhas em sua regulação, fazendo com que os principais instrumentos criados para garantir a proteção ambiental e dos direitos indígenas fossem os maiores empecilhos da atividade, causando maior vulnerabilidade dessas instituições, pois as empresas e centros de pesquisa buscavam “burlar” o sistema.

_____. Convenção Sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

⁶⁷ Ver em: _____. **Acordo global de biodiversidade entra em vigor sem a participação do Brasil.** Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/10/acordo-global-de-biodiversidade-entra-em-vigor-sem-participacao-do-brasil.html>. Acesso no dia 30 de junho de 2015.

O principal mecanismo de fiscalização e proteção da biodiversidade em relação às atividades de pesquisa relacionadas ao patrimônio genético, constituiu-se na obrigatoriedade da autorização prévia, entretanto sua inviabilidade se deu, não por se tratar de um instrumento falho, mas por conta de problemas enfrentados pelo órgão responsável por suas deliberações: o CGen (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético), que gerava excessivo atraso na concessão das autorizações⁶⁸

O recém instituído Cgen apresentava deficiências no quadro de funcionários que, além da falta de recursos humanos, sofria da falta de capacitação de seus funcionários, ademais, por conta das omissões existentes na medida provisória, o próprio Conselho não sabia como proceder, delongando ainda mais na emissão de autorização para acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

Além da influência que as omissões tiveram ao CGen, destaca-se, também, para a falta de informação da medida provisória em relação aos principais temas a ela associados: a coleta de material biológico e a exploração da atividade econômica a partir do material acessado, ambas reguladas por outros instrumentos jurídicos, mas não prevista na medida provisória.

Dessa forma, passa-se a analisar o contexto da criação da Medida Provisória (1.3.2.1.1.), e as suas principais falhas (1.3.2.1.2.).

1.3.2.1.1 O contexto da criação da Medida Provisória

É considerado estopim para a criação da Medida Provisória 2.186/2001, o contrato realizado entre a Bioamazônia e a empresa Novartis AG, em que se estabelecia um acordo de cooperação entre as partes, entretanto, pelas cláusulas abusivas existentes no contrato, qual estabelecia fornecimento de material da biodiversidade em alta escala, exclusividade, e direito de patente, em contrapartida, a Novartis pagaria o total de dois milhões de francos suíços a título de doação e duzentos e cinquenta francos suíços por cada amostra enviada aos laboratórios suíços.

⁶⁸ Importa ressaltar que mesmo em de acesso ao conhecimento tradicional associado, caberia ao CGen emitir autorização sobre o acesso, mediante a anuência prévia.

Pelo desequilíbrio havido entre as obrigações e benefícios perante as partes do contrato, quando este veio a público, causou a reação da Casa Civil brasileira, que, após o episódio, instituiu a Medida Provisória nº 2.186/2001, como principal instrumento de regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios, como bem expõe, Samia Barbieri:

Após o denominado escândalo envolvendo a Bioamazônia e a Novartis AG o Estado brasileiro procurou se socorrer de uma proteção legal e passou a regular a matéria. (...)

O acordo foi fartamente criticado inclusive pelo então Ministro do Meio Ambiente, José Sarney Filho, que recomendou a suspensão, até porque o Brasil não tinha uma regulação específica que tutelasse os recursos genéticos e a soberania do país.

Coincidentemente, apenas um mês depois o executivo apresenta a medida provisória nº 2.186/91, chamada de MP da Novartis⁶⁹.

A fim de evitar que mais contratos abusivos, como o da Novartis, prosperassem no país, a regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado foi instituída através da medida provisória nº 2.186/2001, entretanto, devido a “pressa” com que ela foi criada, algumas falhas foram percebidas ao longo de sua aplicação. Com o intuito de proteger o país dos abusos de empresas internacionais foram criados mecanismos de proteção e fiscalização das atividades envolvendo o patrimônio genético e as comunidades tradicionais acessadas, entretanto, o próprio Estado não estava apto para dar prosseguimento a esses mecanismos de defesa.

1.3.2.1.2 As falhas da Medida Provisória nº 2.186/2001

⁶⁹“Após o denominado escândalo envolvendo a Bioamazônia e a Novartis AG o Estado brasileiro procurou se socorrer de uma proteção legal e passou a regular a matéria. (...)

O acordo previa a remessa ao exterior, em larga escala, de extratos derivados da biodiversidade amazônica e ainda permitia o patenteamento e controle, com exclusividade, dos produtos desenvolvidos através das plantas, microorganismos, fungos, etc. O acordo foi fartamente criticado inclusive pelo então Ministro do Meio Ambiente, José Sarney Filho, que recomendou a suspensão, até porque o Brasil não tinha uma regulação específica que tutelasse os recursos genéticos e a soberania do país.

Coincidentemente, apenas um mês depois o executivo apresenta a medida provisória nº 2.186/91, chamada de MP da Novartis. (...)

Logo, essas medidas não asseguram que o acesso ao patrimônio genético nacional seja realizado com o devido respeito ao conhecimento tradicional, pensando na preservação da nossa megadiversidade, e de todo patrimônio da nossa biodiversidade, da nossa cultura. Essa permissividade mostra a fraqueza da nossa legislação, que não demonstra qualquer controle social sobre os nossos recursos naturais”. In: BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1. ed. São Paulo:Almedina, 2014.

Conforme visto anteriormente, as principais falhas da Medida Provisória nº 2.186/2001 consistiam na excessiva burocracia que demandava de muitos documentos e autorizações, outrossim, a norma deixou de abranger as principais atividades de risco do acesso ao patrimônio genético, quais sejam: a coleta de amostras da biodiversidade para pesquisa e a exploração dos produtos obtidos através do acesso. A falta desses esclarecimentos, gerava, portanto, afronta à proteção ambiental nessas atividades, vez que, por serem consideradas atividades de risco, prescindem de instrumentos de fiscalização e análise de impacto ambiental.

Assim sendo, para melhor compreender acerca das falhas existentes na antiga medida provisória, passa-se à análise de seus principais vícios: excessiva burocracia (1.3.2.1.2a.), a autorização prévia e as falhas do CGen (1.3.2.1.2b.), e, por fim, a omissão da norma quanto a existência de outros documentos relacionados à atividade de acesso (1.3.2.1.2c.).

1.3.2.1.2a A excessiva burocracia da medida provisória

O principal obstáculo para a aplicabilidade da medida provisória consistia no seu caráter altamente burocrático, que necessitava da apresentação de autorização de acesso e de remessa, autorização especial de acesso e remessa, anuência prévia do titular da área de acesso ao patrimônio genético ou do titular do conhecimento tradicional acessado e termo de transferência de material⁷⁰.

Embora houvesse a obrigatoriedade de apresentação de todos esses documentos para a realização das atividades relacionadas ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, analisar-se-á apenas aquele que representava maior obstáculo à comunidade científica e incentivava a biopirataria: a autorização prévia.

Considerava-se o conteúdo da medida provisória exageradamente burocrático, fato que desanimava as empresas multinacionais a seguirem os ditames corretos para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional

⁷⁰ Vide Medida Provisória nº 2.186/2001.

associado, estimulando-se, assim, a biopirataria⁷¹, como pode ser percebido através dos depoimentos da CPIBIOPI:

4ª Audiência Pública da CPIBIOPI – 24/11/04 - ADALBERTO LUÍS VAL, Pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – INPA (...) criticou a MP 2.186-16/01, por considerá-la um gargalo para a pesquisa - “É muito mais fácil hoje se adquirir produtos brasileiros in natura no exterior e fazer a pesquisa científica no exterior do que enviar qualquer material biológico ou coletar qualquer material biológico no Brasil e levar esse material para o exterior”.

5ª Audiência Pública da CPIBIOPI – 01/12/04 - IONE EGLER, Coordenadora Geral de Políticas e Programas de Pesquisa em Biodiversidade do Ministério da Ciência e Tecnologia e Membro do CGEN Dentre as dificuldades para se conter a biopirataria no Brasil, foram identificados pela representante do MCT os seguintes: o regime de titularidade dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais induz a informalidade, basicamente em função da necessidade de múltiplas autorizações para o acesso aos recursos genéticos e das disputas entre comunidades tradicionais quando o conhecimento tradicional associado é muito difundido; a inexistência de um regime internacional *sui generis* para proteger a titularidade de conhecimentos tradicionais associados, o que permite a usurpação de direitos; a impossibilidade de gerar um contrato-padrão para a repartição de benefícios amplia os custos da negociação; e o desconhecimento da biodiversidade gera dificuldades de rastreamento do material biológico, ou seja, dificuldade em determinar sua origem.⁷²

Em vista da excessiva burocracia existente na antiga medida provisória, percebeu ser necessária a instituição de outra regulamentação para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois, pelo fato de inviabilizar muitos empreendimentos, as empresas optavam ou por deixar de explorar o patrimônio genético brasileiro, ou por infringir as regras que regulamentavam seu acesso, sendo, portanto, a antiga regulação falha, pois não conseguia atingir seu objetivo de permitir o desenvolvimento sustentável do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

⁷¹ “A burocracia atual de formulários e relatórios é tão grande que muitos cientistas que dependem das autorizações do órgão para trabalhar simplesmente ignoram a legislação. (...) (...) Para usuários do sistema, quem criou a MP tem pouco conhecimento sobre como se faz ciência. Mais do que inadequada, a legislação nacional é considerada errada por muitos, pois não conseguiu cumprir seu maior objetivo: combater a biopirataria. Além disso, a comunidade científica foi colocada na ilegalidade porque o CGEN não consegue analisar tantos projetos”

In: FERRO, Ana Flávia; BONACELLI, Maria Beatriz; ASSAD, Ana Lúcia. **Uso da biodiversidade e acesso a recursos genéticos no Brasil: atual regulamentação dificulta pesquisa e desenvolvimento.** Disponível em:

http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180823942006000200009&lng=en&nrm=i&tlng=pt. Acesso em 5 de junho de 2015.

⁷² CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI.** 28 de março de 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015.

1.3.2.1.2b A autorização prévia e as falhas do CGen

Como anteriormente mencionado, a antiga medida provisória 2.186/2001, exigia das instituições interessadas, a apresentação de autorização prévia como forma de fiscalização das pesquisas a serem realizadas com o patrimônio genético, entretanto, diante da ineficiência do órgão responsável por emitir essas autorizações, as atividades relacionadas ao acesso ao patrimônio genético estavam sendo prejudicadas diante a demora da emissão dessas autorizações, assim sendo, as instituições começaram a desrespeitar a obrigatoriedade da autorização prévia para dar início às atividades.

Merece destaque o caso da empresa Natura, no AI 0002090-05.2013.4.03.0000/SP ⁷³, que optou por realizar um procedimento diferente: antecipadamente ajuizou pedido de antecipação de tutela para poder acessar o patrimônio genético sem a necessidade da autorização prévia, sob o argumento que sua necessidade era inconstitucional, qual será melhor analisado posteriormente.

A necessidade da referida autorização como pré-requisito para o início das pesquisas, resultou, entretanto, em um grande empecilho às instituições de pesquisa. Pois o recém-criado CGen, responsável pela deliberação dessas autorizações, encontrava dificuldade na interpretação nas regras e atividades a serem autorizadas, outrossim, não apresentava quadro de funcionários capacitados suficiente para a demanda (que além das autorizações, consistia também nas regularizações de pesquisas), fatos que acarretaram, portanto, em expressiva morosidade na expedição das autorizações⁷⁴, como pode ser observado a partir das

⁷³ AI 0002090-05.2013.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Relatora para decisão: Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo, 3ª Turma, julgado em 18/03/2014, disponibilizado em 27/03/2014, publicado em 28/03/2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201303000020908&data=2013-10-03>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

⁷⁴ Retirado do relatório do AI nº 0005132-28.2014.4.03.0000/SP: “desde a criação da CGEN há enorme dificuldade na interpretação de regras e conceitos sobre as atividades a serem autorizadas, acarretando enorme morosidade e dificuldade para obtenção de autorizações/anuências, criando insegurança jurídica e prejudicando pesquisas de produtos.” AI 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Relator para decisão: Desembargador Federal Márcio Moraes, 3ª Turma, julgado em 24/09/2013, disponibilizado em 03/10/2013, publicado em 04/10/2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=2&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=3522572&IdMateria=41662>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

informações prestadas pelo Ministério do Meio Ambiente no inquérito civil 1.34.004.001150/2011-28⁷⁵:

Senhor Procurador,

1. A presente resposta cinge-se ao Ofício n 1690/201 2-EVDL PRM-CPQ/SP - 6846/2012, datado de 24/07/2012, por meio do qual foram solicitadas informações, cujos respectivos esclarecimentos seguem.

2. O número de servidores que foram efetivamente nomeados e incorporados a estrutura administrativa da Secretaria Executiva do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, que funciona por meio do Departamento do Patrimônio Genético - DPG/SBF/MMA, a partir do concurso realizado por este Órgão e homologado em 12.09.2011 corresponde a 08 (oito) Analistas Ambientais lotados naquele Departamento. Sendo que 04 (quatro) Analistas iniciaram parcialmente suas atividades em janeiro de 2012, pois, em horário oposto ao período trabalhado, participavam do curso de ambientação oferecido por este Ministério e promovido pelo CESPE/UNB com a duração de um mês. Os outros 04 (quatro) analistas iniciaram as suas atividades neste Departamento no decorrer do mês de julho, ressaltando-se, também, o período do curso de ambientação.

3. Todos os Analistas, embora tenham participado de curso de ambientação que abordou a temática do serviço público em uma perspectiva geral, foram capacitados por treinamento específico promovido por esta Secretaria com a preocupação de se transmitir o cenário histórico, explanação normativa e prática processual. Esta última, por sua vez, a etapa mais importante, pois, por mais que se depreenda esforços hercúleos para atender todas as demandas pertinentes, temos direcionado forças extras para vencermos todo o passível processual existente.

4. Nesse sentido, cabe salientar, ainda, que, além dos oitos analistas ambientais aprovados no concurso em questão, nomeados e lotados, foram nomeados e efetivados 2 (dois) Agentes Administrativos aprovados no concurso específico homologado em 2009. Esses servidores são de nível médio, portanto, colaboram efetivamente nas atividades administrativas, controle do tramite processual e na organização das reuniões do Conselho, suas Camarás Técnicas e Grupos de Trabalho.

5. Observa-se que o passivo herdado provocou acúmulo e dificuldades processuais, as quais estamos ultrapassando. Mas, nesse momento, não podemos nos ater apenas ao tramite e apreciação das solicitações de autorização para acesso ao patrimônio genético e também para regularização de acessos ocorridos em desconformidade com a norma. Estamos desenvolvendo meios de capacitar e informar a comunidade envolvida, provedores e usuários, no contexto do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.⁷⁶ (grifos nosso)

⁷⁵ Parte da decisão do AI nº 0005132-28.2014.4.03.0000/SP. AI 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Relator para decisão: Desembargador Federal Márcio Moraes, 3ª Turma, julgado em 24/09/2013, disponibilizado em 03/10/2013, publicado em 04/10/2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=2&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=3522572&IdMateria=41662>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

⁷⁶ AI 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Relator para decisão: Desembargador Federal Márcio Moraes, 3ª Turma, julgado em 24/09/2013, disponibilizado em 03/10/2013, publicado em 04/10/2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=2&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=3522572&IdMateria=41662>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

Em razão da burocracia advinda com as autorizações e a expressiva demora⁷⁷ do CGen em deliberar sobre elas, os setores científico⁷⁸ e empresarial⁷⁹ acabaram sendo prejudicados em razão de não haver possibilidade de previsão do término de suas pesquisas, por estarem estritamente dependentes das autorizações do CGen, fato que acabou incentivando muitas instituições⁸⁰ a iniciarem as devidas

⁷⁷ “Conforme demonstrado, leva-se no mínimo seis meses para obter autorização para pesquisas mais simples, e até quatro anos de processo no CGEN de acordo com os relatos dos pesquisadores consultados e no descrito por Barreto (2012). Ainda é possível que as autorizações sejam indeferidas ao final desses longos trâmites ou entrem em processo de negociação por anos a fio, sem prazo para serem concluídos. Algumas autorizações podem ser revogadas durante a pesquisa como aquelas emitidas pelas comunidades tradicionais, proprietários de terra ou gestores de Unidades de Conservação e terras indígenas. São até cinco ministérios, Ministério da Cultura (MINC), Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), Ministério da Justiça (MJ), Ministério da Defesa (MD) e o Ministério do Meio Ambiente (MMA) que emitem estas autorizações, sendo que o MMA emite quatro autorizações por diferentes sistemas, o que evidencia a falta de comunicação entre órgãos do governo.”

In: TOMOCHISKY, Bernardo; MING, LinChau; HIDALGO, Ari de Freitas; CARVALHO, Izabel de; KFFURI, Carolina Weber. **Impactos da legislação na pesquisa etnobotânica no Brasil, com ênfase na Região Amazônica.** Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/viewFile/1603/2005>. Acessado no dia 25 de junho de 2015).

⁷⁸ “Projetos financiados por editais, públicos ou privados, com prazos a cumprir, não preveem estes trâmites burocráticos e morosos. Muitas vezes os prazos expiram sem a execução de nenhuma parte do projeto. Orientadores de alunos de pós-graduação têm tomado a posição de não aceitarem projetos de mestrado e doutorado que necessitem destas autorizações, pois seus alunos correm o risco de não conseguir concretizar a pesquisa dentro do período acadêmico, o que tem prejudicado a formação de novos profissionais.”

In: TOMOCHISKY, Bernardo; MING, LinChau; HIDALGO, Ari de Freitas; CARVALHO, Izabel de; KFFURI, Carolina Weber. **Impactos da legislação na pesquisa etnobotânica no Brasil, com ênfase na Região Amazônica.** Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/viewFile/1603/2005>. Acessado no dia 25 de junho de 2015).

⁷⁹ Assim, para se requerer um pedido de patente no Brasil, cujo objeto tenha relação com o PG, além dos três anos de espera para obter as devidas autorizações de coleta e acesso, o requerente deverá aguardar pelo menos oito anos para ter um resultado em relação à concessão da respectiva patente no INPI, considerando a lentidão no processo de exame dos pedidos de patentes.

Diante desse cenário, os pesquisadores, universidades e empresas enfrentam restrições e empecilhos para coletar e acessar recursos genéticos para fins de pesquisa e desenvolvimento, por causa das falhas e lentidão do sistema, além da burocracia que permeia os mencionados procedimentos. Essa situação desencoraja, assim, novos investimentos no campo da biotecnologia, principalmente nos setores de fitoterápicos e cosméticos.

In: BLASI, Gabriel Di. Barreiras ao desenvolvimento da biotecnologia. Disponível em: <http://dibblasi.com.br/pt-br/artigo/barreiras-ao-desenvolvimento-da-biotecnologia/>. Acesso no dia 26 de junho de 2015).

⁸⁰ A burocracia e demora em se obter a autorização para o acesso ao patrimônio genético acaba “incentivando” pesquisadores a infringirem as exigências de regulamentação, como bem explicita o resultado dos estudos de Tomochiski, Ming, Hidalgo, Carvalho e Kffuri:

“A burocracia excessiva, a demora em responder questões simples e a repetição no pedido de documentos, alguns deles enviados mais de uma vez, contribuem para o baixo número de autorizações, resultando em desânimo por parte dos pesquisadores e desestímulo aos profissionais em formação, os quais vêm associando o nome CGEN a dificuldade em pesquisar a biodiversidade brasileira. Os entrevistados nessa pesquisa que tiveram dificuldades com o CGEN relatam a “vontade” de ignorar a burocracia excessiva do CGEN e seguir seus trabalhos, sujeitando-se às possíveis sanções legais.”

In: TOMOCHISKY, Bernardo; MING, LinChau; HIDALGO, Ari de Freitas; CARVALHO, Izabel de; KFFURI, Carolina Weber. **Impactos da legislação na pesquisa etnobotânica no Brasil, com**

ênfase na Região Amazônica. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/viewFile/1603/2005>. Acessado no dia 25 de junho de 2015.

A título de exemplo, seguem exemplos de empresas optaram por iniciar suas pesquisas e comercialização de produto sem a devida autorização do CGen em razão da demora desse órgão em deliberar sobre as devidas autorizações:

A empresa Croda do Brasil LTDA., agravante do AI nº 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, foi autuada por produzir produtos a partir da biodiversidade brasileira (cupuaçu, cacau e maracujá) sem a devida autorização do CGen e recorre ao TRF3 para que revogue a decisão da 2ª Vara Federal de Campinas que a proibiu de produzir produtos a partir desses elementos, pois a empresa está tentando regularizar sua situação com o CGen, e, por conta da morosidade dessa instituição, ainda não obteve a referida autorização.

Em relação ao caso, a Juíza convocada, Eliana Marcelo, negou seguimento ao recurso, asseverando: “Por sua vez, eventual morosidade da CGEN na apreciação de pedidos de autorização/anuência não gera direito ao administrado acessar componente do patrimônio genético “sponte sua”, com regularização posterior de tais atos através de requerimento de autorização, exigido previamente pela legislação, constituindo, em verdade, ilegal exercício de autotutela em matéria constitucionalmente sujeita a fiscalização do Poder Público (artigo 225, II).”

AI 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Relator para decisão: Desembargador Federal Márcio Moraes, 3ª Turma, julgado em 24/09/2013, disponibilizado em 03/10/2013, publicado em 04/10/2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=2&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=3522572&IdMateria=41662>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

A IFF ESSENCIAS E FRAGRANCIAS LTDA ajuizou ação ordinária contra o IBAMA (Processo nº 0000910-67.2014.4.02.5101) em função da autuação feita por este instituto referente à comercialização do óleo de castanha do Brasil realizada pela autora sem a devida autorização do CGen. Dessa forma, expõe o relatório que a autora:

“Alega, como causa de pedir, em síntese, que a multa imposta pela Ré no Processo Administrativo nº 02001.007247/2010-52, oriundo do Auto de Infração nº 60187-2D, é descabida, diante da inexistência de qualquer acesso ou alteração de componente do patrimônio genético da —Castanha do Brasil para fins de prospecção e desenvolvimento tecnológico, vez que o produto final, o óleo essencial comercializado pelo autor, equivale substancialmente a matéria prima original, o que a dispensaria de prévia autorização, por conta da Resolução CGEN nº 29/2007, e, bem como pelo fato da empresa ter buscado exaustivamente a autorização prévia junto ao CGEN e ao SEMA/AP, cujos requerimentos não tiveram qualquer manifestação ou análise nos referidos órgãos por culpa da morosidade e inércia dos respectivos.” (grifonosso).

O ilustríssimo juiz do caso assim decidiu:

“Não merece prosperar a pretensão autoral. (...) O simples ato de requerer a solicitação não justifica a desobrigação do autor de ter autorização prévia para o acesso ao patrimônio genético, independentemente da alegação de mora do Poder Público na análise de seu pedido. (...) É importante frisar que a morosidade de resposta não é sinônimo de deferimento do pedido. Inexiste a possibilidade de afastar a imputabilidade diante de uma autorização tácita concedida pela morosidade do órgão responsável.

A suposta morosidade da CGEN e da SEMA/AP não geraria automaticamente o direito da empresa em acessar o patrimônio genético de forma discricionária e abusiva, sem qualquer autorização do órgão competente. A respectiva lentidão de resposta a seu requerimento jamais justificaria a sua conduta, com risco de usurpação de competência constitucionalmente garantida à fiscalização do Poder Público. (...) Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e condeno o autor no pagamento de custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.”

In: Ação Ordinária 0000910-67.2014.4.02.5101, Juíza Federal Maria Beatriz Mendes Aguiar Madureira, 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, julgado em 12/03/2015, disponibilizado em 06/04/2015, publicado em 07/04/2015. Disponível em: http://www.doinet.com.br/trf2/visualizador_assinante.aspx?p1=BGQa255jMaT2Sb7tHWXrAw%3d%3d&p2=OHqipyXy%2fdCeD4mtmDr4ZQ%3d%3d&mode=html>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

pesquisas e até comercialização de produtos sem a devida autorização e tentassem a sua regularização posteriormente, conforme previa o artigo 34 da Medida Provisória 2.186/2001.

Destaca-se aqui para a análise do Agravo de Instrumento nº 0002090-05.2013.4.03.0000/SP, interposto pela empresa Natura Inovação e Tecnologia de Produtos LTDA. em face da União e do IBAMA. Inicialmente, a agravante havia ofertado Ação Ordinária com antecipação de tutela contra os agrados a fim de lhe fosse garantido o desenvolvimento de pesquisas junto a espécies da vegetação brasileira com a utilização de técnicas que não envolvessem a alteração do patrimônio genético da espécie, independentemente de autorização prévia do Poder Público e da anuência do Poder Público aos contratos de utilização do patrimônio genético e repartição de benefícios por ela celebrados.

Ao apreciar o pedido, o juiz federal deferiu parcialmente o pedido, afastando apenas a necessidade de discriminação prévia de todos os atributos funcionais nos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios que não implicassem a alteração do patrimônio genético da espécie pesquisada, entretanto, o juiz singular manteve a necessidade da autorização prévia e da anuência do Poder Público para realizar pesquisas referentes à vegetação da biodiversidade brasileira e conferir validade e eficácia aos contratos de utilização do patrimônio genético e repartição de benefícios garantidos pela agravante.

Inconformada com a decisão do juiz singular, a agravante interpôs o Agravo de Instrumento em análise para contestar sobre a exigibilidade da anuência prévia do poder público e, principalmente, em relação à autorização fornecida pelo CGen:

“a) as exigências de prévia autorização de acesso e anuência do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN quanto ao contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios (cf. arts. 2º, 11, inc. V, 15, inc. VII e 29 da Medida Provisória nº 2.186-16/2001) afrontam a imposição constitucional de estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico; cerceiam as garantias de livre iniciativa no desenvolvimento de atividade econômica e de livre exercício de atividade científica; estimulam a biopirataria e o desenvolvimento de produtos e patentes fora do Brasil; além de impedirem a rápida descoberta de novos produtos a partir de espécies da biodiversidade brasileira e a conseqüente geração de riqueza para o País; b) a tramitação do processo administrativo para autorização de acesso é delongada, sendo certo que a Convenção sobre Diversidade Biológica não exige a criação de mecanismos de autorização prévia para acesso ao patrimônio genético, regulamentando, na verdade, as relações entre os Estados que pretendem acessar componentes da biodiversidade no território de outros; c) as atividades por ela desenvolvidas não acarretam risco de dano ao patrimônio genético da biodiversidade brasileira, de forma

a não estarem abarcadas pelo disposto no art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição Federal.⁸¹ (grifo nosso)

Diante dos argumentos elencados pela agravante, decidiu o desembargador, Márcio Moraes, pelo indeferimento ao pedido de tutela antecipada, por não vislumbrar de suficiente relevância da fundamentação, conforme artigo 558 do Código de Processo Civil. E argumentou o referido julgador:

1) O fundamento de que a medida provisória contém exigências de caráter inconstitucional seria incompatível ao juízo de cognição para apreciação da antecipação de tutela, visto que se atrela à cláusula de reserva de plenário, competindo então ao Órgão Especial deliberar a respeito;

2) As exigências em debate coadunam ao disposto na Constituição Federal, “cujo art. 225 assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações”, outrossim, dispõe que o para garantir a efetividade desse direito, o inciso II do §1º do referido artigo atribui ao Poder Público o ofício de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético”, ademais, cabe apenas ao Poder Público assegurar se determinada atividade gera ou não risco de dano através do seu poder de fiscalização;

3) Em relação ao conflito de predisposições constitucionais existentes entre a proteção ao meio ambiente e o incentivo à livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, argumenta o ilustre desembargador que “o exercício da atividade econômica não é absoluto, devendo obediência aos princípios estabelecidos no Texto Maior, dentre os quais a ‘defesa do meio ambiente’, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI).”;

4) Em relação à inaplicabilidade da exigência de autorização prévia pelo fato da CDB assim não o exigir, assegura o referido Desembargador que essa exigência tem aplicação na referida Convenção, vez que os seus objetivos são “a conservação

⁸¹ AI 0002090-05.2013.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Relatora para decisão: Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo, 3ª Turma, julgado em 18/03/2014, disponibilizado em 27/03/2014, publicado em 28/03/2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=20130300020908&data=2013-10-03>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos (...)", acrescenta o referido magistrado que o objetivo geral do Acesso aos Recursos Genéticos e aos Conhecimentos Tradicionais Associados e Repartição de Benefícios, previsto na Política Nacional da Biodiversidade, é:

Permitir o acesso controlado aos recursos genéticos, aos componentes do patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados com vistas à agregação de valor mediante pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico e de forma que a sociedade brasileira, em particular os povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, possam compartilhar, justa e eqüitativamente, dos benefícios derivados do acesso aos recursos genéticos, aos componentes do patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade."(item 14 do Anexo do Decreto n. 4.339/2002).

Continua o respeitável magistrado o raciocínio de que as exigências da medida provisória não são contrárias ao disposto na CDB, pelo fato da própria Convenção garantir a autonomia dos Estados contratantes em realizar as regras relativas ao acesso ao patrimônio genético, como apresentado no artigo 15, 1, da CDB: "Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional. (...)", assim sendo, entende o ilustre desembargador estar não prosperar os argumentos apresentados pela agravante.

Dessa forma, por haver tendência jurídica⁸² à prevalência da proteção ambiental em razão do incentivo à livre iniciativa e proteção à ordem econômica, a

⁸² "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e a própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONOMICA NAO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCIPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTECAO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, aquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral(...)

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de

exigência da autorização prévia continuaria sendo um grande empecilho às instituições de pesquisa e comércio de produtos derivados do patrimônio genético, a menos que fossem resolvidos os problemas da CGen em relação à demora na emissão dessas autorizações, ou fosse a exigência prevista na medida provisória revogada.

A ineficiência da emissão de autorizações por parte do CGen, portanto, foi o principal motivo para a medida provisória não ter sido apta a regular sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois, incentivando o descumprimento à regulamentação por parte dos usuários, trouxe prejuízos às três dimensões que deveriam ter sido protegidas pela norma: a ambiental, a econômica e a social.

conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição infestável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito a preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.”

ADI 3540 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, disponibilizado em 01/06/2012, publicado em 04/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

“Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade Intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito as gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito a saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação e fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito a saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram.(...) Demonstração de que a importação de pneus usados ou emoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com transito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto a autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente”.

In: ADPF 101, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108, disponibilização em 01/06/2012, publicação em 04/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso no dia 5 de junho de 2015.

1.3.2.1.2c. A omissão da existência de outros documentos relacionados à atividade de acesso

Muito embora o conceito de acesso ao patrimônio genético estivesse disposto na Medida Provisória 2.186/2001, como sendo: “obtenção de amostra do componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza”⁸³, a referida medida provisória deixou de explicitar os procedimentos ou a necessidade de outros documentos presentes em regulações diversas das duas principais atividades relacionadas ao acesso e a sua exploração: em primeiro lugar, a obtenção da amostra de componente genético e, em segundo, a fabricação de produtos a partir do material acessado.

Por ora, caberá apenas o conhecimento da omissão da medida provisória em relação a essas atividades mencionadas como falhas normativas existentes, sendo a relevância da existência de estudos de impacto ambiental, caracterizado pela licença e licenciamento ambiental, na regulação do acesso ao patrimônio genético destinado ao próximo capítulo, por ser principal manifestação do princípio da precaução na proteção ambiental.

Para entendimento do raciocínio, primeiro se esclarece sobre a (i) licença para coleta do material biológico, para em seguida explicar sobre (ii) o licenciamento para a exploração de recurso genético do patrimônio genético.

i. A licença para coleta de material biológico

A coleta da amostra do patrimônio genético é elemento primordial ao desenvolvimento de pesquisas acerca dele, pois a partir do material que os estudos são realizados. Por mais que a coleta englobasse o procedimento de acesso ao patrimônio genético, essa atividade não fora especificada na Medida Provisória.

⁸³Vide art. 7º, IV, Medida Provisória nº 2.186/2001.

In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

Em razão dessa lacuna legislativa, qual representava grande risco à proteção ambiental pela falta de fiscalização da coleta de organismos vivos no ambiente⁸⁴, coube, então, ao IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis regulamentar, através da Instrução Normativa nº 154⁸⁵ de 2007, a função de regulamentar, entre outros pontos, sobre a referida coleta do material biológico para fins de pesquisa⁸⁶.

Entretanto, pelo fato da medida provisória não ter sido alterada para fins de esclarecimentos ou menção à necessidade da autorização do IBAMA⁸⁷ para coleta de material biológico, muitos pesquisadores acabaram sendo autuados pela falta de esclarecimentos da necessidade da licença ambiental para coleta de amostras, como bem assegura Trennepohl:

Não têm sido raras as ocorrências de pesquisadores desavisados que são surpreendidos durante o transporte de espécimes de animais ou vegetais (ou parte desses) sem a necessária autorização ambiental e, por conseguinte, autuados e denunciados criminalmente.⁸⁸

Assim sendo, a referida medida provisória não cumpriu sua função de regulamentar devidamente sobre o acesso ao patrimônio genético, pois deixou de regulamentar sobre a principal atividade dessa prática: a obtenção de material biológico para pesquisa. Outrossim, além de prejudicar os próprios usuários do acesso, pelo desconhecimento da necessidade da licença ambiental para a coleta de amostras, essa omissão implica também em considerável ameaça ao meio ambiente, visto que, a sua realização sem a devida fiscalização e estudos de impacto ambiental, pode acarretar em degradações à biodiversidade, gerando seu empobrecimento.

⁸⁴ É importante recordar, a partir dos estudos realizados, que a falta de fiscalização na coleta de materiais da biodiversidade pode gerar degradação ambiental, pois se realizada em larga escala e sem os devidos cuidados, assim como o é a prática do tráfico de animais, traz prejuízos consideráveis ao meio ambiente.

⁸⁵ IBAMA. Instrução Normativa nº 154, de 01 de março de 2007. Disponível em: http://www.fzb.rs.gov.br/upload/1366827462_IN_154_coleta.pdf. Acesso no dia 20 de junho de 2015.

⁸⁶ No ano de 2014, a partir da Instrução Normativa nº 03, de 01 de setembro de 2014, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio – passou a ser responsável pela autorização à distância de solicitações de autorizações para coleta de material biológico e para a realização de pesquisa em unidades de conservação federais e cavernas. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/sisbio/>. Acesso no dia 22 de junho de 2015.

⁸⁷ A autorização do IBAMA nos casos de coleta de material biológico se dá pela licença ambiental. Vide Instrução Normativa nº 154, de 01 de março de 2007.

⁸⁸ TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niterói:Impetus, 2013.

ii. O licenciamento para a exploração de recurso do patrimônio genético

Cabe lembrar que o principal problema da não regularização do acesso ao patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado consistia no acesso à biodiversidade sem autorização, realização de pesquisa de componente do patrimônio genético e comercialização do produto sem devida repartição dos benefícios gerados a partir do acesso.

Dessa forma, são quatro os núcleos de preocupação envolvendo o acesso ao patrimônio genético, a coleta de biodiversidade, realização de pesquisa, exploração do produto e a devida repartição de benefícios.

Embora o problema envolvendo o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional envolva essas quatro fases, assim como a coleta de material biológico, a exploração dos produtos obtidos a partir do acesso ao patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado também deixou de ser arguida na medida provisória.

Assim sendo, embora a Resolução 237⁸⁹ de 1997, do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, já estipulasse que as atividades ou empreendimentos envolvendo, entre outros pontos, o uso de recursos do patrimônio genético prescindiam de licenciamento ambiental, a medida provisória omitiu a existência desse regulamento para a devida exploração envolvendo os produtos obtidos a partir do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado.

Assim, pelo fato da medida provisória não deixar claro se há procedimento específico para regulamentar a exploração do produto obtido, ou norma que já a regule, a medida provisória não foi suficiente, visto que não foi capaz de dispor corretamente sobre as finalidades da regulamentação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, assim como na regulação da coleta de material biológico para fins de pesquisa.

Dessa forma, percebe-se que, embora o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado implique em quatro fases diferentes de atividade, a medida provisória deixou de especificar as duas que possuem maiores riscos de danos ao meio ambiente: a coleta de material biológico e a exploração de

⁸⁹ CONAMA. Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

produtos obtidos a partir do acesso. Ser omissivo quanto a necessidade de se realizar estudos de impacto ambiental nas atividades que fazem parte do acesso, implica em insegurança jurídica na proteção ambiental

Uma vez concluído todo contexto que levou à criação da nova Lei nº13.123/2015, desde o principal problema a ser enfrentado pela nova lei até a compreensão de outros regramentos que influenciaram as diretrizes da nova lei, importante se faz agora, a análise dos mecanismos de proteção ambiental e dos direitos indígenas na lei nº 13.123/2015.

CAPÍTULO II. OS MECANISMOS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS INDÍGENAS NA NOVA LEI 13.123/2015

Para analisar os mecanismos do princípio da precaução como principal instrumento de proteção ao meio ambiente e à comunidade indígena na lei 13.123/2015, retoma-se, primeiramente, aos estudos sobre o princípio da precaução, sua importância na preservação do bem jurídico a ser tutelado, suas características e principais formas de manifestação no ordenamento jurídico na questão ambiental, através dos estudos de risco, ou seja, estudo de impacto ambiental, licenciamento e autorizações, e na questão social, sob a forma de participação popular e do consentimento prévio informado nas decisões de questões intimamente ligadas à comunidade.

Consolidadas as informações a respeito do princípio da precaução, passa-se à análise da eficácia desse princípio na lei 13.123/2015, sob forma de proteção aos prováveis riscos ambientais e sociais da atividade de acesso e exploração do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

Em relação à questão ambiental, destaca-se para a mudança do conceito de “acesso ao patrimônio genético” como tentativa de se omitir da obrigação de regular sobre todas as etapas envolvidas no acesso, em especial, nas atividades de risco, conferidas pela necessidade de licença e licenciamento ambiental: a atividade de coleta do material biológico e de exploração do produto final.

Outrossim, seguindo o mesmo raciocínio de proteção garantido pelo princípio da precaução, analisar-se-á o sistema de repartição de benefícios proposto pela nova lei, como principal mecanismo de complementação à proteção garantida pelo princípio da precaução na consolidação dos direitos ambientais e sociais.

Diante desse raciocínio, explica-se: se o cerne do problema da biopirataria consistia na exploração de recursos do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado sem a devida repartição desses benefícios, o sistema de repartição irá impedir que esse abandono social continue ocorrendo, em relação à questão ambiental, o problema consistia no acesso descuidado e depredador do meio ambiente, a proteção à biodiversidade será consolidada a partir das repartições

que integram programas de conservação da biodiversidade, tais como a transferência de tecnologia, capacitação dos recursos humanos, entre outros pontos.

Assim sendo, entende-se que, uma vez aceitos os riscos provenientes da atividade, aqueles que assumiram suportar esses riscos, também devem ter o direito de se aproveitar dos benefícios gerados pelo empreendimento.

Para melhor entendimento dos mecanismos do princípio da precaução adotados pela nova lei na proteção ambiental e dos direitos indígenas, é necessário que esses estudos sejam feitos em separado, consistindo na análise do princípio da precaução como forma de proteção ambiental na nova lei (2.1), proteção aos direitos indígenas (2.2) e os novos ordenamentos da repartição de benefícios como forma de assegurar a proteção a esses institutos (2.3).

2.1A proteção ambiental a partir do princípio da precaução na Lei 13.123/2015

Conforme estudado, a incidência do princípio da precaução está na análise de riscos de dano prévio à execução da atividade. Nesse diapasão, tem-se que os principais mecanismos de proteção ambiental no acesso ao patrimônio genético consistem nos devidos instrumentos que necessitam de análise prévia à execução da atividade, sendo assim, far-se-á a análise da ineficácia da nova lei na proteção ambiental no sentido de não regular todas as fases envolvidas no processo do acesso ao patrimônio genético, sendo omissa sobre a existência de instrumentos de análise de risco nas atividades relacionadas: a licença ambiental⁹⁰ e o licenciamento⁹¹, para fiscalizar as atividades de coleta do material biológico e a exploração dos recursos do patrimônio genético, respectivamente; além disso, ressalta-se, também, para a ineficácia da lei na proteção ambiental em relação à autorização prévia, que deixa de ser obrigatória à todas as atividades de acesso, incidindo apenas em casos que dependam de permissão de outras autoridades⁹², e em relação à remessa de material genético ao exterior⁹³.

⁹⁰ IBAMA, Instrução Normativa 154, de 01 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/ambiente/legislacao/id5111.htm>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

⁹¹ CONAMA, Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

⁹² Dispõe o artigo 13 da Lei 13.123/2015:

2.1.1 A omissão das atividades de risco relacionadas ao acesso ao patrimônio genético

Considerando o processo de acesso ao patrimônio genético constituído por três atividades, sendo eles: o processo de obtenção de amostras da biodiversidade, realização de pesquisas a partir das amostras e aproveitamento do produto final obtido, tem-se na primeira e na última fase a caracterização da atividade de risco, confirmada pela necessidade de se obter autorizações das autoridades responsáveis por analisar os riscos de danos ambientais de atividades relacionadas ao meio ambiente: IBAMA e CONAMA.

Nesta esteira, em relação à atividade da coleta de material biológico, sua regulamentação está disposta na Instrução Normativa nº 154 de 2007, do IBAMA, que dispõe a necessidade da licença ambiental, enquanto a exploração de produto final, que possui influência do patrimônio genético, necessita do licenciamento⁹⁴, regulamentado pela Resolução 237 de 1997, do CONAMA.

“Art. 13. As seguintes atividades poderão, a critério da União, ser realizadas mediante autorização prévia, na forma do regulamento:

I – acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado em área indispensável à segurança nacional, que se dará após a anuência do Conselho de Defesa Nacional;

II – acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, que se dará após a anuência da autoridade marítima.

BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 20 de junho de 2015.

⁹³ Outra relevante autorização na fiscalização do acesso ao patrimônio genético diz respeito à remessa de material genético ao exterior, conferida tanto pela medida provisória 2.186/2001, quanto pela nova Lei 13.123/2015. Essa autorização consiste no Termo de Transferência de Material, e está disposta nos artigos 19 e 20 da referida medida provisória e nos artigos 11, §2º e 15 da Lei 13.123/2015. Essa autorização está mais ligada à fiscalização da coleta e remessa de material genético ao exterior do que para fiscalização das atividades de pesquisa, uma vez que não há acompanhamento dessa, apenas exigências iniciais sobre a finalidade do material requisitado.

⁹⁴ A redação do artigo 10 da Lei 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - deixa claro que as atividades potencialmente capazes de causar degradação ambiental que se utilizam os recursos ambientais dependerão de licenciamento:

“Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”.

In: BRASIL. Lei 6.938/81. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>. Acesso no dia 18 de junho.

Dessa forma, inclui-se a atividade e exploração de produtos derivados do patrimônio genético, como bem especificado no anexo 1 da Resolução nº 237 do CONAMA, que trata das atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental. In: CONAMA, Resolução 237, de 19 de

Trennepohl, a bem ver, menciona que o poder Público é responsável por fiscalizar todas as atividades que possuam risco de causar prejuízo imediato ou futuro, qual se extrai, portanto, a necessidade da aplicação do princípio da precaução nessas respectivas atividades de risco ocasionadas pelo acesso ao patrimônio genético, conforme exposições do autor:

A submissão de certas atividades à aprovação prévia do Estado é presença constante na legislação que trata do meio ambiente. Algumas dessas, por utilizarem diretamente recursos naturais; outras, por alterarem suas características e, outras ainda, por oferecerem risco potencial para o equilíbrio ambiental imprescindível à qualidade de vida do homem. (...) Todas as atividades humanas das quais resulte alguma modificação adversa que possa causar prejuízo imediato ou em consequência das quais exista risco de ocorrência futura estão sujeitas ao controle dos órgãos competentes, conforme disposto nas normas correspondentes.⁹⁵

Em vista do exposto, embora a presença do princípio da precaução esteja presente nas atividades relacionadas ao acesso ao patrimônio genético como forma de proteção ambiental, a nova lei 13.123/2015, por assim não transmitir esse conhecimento, gerou insegurança em relação à proteção ambiental, sendo silente sobre a obrigatoriedade de licença e licenciamento ambiental na execução dessas atividades.

Outrossim, destaca-se para a tentativa da Lei 13.123/2015 em se eximir da responsabilidade de regulamentar sobre essas fases omitidas, através da sua mudança do conceito de “acesso ao patrimônio genético”, que, na medida provisória era percebido como “obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza⁹⁶”, assim agora o

dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

Ademais, dá-se destaque para as Resoluções CONAMA 001/1986 e 237/1997, que também são importantes ferramentas de regulação das atividades que potencialmente causam impacto e degradação ambiental, servindo de instrumentos de complementação da Lei 6.938/81.

In: SISBIO. Manual do Usuário. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/servicos/manual.pdf>. Acesso no dia 20 de junho de 2015.

⁹⁵ TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niterói:Impetus, 2013.

⁹⁶ Art. 7º, inciso IV da Medida Provisória 2.186/2001. In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015

consiedera: “pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético”⁹⁷.

Como bem assegurado anteriormente, para a eficácia de uma lei que regule sobre o acesso ao patrimônio genético e o ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios, faz-se necessário que a norma abarque todas as atividades relacionadas ao propósito da lei, ou seja, que esteja relacionada com o mal que se quer evitar ou com o bem que se quer promover. Partindo do pressuposto do mal a ser combatido pela nova lei consistir em várias etapas integradas de um processo, não há que se restringir em uma só fase da atividade os objetivos da lei, pois ela estará incompleta.

Explica-se: a biopirataria não existe se não houver exploração da biodiversidade ou do conhecimento tradicional de outro sem autorização, assim sendo, também não há biopirataria se não houver inserção de tecnologia no produto ou mecanismos que impliquem na exclusividade da utilização do recurso, ademais, não persiste em biopirataria se não houver a percepção de lucros através desse produto obtido, e, por fim, se as comunidades que compartilharam informação ou o patrimônio genético estão recebendo os benefícios provindos da exploração, também não incide a biopirataria.

Dessa forma, a lei, como almeja regular apenas a etapa de pesquisa realizado sobre patrimônio genético, não regulamentando todas as fases do problema, apresenta fraqueza em sua eficácia para regular sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, implicando na desproteção ambiental, por se omitir nas principais fases de risco da atividade: coleta de material biológico e exploração do produto final obtido pelo acesso.

2.1.2 A autorização prévia como instrumento de proteção

A autorização prévia, conforme estudado, apesar de ser considerado o maior empecilho para a aplicabilidade da antiga medida provisória, consistia em seu principal instrumento de proteção ambiental, uma vez que os requisitos dispostos no formulário de autorização, buscavam obter o maior detalhamento possível da

⁹⁷ Art. 2º, inciso VIII da Lei 13.123/2015. In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

atividade, fazendo dela a principal ferramenta de proteção ambiental do acesso ao patrimônio genético sob os fundamentos do princípio da precaução. Dessa forma, atenta-se novamente para o silêncio da nova lei em relação à atribuição da competência para emitir autorização em relação ao acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado dada pelo CGen a outros órgãos⁹⁸, não há informação sobre a prevalência dessas autorizações. Por ser importante instrumento de análise e fiscalização da atividade, a presença da autorização prévia na regulação do acesso ao patrimônio genético é imprescindível forma de proteção ambiental, que deveria estar claramente disposta em caráter universal na nova lei.

Embora a antiga medida provisória não fizesse referência a qualquer instrumento de licenciamento ou licença ambiental, ela possuía em seu ordenamento o instituto da autorização prévia⁹⁹ como principal medida preventiva de fiscalização do Poder Público em relação aos danos ambientais, pois conforme advoga Trennepohl¹⁰⁰, são as autorizações que constituem o caráter preventivo de danos do licenciamento ambiental.

Dessa forma, a finalidade de proteção ao meio ambiente que o licenciamento teria, qual seja de fiscalização e acompanhamento das etapas de acesso ao patrimônio genético, seria, em tese, substituída pela autorização requerida pelo CGen, que demandava, em seu formulário de autorização, de informações como: componentes do patrimônio genético a serem acessados; necessidade de anuência do órgão responsável em caso de acesso a componentes do patrimônio genético de espécies de endemismo estrito ou ameaça de extinção; tipo e quantidade de amostra a ser coletada; metodologia e época prevista de coleta; necessidade de manutenção dos organismos vivos em cativeiro; localização da área de coleta e

⁹⁸ O Cgen concedeu ao IBAMA, CNPq e IPHAN a competência de emitir autorizações referente à pesquisa envolvendo o patrimônio genético e o conhecimento tradicional associado. *In*: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Como solicitar. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/acesso-ao-patrimonio-genetico-e-aos-conhecimentos-tradicionais-associados/como-solicitar>>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

⁹⁹ Cabe ressaltar que, conforme disposição do art. 8º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cabe apenas ao CONAMA regular sobre o licenciamento ambiental. Dessa forma, outros órgãos, para fiscalização devem fazê-lo sob outros instrumentos. *In*: BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 26 de junho de 2015.

¹⁰⁰ “O licenciamento ambiental tem caráter preventivo, para evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente. Segundo ToshioMukai, ele busca ‘o controle administrativo preventivo das atividades e empreendimentos que possam causar danos ao meio ambiente deve ser efetuado por meio de autorizações’. *In*: TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niterói:Impetus, 2013.

destino dos componentes do patrimônio genético¹⁰¹. De modo preventivo, a fim de evitar a presença de dano ou potencial de dano, é no procedimento da autorização, portanto, o lugar de análise do princípio da precaução por parte do poder público.

Ao longo da aplicação da antiga medida provisória, o CGen, delegou a função de emitir autorizações do acesso ao patrimônio genético a outros órgãos¹⁰² conforme era previsto no art. 10, inciso III, da referida norma.¹⁰³

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul confeccionou quadro ilustrativo que representa a delegação de competência realizado pelo CGen para as autorizações do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, qual é devidamente reproduzido a seguir¹⁰⁴:

¹⁰¹ Excertos retirados do 'Formulário para solicitação de autorização de acesso e remessa a componente do patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado'. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/acesso-ao-patrimonio-genetico-e-aos-conhecimentos-tradicionais-associados/formularios>. Acessado no dia 19 de junho de 2015.

¹⁰² conforme Deliberação n.º40 do CGEN, em 2003, o IBAMA ficou responsável pela emissão de autorizações de acesso ao Patrimônio Genético para pesquisa científica, sem acesso ao Conhecimento Tradicional Associado; Deliberação n.º246 do CGEN, de 2009, o CNPq está apto a autorizar instituições nacionais que exerçam atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins a acessar amostra de componente do Patrimônio Genético, sem acesso ao Conhecimento Tradicional Associado, e a remeter amostras de componente do Patrimônio Genético para instituições sediadas no exterior e Deliberação n.º279 do CGEN, de 2011, o IPHAN pode autorizar instituições públicas ou privadas a realizar pesquisa científica envolvendo conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos. *In*: UFRGS. [s.n.t]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/patrimoniogenetico/orientacoeseautorizacoes/introducao>>. Acesso no dia 30 de junho de 2015.

¹⁰³ "Art.10.Fica criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, de caráter deliberativo e normativo, composto de representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Medida Provisória.

III - acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado. *In*: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

¹⁰⁴ Embora trata-se de estudo do antigo regime, dá importantes diretrizes ao entendimento da dinâmica no novo regime da Lei 13.123/2015, pois devido à omissão da nova lei não se sabe se essas autorizações delegadas a outros órgãos também seriam revogadas, ou se a lei revogou apenas aquelas que eram de competência da CGen. Caso ainda permaneça a obrigatoriedade das autorizações desses órgãos a quem foram delegadas a competência de autorizar, compreenderá ser esse o sistema de autorização da nova lei também.

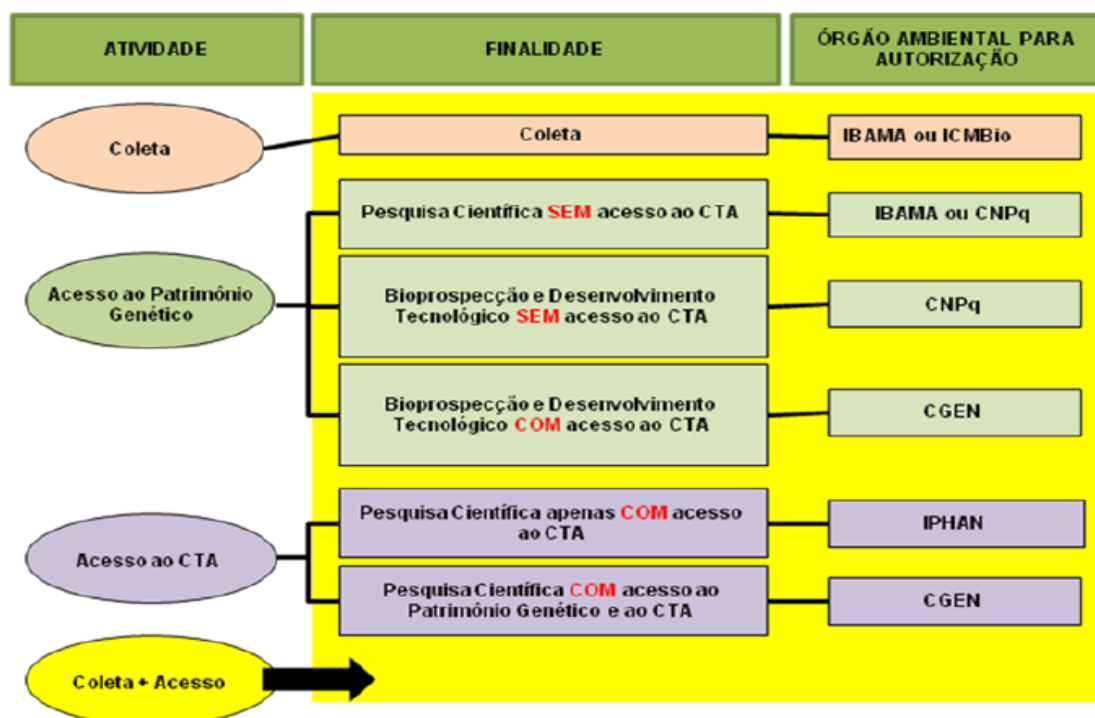


Figura 1: Quadro ilustrativo das vias de solicitação de autorização para acesso ao Patrimônio Genético ou Conhecimento Tradicional Associado, dependendo da finalidade do projeto. Na figura CTA se refere a Conhecimento Tradicional Associado.¹⁰⁵

Tendo em vista a importância da autorização prévia como principal mecanismo de fiscalização e proteção do ambiental, a atual lei, ao aplicar a necessidade desse instrumento apenas a casos específicos¹⁰⁶ e silenciar sobre a incidência das autorizações delegadas aos outros órgãos conveniados anteriormente ao CGen, afeta os alicerces da proteção ambiental pela falta de informação normativa, representando insegurança jurídica e perda da eficácia da lei no tocante à defesa do meio ambiente, pois não se sabe se ainda permanece a incidência desses mecanismos de proteção aos riscos ambientais, ou se o acesso passou a ser “livre” e não necessitar mais de análises prévias, fato que resulta em grande vulnerabilidade na proteção ambiental.

Assim sendo, no tocante à proteção ambiental, cabe afirmar a falta de informação da nova lei em relação aos mecanismos de proteção ambiental sob as formas de licenciamento, estudos de impacto ambiental ou autorizações prévias. Destarte, não há como dizer se o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado estão sendo assegurados pelos mecanismos do princípio da

¹⁰⁵ Fonte: UFRGS. [s.n.t]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/patrimoniogenetico/orientacoeseautorizacoes/introducao>>. Acesso em 30 de junho de 2015.

¹⁰⁶ Vide art. 13 da Lei nº 13.123/2015.

precaução na nova lei, pois como vimos anteriormente, há regulações de outros órgãos que demandam de autorizações anteriores à atividade, entretanto, a nova lei 13.123/2015, por não ser clara e omitir informações a respeito dessas regulações, com base no próprio princípio da precaução, que exige a transparência de conhecimentos, a nova lei apresenta-se pouco eficaz em relação à tutela do meio ambiente, pois gera insegurança jurídica quanto aos mecanismos de proteção dele.

2.2 O princípio da precaução na proteção dos direitos indígenas

Com base nas informações obtidas anteriormente acerca da manifestação do princípio da precaução no ordenamento jurídico, por ser o presente capítulo responsável pela proteção dos direitos da comunidade indígena, analisar-se-á, primeiramente, a falta da participação da comunidade indígena na criação da nova lei, principal afronta ao princípio da precaução na modalidade de participação popular, além de infração às regras estabelecidas na Convenção 169 da OIT, que estabelece a obrigatoriedade da presença indígena na formulação legislativa de assuntos que os afetam diretamente; posteriormente, serão analisados os institutos previstos na lei 13.123/2015 que adotam o princípio da precaução na proteção dos direitos indígenas, sob a forma da participação popular na constituição do novo CGen e o consentimento prévio informado das comunidades detentoras do conhecimento tradicional associado.

Dessa forma, a fim de melhor compreensão do princípio da precaução na proteção dos direitos indígenas, passa-se a analisar (2.2.1) a ausência da participação da comunidade indígena na criação da Lei 13.123/2015, (2.2.2.) a nova composição do CGen e o poder de voto das comunidades indígenas, e (2.2.3.) o consentimento prévio informado previsto na Lei 13.123/2015.

2.2.1. A ausência da participação da comunidade indígena na criação da Lei 13.123/2013

A não participação dos povos indígenas no processo de elaboração da nova lei infringe, além do princípio da precaução no que concerne à participação popular,

os seus direitos assegurados pela Convenção 169 da OIT¹⁰⁷, que dispõe em seu artigo 6º¹⁰⁸, o direito de participação da comunidade indígena em relação a medidas legislativas ou administrativas que sejam suscetíveis de afetá-las diretamente.

Em razão disso, os direitos dessas comunidades, que serão diretamente afetados pelo novo ordenamento jurídico, encontram-se vulneráveis, devido ao desrespeito às particularidades e aos costumes desses povos na regulação que afeta a sua própria manifestação cultural: o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.

Em entrevista à Amazônia Real, Sheila Dourado expõe o procedimento arbitrário na elaboração da nova lei, que, quando ainda era um projeto, a Casa Civil deixou de realizar as consultas públicas devido às críticas que surgiram a ela, deixando, assim, de envolver a participação das comunidades detentoras do conhecimento, como bem apresenta:

(...) a Casa Civil propôs o texto de uma proposta legislativa para substituir a MP, um anteprojeto de lei (APL), que também foi posto sob consulta pública, mas a consulta foi 'abortada', porque o APL foi alvo de muitas críticas. O texto voltou para a casa civil que passou a discutir internamente e com ministérios, com subsídios do CGen, mas sem uma participação efetiva dos 'detentores'.¹⁰⁹

Outrossim, a crítica¹¹⁰ ao procedimento de elaboração da nova lei não consiste apenas no fato da lesão jurídica aos direitos indígenas pela não

¹⁰⁷ A Convenção 169 da OIT foi promulgada através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. *In*: BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 15 de junho de 2015.

¹⁰⁸ Artigo 6º.

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

BRASIL. Decreto nº 5.501/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

¹⁰⁹ FARIAS, Elaíze. **Pressa na aprovação da Lei de Acesso aos Recursos Genéticos ameaça povos tradicionais.** Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/pressanaaprovacoadaleideacessoaosrecursosgeneticosameacapovostradicionalis/>. Acesso em 12 de junho de 2015.

¹¹⁰ "Movimentos sociais contrários à nova lei querem o veto integral da presidente Dilma Rousseff. O argumento é que o texto é inconstitucional por falta de consulta prévia aos povos tradicionais, como indígenas, quilombolas e ribeirinhos, conforme determina a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho". *In*: OLIVEIRA, José Carlos. **Movimentos sociais querem veto à nova Lei da Biodiversidade.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/488212-MOVIMENTOS-SOCIAIS-QUEREM-VETO-A-NOVA-LEI-DA-BIODIVERSIDADE.html>. Acesso em 12 de junho de 2015.

participação no processo, mas sim, pela ativa participação das empresas usuárias do recurso¹¹¹, como bem assevera Dallagnol:

Cerca de 300 empresas que lucram em cima da espoliação humana e de solo participaram do processo de construção da nova lei da biodiversidade. Na prática, é como pedir para que um criminoso julgue os próprios crimes; é como se as madeiras criassem leis para o desmatamento.¹¹²

Diante o exposto, tem-se que a nova lei torna vulnerável os direitos dos povos indígenas, pois regula arbitrariamente sobre seus conhecimentos, sem ao menos levar em conta as particularidades desses povos por meio da participação. Assim sendo, por infringir os direitos dessa comunidade desde a sua elaboração, há o enfraquecimento da eficácia do princípio da precaução na proteção dos direitos sociais desses povos, por abalar dois pilares importantes para esse conceito: o respeito e o consentimento da população a quem a norma ela é destinada.

2.2.2. A nova composição do CGen e o poder de voto das comunidades indígenas

Tendo em vista a presença do princípio da precaução na mudança instituída pela nova lei ao conceder a participação popular na composição do novo CGen, verificar-se-á a eficácia desse instrumento na defesa dos direitos da comunidade indígena, para tanto, far-se-á a análise dessa nova composição, os ganhos que a comunidade indígena adquiriu com a participação nesse novo Conselho e nas Câmaras Setoriais e Temáticas de auxílio às decisões do plenário, a análise da inovação que essa participação apresenta à regulação ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, tendo em vista que, nem o CDB e o nem o Protocolo de Nagoya fizeram previsão a essa medida, e, outrossim, de forma crítica,

¹¹¹ Sônia Guajajara, em entrevista à Amazônia Real, “lembrou que a votação está ocorrendo às pressas para que os movimentos sociais não tenham tempo de se articular. ‘Não houve discussão. O governo quer votar e aprovar logo. Só as empresas tiveram condições de botar pressão para ser votado na Câmara da maneira que elas queriam’”. In: FARIAS, Elaíze. **Pressa na aprovação da Lei de Acesso aos Recursos Genéticos ameaça povos tradicionais**. Publicada no dia 31 de março de 2015 (fazia referência ao Projeto de Lei 7.735/2014). Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/pressanaaprovaodaideacessoaosrecursosgeneticosameacapovostradicionais/>. Acesso em 12 de junho de 2015.

¹¹² SILVA, Maura. **Apesar de vetos, Lei da Biodiversidade segue sendo retrocesso, afirma especialista**. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2015/05/22/apesardosvetosleidabiodiversidadesequesendoumretrocessoafirmaespecialista.html>. Acesso em 12 de junho de 2015.

embora essa mudança represente um fato positivo à proteção da comunidade indígena, atentar-se para a própria efetividade nas decisões desse Conselho, vez que, o setor empresarial e o acadêmico possuam mais afinidades entre si do que entre os povos indígenas detentores do conhecimento tradicional associado.

A referida mudança advinda com a Lei 13.123/2015, diz respeito à participação popular na nova composição do CGen, que passa a ser integrado por representantes do setor empresarial, setor acadêmico e das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, conforme dispõe o artigo 6º e seus incisos I, II e III:

Art. 6º - Fica criado no âmbito do Ministério do Meio Ambiente o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN, órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a paridade entre:

I – setor empresarial;

II – setor acadêmico; e

III – populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.¹¹³

Além da participação popular no Conselho, a nova Lei também garante que sua presença se dê também no apoio às decisões do plenário do órgão, através da criação de Câmaras Temáticas e Setoriais, conforme dispõe o artigo 6º, § 3º:

Art. 6º, § 3º - O CGen criará Câmaras Temáticas e Setoriais, com a participação paritária do Governo e da sociedade civil, sendo esta representada pelo setores empresarial, acadêmico e representantes das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, para subsidiar as decisões do plenário.¹¹⁴

A participação popular seja na composição do CGen, ou como câmara de auxílio às decisões do plenário, importa em positiva mudança ocorrida na regulação do patrimônio genético, uma vez que os interesses e particularidades das comunidades indígenas participam e representam poder de voto no novo Conselho, não ficando, assim, à mercê de decisões do próprio Estado, que, muitas vezes, não compreende as peculiaridades desse povo, como fizera a medida provisória

¹¹³ BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹¹⁴ BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

2.186/2001, que caracterizava o típico monopólio das decisões, que deveriam ser coletivas, aos “cientistas do Estado”¹¹⁵.

A antiga norma assegurava que a composição desse Conselho fosse limitada apenas aos representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que deteriam competência acerca dos assuntos tratados pela medida provisória¹¹⁶.

A proposta instituída pela nova lei, trata-se, portanto, de grande inovação na regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois tanto a CDB quanto o Protocolo de Nagoya são silentes a respeito da participação popular na tomada de decisões ou na regulamentação do acesso limitando-se esses documentos internacionais apenas a exigir o consentimento prévio informado da parte provedora dos recursos.

Entretanto, a CDB não deixa de acreditar na relevância que a participação popular tem nos projetos que implicam em avaliação de impactos ambientais de projetos que possam causar efeitos negativos na diversidade biológica, como bem explicita o artigo 14, 1, alínea a, dessa Convenção:

Artigo 14.

1) Cada Parte Contratante, na medida do possível e conforme o caso, deve:
a) Estabelecer procedimentos adequados que exijam a avaliação de impacto ambiental de seus projetos propostos que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica, a fim de evitar ou minimizar tais efeitos e, conforme o caso, permitir a participação pública nesses procedimentos.¹¹⁷

¹¹⁵ Diz-se aqui “cientistas do Estado”, pelo fato da composição do antigo CGen ser constituído apenas pelos órgãos especializados na questão do meio ambiente, ciência e tecnologia, saúde, entre outros relacionados ao patrimônio genético e suas implicações, como bem pode ser observado: “O CGEN, órgão de caráter deliberativo e normativo criado pela MP no 2.186-16 no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, é integrado por representantes de 19 órgãos e entidades da Administração Pública Federal Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério da Saúde; Ministério da Justiça; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Defesa; Ministério da Cultura; Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; IBAMA; Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro; CNPq; Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia; Instituto Evandro Chagas; Embrapa; Fundação Oswaldo Cruz, Funai, Instituto Nacional de Propriedade Industrial, Fundação Cultural Palmares”. In: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico>>. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

¹¹⁶ Art. 10. Fica criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, de caráter deliberativo e normativo, composto de representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Medida Provisória. In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

¹¹⁷ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso no dia 2 de junho de 2015.

A participação popular no CGen pode ser caracterizada, portanto, como aplicação do princípio da precaução na proteção dos direitos sociais dessas comunidades, vez que elas terão participação nas diretrizes de regulação das matérias relacionadas ao acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e garantirá as especificidades no tocante à repartição de benefícios, afinal, caberá a esse novo Conselho elaborar as próximas regulamentações sobre os procedimentos do acesso, como enunciado ao longo da própria Lei 13.123/2015¹¹⁸.

Ainda que a inserção da população no Conselho soe como um ponto positivo da nova Lei, há de se verificar a sua efetividade, observando-se como serão as deliberações em relação ao voto, pois de nada adiantará a participação popular se há predominância de participantes de determinados interesses, sendo a minoria facilmente vencida pelos demais representantes.

A fim de melhor explicitar o entendimento, recorre-se ao artigo 6º da Lei 13.123/2015, qual dispõe a necessidade dos membros da sociedade serem de igual número entre os representantes: I) do setor empresarial; II) do setor acadêmico; e III) populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

Entretanto, há de se perceber que normalmente para fins de pesquisa e exploração, os setores I e II possuem interesses em comum, pois são os principais usuários do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, dessa forma, almejam esses setores mecanismos que lhes sejam mais favoráveis e menos onerosos às suas atividades na regulamentação do acesso.

Outrossim, ressalta-se que, pelo fato da Lei 13.123/2015 ter vedado o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado a pessoa natural estrangeira¹¹⁹, a solução, que a própria Lei deu, a essas empresas com interesse em acessar o patrimônio genético brasileiro é a de se associar à instituição nacional

¹¹⁸ Os artigos: art. 3º; art. 6º, inciso VII e §2º; art. 7º; art. 8º §1º; art. 9º §1º; art. 10, inciso IV e §2º; art. 12 §1º; art. 13; art. 15; art. 17 §5º, art. 21 caput e parágrafo único; art. 25 §2º e §4º; art. 26; art. 27 caput e §7º; art. 28; art. 31 caput e parágrafo único; art. 32 §2º e art. 33, inciso XV da Lei 13.123/2015 fazem referência ao regulamento que ainda há de ser elaborado pela CGen na implementação das políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹¹⁹ Art. 11. Ficam sujeitas às exigências desta Lei as seguintes atividades: § 1º É vedado o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por pessoa natural estrangeira. *In:* BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

de pesquisa científica e tecnológica¹²⁰, pública ou privada, qual se encaixa perfeitamente o setor acadêmico.

Não à toa, por possuírem inegável interesse na biodiversidade do país, esses dois setores receberam diversas penalidades à época da medida provisória 2.186/2001, como bem expressa Mariana Schreiber:

O modelo anterior de autorização de pesquisa, considerado mais confuso e burocrático, levou à aplicação de muitas penalidades sobre empresas e instituições acadêmicas. Desde 2005, quando entrou em vigor um decreto regulando as sanções no caso de desrespeito dessas regras, o Ibama já aplicou mais de R\$ 230 milhões em multas, resultado de quase 600 autos de infrações contra instituições brasileiras e multinacionais. Entre elas estão grandes empresas (Avon, Natura, Ambev, Boticário, Johnson & Johnson, L'Oréal, Unilever, etc), laboratórios e farmacêuticas (Pfizer, Abbott, Medley, Merck, etc);e até mesmo a Embrapa (estatal que faz pesquisas para o setor agropecuário) e universidades públicas (USP, UERJ, UFMG, UFRGS, UFPB, etc), que costumam recorrer das multas.¹²¹

Dessa forma, embora a mudança da composição do CGen apresente características positivas à proteção dos direitos indígenas, pois a participação nas decisões do Conselho implicará em consideração dos seus interesses e respeito à sua cultura, há de se verificar o funcionamento do novo CGen em relação à contagem de votos do Conselho, pois dependendo da forma como for estruturada essa a relação, poderá ocorrer em uma falsa noção de participação popular, em que os votos de uma minoria já são contados automaticamente como “votos perdidos”, sem o perigo de ter força para impedir os interesses de uma maioria.

Assim sendo, a princípio, a participação da comunidade indígena na formação no novo Conselho é medida favorável à defesa dos seus direitos na nova lei 13.123/2015, entretanto, eficácia da proteção a esses direitos, garantido pelo princípio da precaução ficará dependente da estruturação de contagem de votos do novo CGen, que poderá desfazer a noção de justiça e equidade da participação popular nesse órgão.

¹²⁰Art. 12. Deverão ser cadastradas as seguintes atividades: II - acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa jurídica sediada no exterior associada a instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada.*In*: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹²¹ SCHREIBER, Mariana. **Por que o Marco da Biodiversidade divide farmacêuticas e ambientalistas?**. Notícia publicada no dia 21 de maio de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_marco_biodiversidade_pesquisa_ms_rb. Acesso no dia 12 de junho de 2015.

2.2.3. O Consentimento Prévio Informado (CPI) previsto na Lei 13.123/2015

Outra medida adotada pela nova Lei 13.123/2015 diz respeito ao Consentimento Prévio Informado, presente tanto nas especificações da CDB, quanto no Protocolo de Nagoia. Diante a instituição desse novo mecanismo proteção aos direitos sociais indígenas sob o princípio da precaução, passa-se à análise do Consentimento Prévio Informado e a sua comparação à anuência prévia (2.2.3.1.). Em seguida, verifica-se as principais implicações ocorridas com a mudança do conceito de acesso ao conhecimento tradicional associado (2.2.3.2.), acarretando nas várias formas de se provar o consentimento (2.2.3.3.); e nas hipóteses de casos em que o acesso ao conhecimento tradicional não necessita de consentimento prévio informado (2.2.3.4.).

2.2.3.1. O Consentimento Prévio Informado e a anuência prévia

Para melhor análise da instituição do consentimento prévio informado e suas implicações na nova lei, faz-se necessário melhor entender sobre esse instituto e suas características para, em seguida, compará-lo à anuência prévia, exigida pela antiga medida provisória, a fim de se perceber a grande inovação que esse instituto apresenta para a regulação do acesso ao conhecimento tradicional associado, vez que nem a CDB e nem o Protocolo de Nagoia fazem previsão a esse mecanismo que garantiu maior autonomia das comunidades tradicionais na negociação do acesso e da repartição de benefícios.

Assegura Firestone que o consentimento prévio informado consiste na “exigência de que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o seu consentimento voluntário antes que uma pessoa, instituição ou empresa tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seu território”¹²². Acrescenta a autora que para a aplicação desse mecanismo, é

¹²²LAUREL, Firestone. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. *In: Quem cala consente?* subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. (orgs.) -- São Paulo : Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: https://loja.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

primordial que as comunidades sejam informadas dos riscos¹²³ e benefícios do projeto, para que, então seja dada sua autorização voluntária. Outrossim, é importante ressaltar que, por se tratar de um mecanismo em que a transparência de informações se faz obrigatória, qualquer modificação ocorrida ao longo da atividade também deverá ser informada à comunidade detentora que poderá novamente decidir se irá consentir ou não¹²⁴.

Assim sendo, a importância desse documento se dá, pelo poder de decisão conferido à comunidade detentora dos conhecimentos a serem acessados, para que ela possa, além de se proteger dos possíveis impactos da atividade, ter significativo poder de negociação. Esse poder de negociação confere à comunidade obter parte dos benefícios gerados a partir de seu conhecimento acessado, sendo, portanto, importante instrumento de inclusão social¹²⁵.

Embora o Consentimento Prévio Informado estivesse presente na CDB, disposto em seu artigo 15, e no Protocolo de Nagoya, a partir de seu artigo 7º, a antiga medida provisória não empregava o termo Consentimento Prévio Informado, mas sim a anuência prévia¹²⁶ como autorização necessária para se obter o acesso ao conhecimento tradicional associado.

¹²³ “O interessado no acesso deve divulgar no mínimo (1) a natureza e o objetivo da atividade e (2) explicar todos os riscos em potencial que podem resultar da atividade. Sem essas duas informações básicas, não se pode dizer que uma comunidade deu o seu consentimento informado. Embora seja difícil prever todos os riscos envolvidos em muitas atividades de pesquisa acadêmica, é importante que os riscos previsíveis sejam informados às comunidades à medida que o pesquisador tome conhecimento deles”.

LAUREL, Firestone. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. *In: Quem cala consente?* subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. (orgs.) -- São Paulo : Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: https://loja.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

¹²⁴ Não se trata apenas de consentir (anuir) na realização de um ato jurídico. Aquele que consente deve ser instruído, em linguagem que lhe seja acessível culturalmente, das consequências econômicas, jurídicas e políticas do seu ato. Importante lembrar que a necessidade de alterações e modificações no curso das atividades de pesquisa também deverá ser informada aos detentores de conhecimento tradicional, estando sujeitas ao consentimento prévio.

(CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Diversidade biológica: questões controversas na proteção do conhecimento tradicional. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Ela_Wiecko_Diversidade_biologica.pdf. Acesso em 26 de junho de 2015.

¹²⁵ “A ação do CPI configura um cenário propício à análise da efetivação da norma e sua ação como instrumento de inclusão social, pois a ele se soma a repartição justa e equitativa de benefícios”.

(BARROS, Benedita da Silva; PINHEIRO, Antônio Socorro Ferreira. **O acesso à biodiversidade e o consentimento prévio e informado (CPI) como instrumento de inclusão social e acesso aos direitos humanos**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/6984/4962>. Acesso em 26 de junho de 2015).

¹²⁶ A anuência prévia em relação à comunidade indígena estava disposta no artigo 16, §9º, inciso I, que afirmava:

Art. 16

§9º A autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após a anuência prévia:

A diferença entre esses dois conceitos foi bem elucidada pela Universidade Estadual do Mato Grosso, através do tutorial nº 001/2012¹²⁷, que dispõe ser a anuência prévia a autorização dos representantes de segmentos sociais, grupos sociais e instituições envolvidas, para realização da pesquisa; ao passo que o consentimento livre é a autorização concedida pelos próprios sujeitos (fonte de dados da pesquisa), e, dessa forma, “tem como objetivo esclarecer e proteger o sujeito da pesquisa e manifestar o respeito à ética no desenvolvimento do trabalho”.

A instituição do Consentimento Prévio Informado¹²⁸ na nova Lei 13.123/2015 consiste, deste modo, em uma mudança favorável à proteção dos direitos indígenas, quando comparada à utilização da anuência prévia estipulada pela antiga medida provisória¹²⁹.

2.2.3.2. O novo conceito de acesso tradicional associado e suas implicações no CPI

No que diz respeito à aplicação do consentimento prévio informado na nova lei 13.123/2015, cabe destacar, primeiramente, a mudança do conceito “acesso ao conhecimento tradicional associado”¹³⁰ proporcionado pela nova lei, que passa a

I – da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena.(grifo meu)

In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

¹²⁷ UNEMAT. Tutorial nº 001/2012 – CEP-UNEMAT. Disponível em: http://www.unemat.br/prppg/cep/docs/2012/TUTORIAL_001_2012_CEP_UNEMAT.pdf. Acesso no dia 26 de junho.

¹²⁸O consentimento prévio informado está disposto no artigo 2º, inciso VI, da Lei 13.123/2015.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹²⁹ “A MP, em seu artigo 16 § 9º, que trata de acesso e remessa de componentes de patrimônio genético e de conhecimentos tradicionais associados, especifica que somente será concedida a autorização para o acesso e a remessa após a anuência prévia de diversos atores elencados em cinco incisos, mas não estabelece como deverá ser tal anuência, sob que condições e quais critérios deverão ser utilizados. Por essas razões, e por estar em descompasso com o termo utilizado nos documentos internacionais, que é o consentimento prévio informado, é justificada uma crítica forte a adoção do termo anuência prévia pela MP”. In: MACHADO, Carlos Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000100002&script=sci_arttext..

Acessado no dia 12 de junho de 2015.

¹³⁰ Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de março de 1998, consideram-se para fins desta Lei: IX – acesso ao conhecimento tradicional associado – pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras,

abranger as fontes secundárias de obtenção de informação, tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados¹³¹.

A inserção das fontes secundárias como fontes do conhecimento tradicional associado resultou em duas principais mudanças na regulação do acesso ao conhecimento tradicional associado, quais passa-se a analisar: a primeira delas consiste nas várias formas de se comprovar o consentimento prévio informado proposto pela lei para abranger todas as possíveis fontes de conhecimento tradicional; e a segunda, consiste nas hipóteses em que a nova lei formulou não ser necessário o consentimento prévio informado pelo fato de não se saber a origem desse conhecimento e em casos de espécies crioulas, por não serem nativas do país.

2.2.3.3. As variadas formas de se comprovar o Consentimento Prévio Informado

Em relação às várias formas de se comprovar o consentimento prévio disposto na nova lei, primeiramente, explica-se as variadas formas de comprovação

publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados.

In: BRASIL. Medida Provisória 2.186-16/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acesso no dia 28 de abril de 2015.

¹³¹ A consideração dessas fontes secundárias de conhecimento tradicional associado foi um ponto favorável ao país, uma vez que essas fontes também são importantes expressões do conhecimento tradicional acerca da biodiversidade do país e estavam desamparadas de proteção ou reconhecimento pela antiga medida provisória 2.186/2001.

A título de exemplo da importância dessas fontes secundárias de conhecimento tradicional estão as feiras livres e mercados tradicionais do Brasil:

“Os mercados tradicionais são importantes por reunir, concentrar, manter e difundir o saber empírico sobre a diversidade de recursos tanto da fauna como da flora, sendo fontes imprescindíveis para a resiliência e manutenção do conhecimento acerca das espécies medicinais (Monteiro et al. 2010). Alguns autores têm se dedicado ao estudo da comercialização de plantas em feiras e/ou mercados no Brasil tais como Azevedo & Silva (2006) e Maioli-Azevedo & Fonseca-Kruel (2007). Os raizeiros, também conhecidos como herbolarios, herbários, curandeiros (França et al. 2008), ervateiros (Miura et al. 2007) ou erveiros (Alves et al. 2008), são pessoas consagradas pela cultura popular no que diz respeito ao conhecimento sobre preparo, indicação e comercialização de plantas medicinais e que possuem espaço garantido em ruas, feiras livres e mercados (Tresvenzol et al. 2006). Em estudos etnobotânicos, os raizeiros representam uma importante fonte de informação sobre plantas medicinais por ser um elo entre a produção e o consumo destes produtos (Miura et al. 2007)”. *In:* FREITAS, Ana Valéria Lacerda de; COELHO, Maria de Fátima Barbosa; AZEVEDO, Rodrigo Aleixo Brito de; MAIA, Sandra Sely Silveira Maia. Os raizeiros e a comercialização de plantas medicinais em São Miguel, Rio Grande do Norte, Brasil. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/seerbio/ojs/index.php/rbb/article/viewFile/1863/1114>. Acesso no dia 28 de junho de 2015.

do conhecimento apresentadas pela Lei 13.123/2015, em seguida, dá-se destaque à falta de especificação quanto às características dessas comprovações, sendo delegada essa função à um posterior regulamento pela falta de informação; outrossim, em crítica às formas de comprovação do consentimento, analisa-se a característica retrógrada da nova lei ao conceder aos órgãos responsáveis pelas comunidades em questão a competência de consentir, e, por final, critica-se a adoção de um protocolo comunitário de consentimento à comunidade indígena, pois ela, por ter características peculiares, não pode se equiparar às demais comunidades tradicionais.

Em relação às variadas formas de comprovação do consentimento a nova lei apresenta quatro diferentes formas de se comprovar o consentimento prévio informado, sendo eles: a assinatura de termo de consentimento prévio; registro audiovisual do consentimento; parecer do órgão oficial competente; ou adesão na forma prevista em protocolo comunitário¹³²

A insegurança jurídica consistente nessas formas de se atestar o consentimento prévio informado consiste no fato da lei apenas fazer menção, sem, entretanto, explicá-las, não fazer menção às diretrizes desses documentos ou os elementos constituintes, são provas abstratas na lei. Assim sendo, delega-se a outro órgão a competência de elaborar e especificar como serão realizados esses comprovantes.

Ademais, vale destacar a clara ofensa aos direitos indígenas ao equipará-los às demais comunidades tradicionais ou agricultor tradicional. As comunidades indígenas prescindem de maior proteção, por serem comunidades nativas, de características peculiares e ainda não inseridas totalmente no meio social, dessa forma, a existência de um protocolo comunitário (unificado) para abranger-lhes pode significar inobservância a particularidades de sua cultura.

Outro ponto a ser analisado, respeito ao parecer do órgão oficial competente continuar sendo uma autorização ao acesso ao conhecimento tradicional associado. Como bem estudado anteriormente, o ponto favorável da instituição do consentimento prévio informado consistia na autorização ser emitida pelos próprios sujeitos detentores do conhecimento e não mais por seus representantes. Muito

¹³² Artigo 9º, §1º, incisos I a IV, da Lei 13.123/2015.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

embora os representantes dessas comunidades devam estar a favor de seus interesses, e parecer assegurar essa comunidade contra as explorações das instituições de pesquisa e empresas, é inegável a limitação à autonomia dessa população com a adoção dessa medida.

Com a concessão de que o parecer do órgão oficial competente seja uma comprovação do Consentimento Prévio Informado, autoriza-se a esse órgão poder decidir sobre os direitos da comunidade indígena sem necessitar haver a participação desta nas diretrizes acordadas, destaca-se, para os casos em que os conhecimentos são acessados por meio de registros em bancos de dados, qual não se faz necessário o contato direto com a comunidade detentora do conhecimento.

Em relação à existência de variadas formas de comprovação do consentimento prévio informado, depreende-se que essa determinação atinge a eficácia do princípio da precaução na proteção aos direitos indígenas, pois não há o respeito às particularidades dessa comunidade quando se equipara esses povos às demais comunidades tradicionais, e não há autonomia desses povos ao determinar que o órgão responsável possa consentir em seu lugar.

2.2.3.4. As hipóteses em que o CPI não é necessário

Em relação às exceções criadas pela lei para os casos em que o acesso não necessita do consentimento prévio informado, faz-se a análise das duas hipóteses previstas pela norma: em casos conhecimento de origem não identificável; e em relação às espécies crioulas desenvolvidas por essas comunidades.

Acerca do primeiro ponto, embora seja medida para lidar com os casos em que o conhecimento tradicional possuía mais de um detentor, ressalta-se para a insegurança gerada na proteção aos direitos indígenas, pois é um mecanismo frágil e poderá ser utilizados pelas instituições de pesquisa e exploração para acessar o conhecimento sem o consentimento dessas comunidades.

Já em relação às espécies crioulas, faz-se a análise para a desproteção da comunidade indígena no tocante às raças crioulas desenvolvidas por eles através da natural seleção genética, qual tem elevado valor à comunidade científica, mas deixará de ser protegido todo o esforço e conhecimento dessa comunidade, por não se tratarem de “espécies nativas” da biodiversidade brasileira.

Dispõe a nova lei que o acesso ao conhecimento tradicional associado será realizado independentemente de consentimento prévio informado¹³³, nos casos em que a origem desse conhecimento não é identificável e, ademais, acrescenta a hipótese de acesso às raças crioulas desenvolvidas por essas comunidades, como apresenta em seu § 3º do artigo 9º:

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.

Embora a adoção da desnecessidade de apresentação do consentimento prévio informado consista em uma solução aos conflitos existentes durante a vigência da antiga medida provisória para a repartição de benefícios de conhecimento tradicional que era comum às comunidades indígenas, locais e agricultores tradicionais¹³⁴, pois se fosse destinado a apenas um, atingiria os direitos dos demais que também o possuem, e, se dependesse da autorização e da articulação de todas as comunidades detentoras, seria inviável a negociação, ao mesmo tempo essa solução pode acarretar a vulnerabilidade dessas comunidades, implicando em jogos de interesse de instituições que buscam o acesso sem se comprometer com consentimento prévio informado¹³⁵.

¹³³ 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.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹³⁴ “Ocorre que diversas comunidades indígenas e locais podem possuir conhecimentos iguais ou semelhantes sobre o uso de uma mesma planta, de um mesmo animal. Isto ocorre porque moram próximas e trocam informações, entre outros fatores.... Se uma comunidade concordar em passar o conhecimento para alguém de fora, ela tem direito a receber benefícios por isso. A questão é: como ficam as outras comunidades indígenas e locais que também possam ter esses conhecimentos?. É necessário estabelecer um jeito, uma regra, para que as outras comunidades também recebam benefícios. Como resolver esta questão? O que aqueles que querem usar o conhecimento tradicional deveriam fazer?” (Consulta Pública CGEN, 2007)

In: FETZ, Marcelo. **Do conhecimento tradicional ao princípio ativo – conflitos sociais na fronteira científica**. Disponível em: http://www.academia.edu/5767072/Marcelo_Fetz_DO_CONHECIMENTO_TRADICIONAL_AO_PRINC%C3%8DPIO_ATIVO_conflitos_sociais_na_frenteira_cient%C3%ADfica. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

¹³⁵ Ademais, cabe ressaltar o próprio perfil da lei 13.123/2015, que dispõe sobre a repartição de benefícios em seu artigo 24, §5º:

Outrossim, não bastasse a vulnerabilidade construída com a não exigência do consentimento prévio, a nova lei estipulou outra escusa para esse instituto, e, dessa vez em relação às espécies crioulas¹³⁶ desenvolvidas por esses povos que passaram gerações selecionando os melhores exemplares de plantas ou animais. A ameaça da livre disposição dessas espécies às empresas que tanto almejam o seu acesso é verificada através das palavras de BenkiPiyanco¹³⁷, da etnia Ashaninka¹³⁸:

Se os índios fizessem um banco de sementes grande cuidado pelos nativos, e com uma lei assegurando seu material, seria possível ajudar outras populações tradicionais espalhadas pelo mundo. Muita coisa se perdeu, e as empresas como a Monsanto estão espalhando sementes transgênicas em todo o mundo. Falam que é mais bonita e produtiva, mas estão nos enganando. As nossas são menores, mas muito mais saborosas e nutritivas. Perdemos algumas achando que eram melhores, mas não são. Se trabalharmos com nossas melhores e em época certas vamos ter qualidade. Não precisamos de sementes de fora do território (...)
Nós damos com solidariedade, com amor, com sentimento de igualdade para ter alimento de qualidade para todos. É preciso ter muito cuidado para

“Em qualquer caso, presume-se, de modo absoluto, a existência de demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado”.

Dessa forma, se a própria lei facilita a caracterização da origem não identificável ao conhecimento, preocupa-se com a segurança desses povos detentores do conhecimento, que deixarão de ser ouvidos e de terem autonomia para negociarem a justa repartição de benefícios provenientes da exploração.

¹³⁶ Art. 2º, 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.

Art. 2º, 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 seleção natural ou seleção realizada adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.

Art. 2º, XXV - Condições **in situ** - condições em que o patrimônio genético existe em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde naturalmente tenham desenvolvido suas características distintivas próprias, incluindo as que formem populações espontâneas;

Art. 2º, XXVII – condições **ex situ**- condições em que o patrimônio genético é mantido fora de seu **habitat** natural;

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹³⁷ _____. A riqueza das sementes crioulas indígenas. Disponível em: <http://www.agroecologia.org.br/index.php/noticias/noticias-para-o-boletim/748-a-riqueza-das-sementes-crioulas-indigenas>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

¹³⁸ De acordo com a reportagem ‘A riqueza das sementes crioulas indígenas’:

“Os Ashaninka levaram variedades de milho crioulo, mais de dez espécies de macaxeira, plantas medicinais, dentre outras plantas. Têm em sua aldeia 27 espécies de banana, dezenas de milho, algodão de diversas cores, além de vários tipos de feijão, plantas medicinais e muitas outras. Para eles, esse intercâmbio é muito rico e é preciso ficar atento às empresas que estão patenteando esse conhecimento para cobrar depois”. (grifo meu)

_____. A riqueza das sementes crioulas indígenas. Disponível em: <http://www.agroecologia.org.br/index.php/noticias/noticias-para-o-boletim/748-a-riqueza-das-sementes-crioulas-indigenas>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

não pegar sementes envenenadas. Nossas sementes fortalecem a produção no território.¹³⁹

Haja vista a instituição do consentimento prévio informado consistir em verdadeiro avanço à autonomia dos povos indígenas em tomar decisões acerca da utilização de seus conhecimentos tradicionais, percebe-se que a lei ao mesmo tempo criou institutos que enfraquecem a proteção conferida por esse instituto. Dessa forma, não se pode dizer que os direitos desses povos estejam assegurados, uma vez que há na própria lei a instituição de dispensa do consentimento prévio informado, sendo a pior delas a legalização de se apropriar das espécies desenvolvidas por essas populações sem necessitar de seu consentimento.

A eficácia do princípio da precaução na proteção dos direitos indígenas conferido pela adoção do Consentimento Prévio Informado encontra-se, portanto, abalado pelas próprias estruturas de dispensa desse instrumento na nova lei, ademais, atenta-se para as formas de comprovação do CPI que, por serem diversas, acabou limitando a autonomia dessa comunidade, além de não respeitar as suas peculiaridades ao equipará-la com as demais comunidades tradicionais e agricultores tradicionais do país.

2.3 O sistema de Repartição de Benefícios como aplicação da proteção do princípio da precaução

A importância do sistema da repartição de benefícios como principal meio de efetivar a proteção ambiental e dos direitos indígenas assegurados pelo princípio da precaução, consiste devida repartição dos benefícios obtidos através da exploração de produtos produzidos a partir do acesso com aqueles que aceitaram assumir os riscos da atividade. Outrossim, os mecanismos de proteção ambiental e social não almejam torná-los intactos, mas sim, evitar que esses institutos sejam indevidamente explorados, gerando altos lucros para as empresas e sendo abandonados sem qualquer benefício pela contribuição.

Diante o exposto, passa-se a analisar as principais implicações da nova repartição de benefícios instituída pela lei 13.123/2015, na proteção ambiental e dos

¹³⁹ _____. A riqueza das sementes crioulas indígenas. Disponível em: <http://www.agroecologia.org.br/index.php/noticias/noticias-para-o-boletim/748-a-riqueza-das-sementes-crioulas-indigenas>. Acesso no dia 26 de junho de 2015.

direitos indígenas, verificando a segurança do novo regramento em conceder a justa repartição de benefícios da exploração.

Para tanto, iniciam-se os estudos a partir da nova repartição de benefícios estipulada pela norma, que agora dispõe que só será realizada nos casos de exploração de produto final acabado ou material reprodutivo oriundos do acesso, ficando, portanto, os produtos intermediários sem direito à repartição, principal ponto de vulnerabilidade do meio ambiente e das comunidades tradicionais no novo ordenamento jurídico.

Além da mudança da nova repartição, merece destaque a criação do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios¹⁴⁰, instituído pela nova lei, que consistirá em um órgão responsável por promover o uso sustentável do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, sendo mecanismo inovador e importante na preservação da biodiversidade e no incentivo ao desenvolvimento sustentável do país, entretanto, pela sua característica de concentrar os recursos da repartição de benefícios, há de se analisar a sua efetividade em ser justa no repasse tanto à conservação da espécie acessada, quanto aos detentores do conhecimento tradicional associado, outrossim, analisar-se-á o caráter da nova lei ao desprestigiar os casos de conhecimento tradicional de origem não identificável, que passa a ter mais restrições na repartição de benefícios, e, por fim, critica-se o caráter da nova lei em presumir, havendo dúvida, que o conhecimento é de origem não identificável.

Ainda em relação ao novo sistema de repartição de benefícios, serão analisados os efeitos ambientais e sociais dos casos de isenção de repartição de benefícios estipulados pela nova lei, quando o acesso se der por microempresas e outras instituições estipuladas na norma¹⁴¹, e suas consequências na proteção ambiental e dos direitos indígenas.

¹⁴⁰ Art. 30. Fica instituído o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios - FNRB, de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável. In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹⁴¹ Art. 17, § 5o Ficam isentos da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do regulamento: I - as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006; e II - os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

Ressalta-se, portanto, que a análise das inovações da nova lei em relação à repartição de benefícios centrar-se-á apenas nos novos mecanismos que implicam conjuntamente em impactos à proteção ambiental e aos direitos sociais indígenas em relação à repartição de benefícios.

Dessa forma, para melhor esclarecer as modificações da nova lei em relação à repartição de benefícios, faz-se a análise da limitação da repartição de benefícios imposta pela nova lei (2.3.1.), do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (2.3.2.), e da isenção da repartição de benefícios pelo setor empresarial (2.3.3.).

2.3.1 A limitação da repartição de benefícios imposta pela nova lei

A análise da limitação imposta pela nova lei em à repartição de benefícios dependente da natureza do produto a ser explorado, faz-se necessária, pois a partir dessa mudança, todo o ordenamento referente à repartição sofrerá seus efeitos, assim sendo, se a partir desse instituto a proteção ambiental e social estiverem vulneráveis, implica na sua repercussão a todo o regramento, por se tratar do elemento base da repartição: a exploração produto obtido a partir do acesso.

A limitação da repartição de benefícios está disposta na nova lei que diz ser apenas regulada a “exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado”¹⁴². Assim sendo, passa-se para o entendimento da lei para estipular o que seja produto acabado:

Produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja este pessoa natural ou jurídica.¹⁴³

Cabe destacar que essa “ressalva” feita pelo legislador brasileiro na nova lei 13.123/2015 é inédita e está em desacordo com os regramentos internacionais do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, vez que,

¹⁴² Art. 11, III. Lei 13.123/2015.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹⁴³ Art. 2º, XVI, Lei 13.123/2015.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

tanto a CDB quanto o Protocolo de Nagoia buscam claramente a justiça e equidade entre as partes na repartição de benefícios¹⁴⁴, a restrição feita pelo legislador consiste, portanto, na infração à justiça e equidade que deveriam ser garantidas na repartição de benefícios.

Fica claro, portanto, que a nova lei deixa “livre” a exploração dos recursos da biodiversidade brasileira nos casos em que eles compõem parte do produto intermediário¹⁴⁵, assim sendo, a nova forma de repartição de benefícios oficializa e torna legal a exploração das comunidades tradicionais detentoras e da biodiversidade do país sem a devida e justa participação dos benefícios gerados, contrariando os objetivos da igual e justa repartição de benefícios dispostas na CDB e no Protocolo de Nagoia.

2.3.2. O Fundo Nacional de Repartição de Benefícios

O Fundo Nacional de Repartição de Benefícios consiste em importante órgão instituído pela nova lei 13.123/2015, responsável por promover o uso sustentável do

¹⁴⁴ A CDB expõe em seus objetivos, sem haver ressalva dos tipos de produtos a serem atingidos pela repartição de benefícios:

Artigo 1 –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. *In*: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso no dia 2 de junho de 2015.

Assim também dispõe o Protocolo de Nagoia:

Artigo 1 -OBJETIVO

O objetivo do presente Protocolo é a distribuição justa e equitativa de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, incluindo por meio do acesso a recursos genéticos e pela transferência de tecnologias relevantes, levando-se em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias, e pelo financiamento adequado, contribuindo dessa forma para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes. *In*: _____ . Protocolo de Nagoia. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

¹⁴⁵ Art. 2º

XVII - produto intermediário - produto cuja natureza é a utilização em cadeia produtiva, que o agregará em seu processo produtivo, na condição de insumo, excipiente e matéria-prima, para o desenvolvimento de outro produto intermediário ou de produto acabado.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

acesso ao patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado¹⁴⁶, dessa forma, passa-se à análise dessa instituição e sua implicação na repartição de benefícios, com destaque para os casos em que o acesso ao conhecimento tradicional associado é de origem não identificável, pois configura na hipóteses de maior vulnerabilidade no novo ordenamento, por ser-lhe imposta a modalidade de benefício monetária que irá diretamente ao FNRB. Ademais, critica-se a o caráter da nova norma em presumir, nos casos de dúvida, que a origem do conhecimento é não identificável.

O Fundo Nacional de Repartição de Benefícios caracteriza-se por ser o destinatário de todas as repartições monetárias nos casos de acesso ao patrimônio genético¹⁴⁷, quando assim o usuário decidir por essa modalidade, nos casos de acesso ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável¹⁴⁸ e relação ao acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável, entretanto, cabe ressaltar que esse órgão capta recursos monetários e transforma a repartição de benefícios em programas de incentivo à conservação da biodiversidade e ao uso sustentável de seus recursos, não havendo menção à repartição monetária por parte dessa instituição.

Assim sendo, o FNRB representa inovador método de incentivo ao desenvolvimento sustentável do país e de conservação da biodiversidade, vez que assegura utilizar os recursos das repartições do acesso ao conhecimento tradicional às comunidades detentoras de conhecimentos tradicionais¹⁴⁹, e, em relação ao acesso ao patrimônio genético, a destinação de parte dos recursos em benefício dessas coleções¹⁵⁰.

Embora o FNRB seja uma proposta muito promissora, há de se observar o tratamento desse órgão em relação à repartição de benefícios do acesso ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, pois ficara omissa na nova lei como se dará a sua repartição, já que o artigo 32, §1º da nova lei, estipula que serão destinados os benefícios aos detentores de conhecimento tradicional associado, mas, quando não se sabe quem são os detentores desse conhecimento, a lei permanece silente.

¹⁴⁶ Vide art. 30 da Lei 13.123/2015.

¹⁴⁷ Vide art. 20 da Lei 13.123/2015.

¹⁴⁸ Vide art. 22 da Lei 13.123/2015.

¹⁴⁹ Vide art. 32, §1º, da Lei 13.123/2015.

¹⁵⁰ Vide art. 32, §2º, da Lei 13.123/2015.

Embora a lei 13.123/2015 estabeleça que o detentor de conhecimento tradicional associado terá direito a receber benefícios mediante acordo de repartição de benefícios, há de se destacar que ela também parte do pressuposto da presunção, de modo absoluto, da existência de demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado.

A implicação dessa presunção em determinar o conhecimento de origem não identificável consiste na forma em que se dá a repartição de benefícios, ao passo que conhecimentos de origem identificável geram acordo de repartição de benefícios que se dá diretamente com a comunidade detentora do conhecimento, enquanto a repartição de benefícios de origem não identificável é dada apenas de forma monetária mediante depósito no FRNB¹⁵¹.

A presunção absoluta de que o conhecimento, caso haja dúvida, seja de origem não identificável, gera, portanto, insegurança à comunidade detentora do conhecimento tradicional associado, pois a errônea classificação implica na imposição de uma forma de repartição de benefícios em que seu retorno às comunidades ficará à deriva do FRNB¹⁵². Assim sendo, a autonomia dos povos

¹⁵¹ Art. 24. Quando o produto acabado ou o material reprodutivo for oriundo de acesso ao conhecimento tradicional associado que seja de origem identificável, o provedor de conhecimento tradicional associado terá direito de receber benefícios mediante acordo de repartição de benefícios.

§ 1o A repartição entre usuário e provedor será negociada de forma justa e equitativa entre as partes, atendendo a parâmetros de clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas, que deverão indicar condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curto, médio e longo prazo.

§ 2o A repartição com os demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado dar-se-á na modalidade monetária, realizada por meio do Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios - FNRB.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

¹⁵² Por ser omissa a nova lei em relação à destinação dos recursos nos casos de acesso ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, acredita-se que a essas comunidades o FRNB será responsável por promover o desenvolvimento sustentável, como bem expõe a Lei 13.123/2015:

Art. 33. Fica instituído o Programa Nacional de Repartição de Benefícios - PNRB, com a finalidade de promover:

I - conservação da diversidade biológica;

II - recuperação, criação e manutenção de coleções ex situ de amostra do patrimônio genético;

III - prospecção e capacitação de recursos humanos associados ao uso e à conservação do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado;

IV - proteção, promoção do uso e valorização dos conhecimentos tradicionais associados;

V - implantação e desenvolvimento de atividades relacionadas ao uso sustentável da diversidade biológica, sua conservação e repartição de benefícios;

VI - fomento a pesquisa e desenvolvimento tecnológico associado ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado;

VII - levantamento e inventário do patrimônio genético, considerando a situação e o grau de variação das populações existentes, incluindo aquelas de uso potencial e, quando viável, avaliando qualquer ameaça a elas;

indígenas quanto ao seu próprio conhecimento fica novamente fragilizada pelas imposições aplicadas pela nova lei.

Assim sendo, o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios representa importante inovação da nova lei em prol da defesa do meio ambiente e das comunidades tradicionais, vez que é responsável pela promoção de programas que visam conservar a biodiversidade e incentivar a utilização sustentável de seus recursos.

Embora ela seja, em teoria, um importante órgão de apoio ao desenvolvimento sustentável, há de se observar se ela será competente para atingir suas obrigações, pois lida com a concentração de recursos da repartição de benefícios e será responsável por assistir tanto à biodiversidade quanto aos detentores de conhecimento tradicional relacionados ao acesso, importando em desigualdade na repartição, caso deixe de atender algum desses que fora acessado.

Outrossim, a característica de vulnerabilidade da repartição em casos de conhecimento tradicional de origem não identificável é dada pela atuação da FNRB, que apenas admite a modalidade financeira como única forma de repartição, sem, entretanto, especificar como ela será realizada nesses casos, e, justamente por essa “vulnerabilidade”, o caráter da nova lei em presumir, de modo absoluto, que o conhecimento é de origem não identificável, implica na fragilidade do modo de repartição de benefícios, pois há uma linha muito tênue entre o não saber e o “não querer saber”, consistindo, portanto, em um dos casos em que se pode aplicar a dúvida como forma de se esquivar da necessidade de realização de acordo de repartição de benefícios.

VIII - apoio aos esforços das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais no manejo sustentável e na conservação de patrimônio genético;

IX - conservação das plantas silvestres;

X - desenvolvimento de um sistema eficiente e sustentável de conservação ex situ e in situ e desenvolvimento e transferência de tecnologias apropriadas para essa finalidade com vistas a melhorar o uso sustentável do patrimônio genético;

XI - monitoramento e manutenção da viabilidade, do grau de variação e da integridade genética das coleções de patrimônio genético;

XII - adoção de medidas para minimizar ou, se possível, eliminar as ameaças ao patrimônio genético;

XIII - desenvolvimento e manutenção dos diversos sistemas de cultivo que favoreçam o uso sustentável do patrimônio genético;

XIV - elaboração e execução dos Planos de Desenvolvimento Sustentável de Populações ou Comunidades Tradicionais; e

XV - outras ações relacionadas ao acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, conforme o regulamento.

In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

Assim sendo, em relação ao novo FNRB, tem-se uma alta expectativa dos benefícios gerados a partir desse órgão, mas, em outra ponta, percebe-se a fragilidade do mesmo em conseguir garantir a justa repartição de benefícios gerados a partir da exploração, pela complexidade em se localizar a fonte da origem dos conhecimentos acessados e nos mecanismos a serem aplicados a fim de assistir a todos os seus detentores, residindo, portanto, nos casos de conhecimento tradicional associado de origem não identificável, sua maior fragilidade.

2.3.3. A isenção da repartição de benefícios pelo setor empresarial

A lei 13.123/2015 também instituiu casos em que a repartição de benefícios não é exigida a fim de incentivar as pequenas empresas na exploração de produtos acabados oriundos do patrimônio genético. Tal medida, entretanto, afronta diretamente a questão da justiça e equidade assegurada tanto pela CDB¹⁵³, quanto pelo Protocolo de Nagoia no que diz respeito à repartição de benefícios.

Em vista disso, passa-se à análise dessa nova implicação, ressaltando-se a insegurança gerada com a instituição dessa medida, pois grandes empresas poderão criar outras menores para se favorecer dessa concessão que a nova lei permitiu. Ademais, passa-se a averiguar as consequências dessa isenção no âmbito do acesso ao patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

¹⁵³ A CDB expõe em seus objetivos a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos do acesso, não fazendo qualquer ressalva que vá infringir esses princípios:

Artigo 1 –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. *In*: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso no dia 2 de junho de 2015.

E, da mesma forma, dispõe o Protocolo de Nagoia:

Assim também dispõe o Protocolo de Nagoia:

Artigo 1 -OBJETIVO

O objetivo do presente Protocolo é a distribuição justa e equitativa o de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, incluindo por meio do acesso a recursos genéticos e pela transferência de tecnologias relevantes, levando-se em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias, e pelo financiamento adequado, contribuindo dessa forma para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes. *In*: _____ Protocolo de Nagoia. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015.

Além da restrição condicionada pela especificação do tipo de produto obtido através do acesso, a lei 13.123/2015 instituiu também casos de isenção da obrigação de repartição de benefícios, que ocorre quando os usuários são microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais; ou agricultores tradicionais e suas cooperativas, caso se adequem ao limite de receita bruta estipulado na lei¹⁵⁴.

Há de se lembrar, entretanto, como bem exposto por Wroblewski, que, muitas vezes, as grandes empresas se utilizam de empresas menores para fazer uso do recurso genético obtido¹⁵⁵. Nesse diapasão, os casos de repartição de benefícios seriam mais reduzidos ainda, já que essa exceção garantida pela lei estimularia as grandes empresas a acessarem o patrimônio genético apenas por meio de empresas menores a fim de reduzir os custos de produção com a repartição de benefícios.

Pelo fato do acesso ao conhecimento tradicional associado envolver os direitos das comunidades tradicionais, a lei buscou uma alternativa para tentar beneficiar tanto os sujeitos isentos de obrigação da repartição quanto a comunidade detentora do conhecimento, e, dispõe que a repartição de benefícios será concedida pelo Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios¹⁵⁶ – FNRB – ou seja, esses usuários não irão repartir os benefícios, mas, para não deixar as comunidades tradicionais sem qualquer assistência, caberá ao FNRB a adoção de medidas que beneficie essas comunidades, sendo, portanto, impositivamente a repartição por meio de contribuições não-monetárias.

Em relação ao acesso ao patrimônio genético, a nova lei não estabelece qualquer assistência, sendo, portanto, perda de oportunidade econômica ou de

¹⁵⁴ Art.17

§ 5º Ficam isentos da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do regulamento:

I - as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006; e

II - os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

(BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015).

¹⁵⁵ WROBLESKI,Stefano. Cinco projetos de lei no Congresso podem afetar negativamente a Amazônia. Disponível em:

http://xandemilazzo.jusbrasil.com.br/noticias/166373914/cincoprojetosdeleinocongressopodemafetarnegativamenteaamazonia?ref=topic_feed. Acesso no dia 25 de junho de 2015.

¹⁵⁶ Art. 30. Fica instituído o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios - FNRB, de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável. In: BRASIL. Lei 13.123/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso no dia 30 de abril de 2015.

transferência de tecnologia ao país e à própria biodiversidade, por não aproveitar qualquer medida de repartição.

A escusa de repartição de benefícios assegurada pela nova lei, não consiste, portanto, na justa e equitativa repartição de benefício provenientes da exploração do produto oriundo do acesso, pois permitir a exploração de produtos obtidos a partir do acesso à biodiversidade ou ao conhecimento tradicional associado sem a devida contraprestação é permitir o abuso tanto em relação ao meio ambiente quanto em relação às comunidades tradicionais. Não bastasse a insegurança jurídica criada pela aplicação dessas “exceções”, há o incentivo e a oportunidade às grandes empresas de acessarem o patrimônio genético e o conhecimento tradicional associado sem necessidade de repartir os benefícios, reduzindo os custos de produção e aumentando os lucros dessas empresas.

Assim sendo, tem-se nas hipóteses de isenção da necessidade de repartição de benefícios o maior fracasso da nova legislação no tocante à proteção socioambiental e ao desenvolvimento sustentável, vez que prevalecem interesses econômicos a outros que deveriam receber igual tutela.

CONCLUSÃO

A respeito dos mecanismos do princípio da precaução na proteção ambiental e dos direitos indígenas na nova lei 13.123/2015, faz-se importante relembrar os motivos de se regular o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, seus objetivos e implicações, a seguir explica-se o princípio da precaução como principal instrumento preventivo de danos, por lidar com os riscos e a análise deles, outrossim, passa-se às conclusões do presente trabalho, passando pelas implicações do princípio da precaução na nova lei sob os mecanismos de proteção ambiental, que são a análise de riscos presente no novo regramento; em relação aos direitos sociais, analisa-se as inovações da lei em relação aos mecanismos de autonomia e proteção social; e, por fim, verifica-se o novo sistema de repartição de benefícios e suas implicações como forma de preservação dos direitos indígenas e da conservação da biodiversidade.

Como bem elucidado, a importância da regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado diz respeito à proteção do país em relação aos constantes ataques biopiratas interessados na megabiodiversidade do Brasil.

Nesta esteira, a fim de obter maior eficácia em sua aplicação, a lei deve combater diretamente as questões que são prejudicadas em relação à biopirataria, sendo eles, portanto: a questão ambiental, social e o desenvolvimento econômico do país.

Dessa forma, busca-se no país o desenvolvimento sustentável a partir da regulação do acesso, pois não se almeja tornar a biodiversidade ou comunidades indígenas “intocáveis”, mas sim, usufruir de suas riquezas de forma menos degradante, respeitando suas particularidades e forma de vida.

Nesse diapasão, tem-se como principal mecanismo aliado ao desenvolvimento sustentável, o princípio da precaução, que, como anteriormente estudado, consiste na análise de riscos de degradação que a atividade humana pode gerar no ambiente e na vida social.

O respeito alcançado pelo princípio da precaução diz respeito a tomar medidas prévias à execução da atividade de dano, cabendo à sociedade que irá ser afetada pela atividade o direito de consentir assumir os riscos da atividade ou não, dessa forma, o princípio da precaução abrange também a proteção dos direitos das

gerações futuras, garantindo um ambiente equilibrado e conservado à futura geração.

Em vista do exposto, tem-se no princípio da precaução o principal mecanismo de eficácia na proteção ao bem jurídico que se quer tutelar, pelo fato desse princípio estar intimamente ligado ao respeito e ao consentimento daqueles que serão afetados pela atividade de risco.

A fim de alcançar seus objetivos, o princípio da precaução tem sua manifestação no ordenamento jurídico garantido pela aplicação de mecanismos que envolvam o estudo de impacto ambiental ou autorizações prévias, e a partir da participação popular na tomada de decisões de assuntos que estejam propícios a afetá-la.

Cabe, portanto, fazer uma ressalva e incluir a repartição de benefícios como a efetivação dessa proteção que o princípio da precaução tenta assegurar na regulação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois o intuito de se regular o acesso é, além da proteção ambiental e social, o de promover a justa repartição de benefícios oriundos da exploração de produtos obtidos a partir da contribuição desses institutos. Dessa forma, a repartição de benefícios também age como principal mecanismo de defesa e de alcance dos objetivos da lei.

Consolidados esses pensamentos revisados, passa-se, então, à conclusão da eficácia do princípio da precaução na nova lei 13.123/2015 como principal mecanismo de proteção ambiental e aos direitos sociais, vez que, a nova lei foi muito criticada, como visto anteriormente, pelo seu forte viés econômico, assim sendo, analisa-se se a nova lei adotou mecanismo para proteger aqueles que mais são afetados pela biopirataria: o meio ambiente e a comunidade indígena. Relembra-se, também, a escolha do presente trabalho em focar os estudos para a comunidade indígena por ser ela a mais frágil e vulnerável nos assuntos que envolvem a biodiversidade, já que sua manifestação cultural se baseia no convívio e harmonia dessa, ademais, por serem populações que ainda sofrem a exclusão social, destinam-se os presentes estudos à análise da sua proteção.

Em relação à proteção ambiental, verifica-se a omissão da nova lei em relação aos mecanismos de estudo de impacto ambiental existentes, como é o caso da regulação da coleta de material biológico para fins de pesquisa e o caso da exploração de recursos advindos do patrimônio genético.

Ainda referente às omissões, ressalta-se o propósito da nova lei em se desvencilhar da responsabilidade de regular todas as fases envolvidas no acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, ao conceituar que o acesso ao patrimônio genético diz respeito à tão somente pesquisa realizada a partir do patrimônio genético. Como bem criticado, essa tentativa não faz jus aos objetivos da regulação do acesso, consistindo, portanto em expressiva falha da lei, por falta de informações das demais atividades que envolvem o acesso.

Outra importante omissão percebida na nova lei, que diz respeito à proteção ambiental, é a omissão das autorizações de pesquisa e acesso ao patrimônio genético delegados anteriormente pelo CGen a outros órgãos conveniados. A nova lei dispõe que a autorização prévia será exigida em casos de remessa de material ao exterior ou em casos que dependam da autorização de outras atividades, entretanto, deixa de explicitar o que ocorrerá nos casos em que as autorizações foram concedidas a outros órgãos, expressando, novamente falta de informação.

Assim sendo, em relação à proteção ambiental, conclui-se que a nova lei foi marcante em omissões ao longo de seu regulamento, gerando insegurança jurídica, principalmente em relação aos estudos de impacto ambiental das atividades de acesso, que, embora exista dispersa no ordenamento jurídico brasileiro, não foi sequer mencionada na nova lei, causando dúvida quanto à revogação desses instrumentos de proteção com a criação da nova lei ou permanência delas, dessa forma, é justamente essa dúvida e insegurança gerada em relação à permanência desses mecanismos primordiais à proteção ambiental sob o princípio da precaução, que afeta a eficácia da nova lei em assegurar a proteção ambiental.

Em relação aos direitos sociais indígenas, a lei apresentou mudanças significativas na adoção de instrumentos de proteção assegurados pelo princípio da precaução, entretanto, ao mesmo tempo criou mecanismos de limitação da autonomia desses povos.

A primeira crítica à nova lei diz respeito à elaboração que não contou com a participação da comunidade, infringindo o seu direito de participação assegurado pela Convenção 169 da OIT, ademais, a falta de participação desses povos na elaboração de uma lei intimamente relacionada à sua expressão cultural, segue em sentido oposto às implicações do princípio da precaução.

Ademais, inicialmente, representam ganhos na proteção social da comunidade indígena a participação desses povos na constituição do novo CGen e

na adoção, em conformidade com o CDB e o Protocolo de Nagoia, do consentimento prévio informado em relação ao acesso ao conhecimento tradicional associado.

Embora sejam aspectos positivos à proteção dessa comunidade, a participação desses povos na composição do CGen deverá ser devidamente analisada, pois, uma vez dividido os setores da sociedade em três diferentes modalidades, de igual número de representantes, estando entre eles os setores empresarial; acadêmico e das comunidades tradicionais, merece, portanto, devida atenção como será realizado o sistema de votos do novo Conselho, afinal, os interesses das empresas e do setor acadêmico apresentam mais afinidades entre si do que entre os interesses indígenas. Ademais, equiparar as comunidades tradicionais em uma só modalidade, enfraquece a proteção nas particularidades culturais da comunidade indígena.

Outro importante ponto a ser levado em conta para a análise da eficácia do princípio da precaução diz respeito ao próprio consentimento prévio que, embora, seja importante instrumento de autonomia dos povos indígenas, ao mesmo tempo, a nova lei criou mecanismos para enfraquecê-lo, primeiramente, ao considerar fontes secundárias de conhecimento como conhecimento tradicional, a nova lei acabou adotando medidas para adequar essas novas fontes à regulação, como é o caso das várias formas de se comprovar o consentimento prévio informado e as exceções de casos em que a exigibilidade desse instrumento não é necessária, como nos casos de origem não identificável do conhecimento, fato que poderá gerar grande insegurança à proteção da comunidade indígena, pois as empresas poderão adotar jogos de interesses nas comunidades tradicionais a fim de acessar “livremente” o conhecimento tradicional.

Outrossim, a equiparação do acesso ao conhecimento tradicional das fontes secundárias de informação ao acesso direto com comunidades indígenas, abalou significativamente os direitos desses povos, pois a lei deveria ter instituído regras de acesso para cada uma, por serem diferentes, pois o erro da nova lei está na adaptação que fez para abarcá-la à regulação do acesso, enfraquecendo, assim, os direitos dos povos tradicionais detentores do conhecimento.

Ademais, em relação aos vários mecanismos diversos de comprovação do consentimento prévio, sendo dois deles em especial de efetivo impacto à comunidade indígena, quais sejam: o fato do órgão responsável pela comunidade poder consentir em seu lugar, limitando, portanto, a atuação desses povos nas

negociações de acesso; e, a adoção de protocolo comunitário como comprovação de consentimento prévio informado, como bem estudado, a comunidade indígena, por possuir características inerentes, não pode ser equiparada a outras comunidades, por infringir suas particularidades culturais.

E, por fim, destaca-se o acesso a conhecimento tradicional sem exigibilidade do consentimento prévio informado em relação ao acesso às raças crioulas desenvolvidas pela comunidade tradicional, essa sim, representa a maior infração aos direitos da comunidade indígena, pois as pesquisas a partir dessas raças não são suficientes por meio de artigos, filmes e publicações, necessitando o acesso, que, pela nova lei, passa a ser de “livre acesso”.

Com base nessas modificações da lei em relação à defesa da comunidade indígena, percebe-se a fragilidade dos instrumentos de proteção adotados, que embora representem positiva mudança em relação à proteção dessas comunidades, ao mesmo tempo, a nova lei criou mecanismos para enfraquecê-los, sendo, portanto de reduzida eficácia, pois além de debilitar os institutos de proteção, a lei criou alternativas para os usuários conseguirem “livre acesso” ao conhecimento assegurado pela nova norma, como é a hipótese de classificar um conhecimento como sendo de origem não identificável para não necessitar do consentimento prévio informado da comunidade detentora.

Por fim, passa-se à análise do sistema de repartição de benefícios da nova lei como efetividade da proteção aos direitos ambientais e sociais da comunidade indígena. Lembrando que, serão analisados apenas as modificações que possuíram efeitos simultaneamente na questão ambiental e social.

Assim sendo, três são os âmbitos de análise: a limitação da lei ao tipo de produto explorado que faz jus à repartição de benefícios; a instituição do FNRB e a isenção da repartição de benefícios por parte do setor empresarial.

Primeiramente, destaca-se para a criação do FNRB, promissora proposta da nova lei em assegurar a conservação da biodiversidade e do uso sustentável de seus recursos através de um programa nacional unificado responsável por essa implementação. Entretanto, justamente por causa dessa concentração de tarefas que mora a incerteza do seu sucesso em conseguir repartir de modo justo e igualitário os benefícios da exploração dos produtos obtidos a partir do acesso.

Dessa forma, em relação ao FNRB, além de pairar a dúvida sobre a sua eficácia em promover o desenvolvimento econômico no país, há a dúvida da eficácia

desse órgão quanto à repartição de benefícios em casos de acesso a conhecimento de origem não identificável, devido a omissão da nova lei nesse caso.

Em relação à restrição ao tipo de produto a ser explorado que faz jus à repartição, essa estipulação claramente infringe aos objetivos da regulamentação do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional do país, vez que não promove a justa repartição de benefícios oriundos da exploração de produtos obtidos através do acesso.

Assim sendo, se a maior injustiça da atuação da biopirataria consistia na exploração econômica de produto obtido a partir da biodiversidade ou dos conhecimentos das populações tradicionais do país, sem a devida repartição dos benefícios dessa exploração, a nova lei, ao restringir os tipos de produtos obtidos do acesso que fazem jus à repartição de benefícios, legitima o abandono e a exploração dos recursos da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado sem a devida contraprestação aos detentores desses.

Outra importante legitimação da injusta exploração do país proporcionado pela nova lei, diz respeito à isenção da repartição de benefícios por parte do setor empresarial, em específico pequenas empresas. Ao conceder essa isenção da obrigação de se repartir os benefícios da exploração de produto oriundo do acesso, novamente a lei se contrapõe aos objetivos da repartição de benefícios, e, ao invés de assegurar a proteção ambiental e social do país, muito pelo contrário, ela torna vulnerável essas instituições frente à exploração.

Assim sendo, reside a maior crítica no fato da nova lei ter criado condições para que grande parte das empresas se aproveitem dessa concessão e passem a explorar os produtos derivados do acesso sem a devida repartição de benefícios, pois basta criar uma microempresa para ser favorecida dessa disposição da lei.

Com base em toda essa modificação em relação aos mecanismos de proteção ambiental e social da lei 13.123/2015, percebe-se que, embora a nova lei apresente mecanismos favoráveis à aplicação do princípio da precaução, como a participação popular no CGen, a implementação do Consentimento Prévio Informado e a criação do FNRB, ao mesmo tempo ela retirou a força que esses instrumentos possuíam de garantir a proteção social, criando situações de exceção ou demonstrando incerteza quanto à sua aplicabilidade na promoção da igualdade e da justiça.

Sendo esses três mecanismos os únicos relativamente favoráveis à aplicação do princípio da precaução na proteção social, ainda que possuam caráter duvidoso quanto à sua eficácia na proteção desses direitos, passa-se a analisar os pontos negativos da nova lei.

A lei 13.123/2015, foi demasiadamente marcada pela omissão e falta de informações ao longo de seu texto, implicando, dessa forma, em evidente insegurança jurídica, principalmente no que concerne aos instrumentos de estudo de impacto ambiental da atividade de acesso, qual não se sabe qual fora o posicionamento da nova lei.

Outrossim, destaca-se para a repartição de benefícios, principal ponto de fragilidade da lei, pois fora a atividade que mais sofreu restrições e exceções, infringindo a igualdade e justiça que tanto busca esse instituto na exploração do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. Com a concessão de exploração dos produtos obtidos a partir do acesso sem a devida repartição de benefícios, legitima-se, portanto, a injusta exploração e o abandono daqueles que contribuíram para o acesso.

Tendo em vista as características da biopirataria: (1) coleta de material ou conhecimentos da biodiversidade sem autorização, (2) realização de pesquisa a partir desses recursos e (3) comercialização do produto obtido sem qualquer (4) repartição de benefícios, ao se permitir o acesso ao patrimônio genético sem a devida repartição de benefícios, legitima-se o abandono do acesso às comunidades detentoras de conhecimento do país e ao próprio Estado em usufruir de suas riquezas.

Dessa forma, a nova lei além de apresentar fraca sustentabilidade¹⁵⁷, não é eficaz para garantir a proteção ambiental e dos direitos indígenas na regulação do

¹⁵⁷ “No que concerne à sustentabilidade, Winter debate a configuração de duas pirâmides para apontar a situação das futuras gerações: uma fraca e outra forte. A *sustentabilidade fraca* trata da mesma forma os elementos econômico, social e ambiental. O equilíbrio ambiental seria apenas um deles, estando todos interligados de forma sistemática e holística. Seria a manifestação do desenvolvimento sustentável. Já na *sustentabilidade forte*, o autor coloca o recurso natural como base da pirâmide e, conseqüentemente, dos demais elementos. Nessa linha, Winter aponta a necessidade de o sistema considerar a sustentabilidade forte, a fim de minimizar os impactos da crise ambiental. Conclui o autor falando da importância do conceito, mas alerta: ‘ainda permanecem muitos pontos a serem clarificados, como, em particular, o relacionamento de pesos entre a preservação da natureza e os usos humanos em diferentes escalas. No curso de tais concretizações, o processo de construção do direito pode avançar’ (WINTER, 2009, p. 1-22). É importante notar neste debate da sustentabilidade forte e fraca que o homem é o fio condutor e deve usar de sua razão para manter os elementos necessários à qualidade ambiental e ao sistema ecológico, afastando-se do mito do desenvolvimento sustentável em um tripé em que a parte econômica sempre funciona como base

acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, vez que fragilizou os mecanismos de proteção a essas instituições nos quatro âmbitos da atividade do acesso: na coleta, pesquisa, exploração e repartição de benefícios.

Assim sendo, a lei trata-se de um retrocesso ao país na regulação ao acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pois não apenas a comunidade tradicional e o meio ambiente estão fragilizados nessa norma, como também o está o fator econômico do Estado por perder a grande oportunidade de desenvolvimento a partir da exploração sustentável de sua biodiversidade e de seus conhecimentos tradicionais.

Fica evidente, assim, o grande favorecimento da nova lei aos usuários do patrimônio genético, pois, se de um lado a antiga medida provisória incentivava a biopirataria, ela, ainda assim era considerada ilegal, sendo punida no ordenamento jurídico, de outro, a nova lei 13.123/2015 legitima determinadas práticas biopiratas, que deixam de ser penalizadas por serem consideradas “legais”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Lei 13.123/2015**, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm.

_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm.

_____. **Medida Provisória 2.186-16**, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm

_____. **Campos eletromagnéticos: aplicação do princípio da precaução**, Brasília, ACEL, 2005, p. 09.

_____. A riqueza das sementes crioulas indígenas. Disponível em: <http://www.agroecologia.org.br/index.php/noticias/noticias-para-o-boletim/748-a-riqueza-das-sementes-crioulas-indigenas>.

_____. **Brasil sofre com Biopirataria**. Disponível em: <http://sindireceita.org.br/blog/Brasil-sofre-com-Biopirataria/>.

_____. Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Repartição de Benefícios. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/print/factsheet-nagoya-pt.pdf>.

_____. Protocolo de Nagoya. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoya.pdf. Acesso no dia 15 de junho de 2015

_____. **Acordo global de biodiversidade entra em vigor sem a participação do Brasil**. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/10/acordo-global-de-biodiversidade-entra-em-vigor-sem-participacao-do-brasil.html>.

_____. **Biopirataria na Amazônia**. Disponível em http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_faq.htm.

ABREU, Regina. **Os embates em torno da categoria “conhecimento tradicional” e o tema dos “direitos coletivos”**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/5447/4434>.

Ação Ordinária 0000910-67.2014.4.02.5101, Juíza Federal Maria Beatriz Mendes Aguiar Madureira, 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, julgado em 12/03/2015, disponibilizado em 06/04/2015, publicado em 07/04/2015.

ACORDO TRIPS. Disponível em: http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf

ADI 3540 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, disponibilizado em 01/06/2012, publicado em 04/06/2012.

ADPF 101, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108, disponibilização em 01/06/2012, publicação em 04/06/2012.

AG 0076857-68.2013.4.01.0000/MT, Rel. Desembargador Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 14/05/2014, publicado em 13/06/2014, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014.

AGRAC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 09/10/2013, publicado em 29/10/2013, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013.

AI 0002090-05.2013.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Relatora para decisão: Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo, 3ª Turma, julgado em 18/03/2014, disponibilizado em 27/03/2014, publicado em 28/03/2014.

AI 0005132-28.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Relator para decisão: Desembargador Federal Márcio Moraes, 3ª Turma, julgado em 24/09/2013, disponibilizado em 03/10/2013, publicado em 04/10/2013.

ALTEMANI, Renato Lisboa. **O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E AS NORMAS DA OMC O caso da EC-BIOTECH**. 2009. 200p (Dissertação de mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis.

AUGUSTIN, Sérgio ; JOHN, Natacha . O desafio da sustentabilidade na sociedade de risco: uma questão de educação e conscientização ambiental. In: **I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE**, 1, 2012, Florianópolis. Anais. I JORNADA LATINO-AMERICANA DE DIREITO E MEIO AMBIENTE. Florianópolis: 2012.

BARBIERI, SamiaRogesJordy. **Biopirataria e povos indígenas**. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2014

BARROS, Benedita da Silva; PINHEIRO, Antônio Socorro Ferreira. **O acesso à biodiversidade e o consentimento prévio e informado (CPI) como instrumento de inclusão social e acesso aos direitos humanos**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/6984/4962>.

BECK, Ulrich. **Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision**. Disponível em: <http://www.ulrichbeck.net-build.net/uploads/constellations.pdf>

BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira Windham; COUTO, Marina Gropen. Protocolo de Nagoya e Legislações Nacionais – uma análise dos países megadiversos. Disponível em:

<<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/16/13>>

BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 40

BLASI, Gabriel Di. **Barreiras ao desenvolvimento da biotecnologia**. Disponível em: <http://diblasi.com.br/pt-br/artigo/barreiras-ao-desenvolvimento-da-biotecnologia/>.

BRASIL. **Decreto nº 5.501/2004**, de 29 de julho de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/Decreto/D5501.htm.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da CPIBIOPI**. 28 de março de 2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf. Acesso em 5 de junho de 2015

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Diversidade biológica: questões controversas na proteção do conhecimento tradicional**. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Ela_Wiecko_Diversidade_biologica.pdf

COELHO, Luiz Fernando. **In dubio pro natura: interpretação da lei ambiental**. Boletim informativo Bonijuris, v. 6, n. 26, p. 2330-2329, set. 1994

CONAMA. **Resolução 237**, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>.

Convenção Sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000200008&script=sci_arttext.

EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 13/08/2012, publicado em 27/08/2012, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012.

FARIAS, Elaíze. **Pressa na aprovação da Lei de Acesso aos Recursos Genéticos ameaça povos tradicionais**. Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/pressanaaprovacaodaleideacessoaosrecursosgeneticosameacapovostradicionais/>.

FERRO, Ana Flávia; BONACELLI, Maria Beatriz; ASSAD, Ana Lúcia. **Uso da biodiversidade e acesso a recursos genéticos no Brasil: atual regulamentação dificulta pesquisa e desenvolvimento**. Disponível em: http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180823942006000200009&lng=en&nrm=is&tlng=pt.

FETZ, Marcelo. **Do conhecimento tradicional ao princípio ativo – conflitos sociais na fronteira científica**. Disponível em: http://www.academia.edu/5767072/Marcelo_Fetz_DO_CONHECIMENTO_TRADICIONAL_AO_PRINC%C3%8DPIO_ATIVO_conflitos_sociais_na_frenteira_cient%C3%ADfica.

FONSECA, Gustavo. **Os 17 países da megadiversidade**. Disponível em: <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975> Acesso em 2 de junho de 2015.

FREITAS, Ana Valéria Lacerda de; COELHO, Maria de Fátima Barbosa; AZEVEDO, Rodrigo Aleixo Brito de; MAIA, Sandra Sely Silveira Maia. **Os raizeiros e a comercialização de plantas medicinais em São Miguel, Rio Grande do Norte, Brasil**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/seerbio/ojs/index.php/rbb/article/viewFile/1863/1114>.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Controle e a Repressão da Biopirataria no Brasil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/amb3.pdf>.

IBAMA. **Instrução Normativa nº 154**, de 01 de março de 2007. Disponível em: http://www.fzb.rs.gov.br/upload/1366827462_IN_154_coleta.pdf

LADICO, Dircilene da Silva. **Biopirataria internacional, patentes e cidadania: proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio cultural comunitário**, 2011, 172p. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo.

LAUREL, Firestone. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. *In: Quem cala consente? subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. (orgs.) -- São Paulo : Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: https://loja.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/70.pdf.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p291/15075>.

MACHADO, Carlos Saldanha; GODINHO, Rosemary de Sampaio. Acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000100002&script=sci_arttext

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio da Precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional e Comparado. *In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávio Barros (orgs.). Princípio da Precaução*. [s.l.]: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, [entre 2002 e 2014].

MILARÉ, Édis. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31982-37487-1-PB.pdf>.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. **Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base**. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 6-25, jan./mar. 2006

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Conselho de Gestão do Patrimônio Genético**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico>>.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/arquivos/cdbport_72.pdf.

OLIVEIRA, José Carlos. **Movimentos sociais querem veto à nova Lei da Biodiversidade**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/488212-MOVIMENTOS-SOCIAIS-QUEREM-VETO-A-NOVA-LEI-DA-BIODIVERSIDADE.html>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169**, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

PRATHAPAN, K. Divakaran; RAJAN, PriyadarsananDharma. **Biological Diversity: A Common Heritage**. Disponível em: <http://globaljusticeecology.org/files/biodiversity.pdf>.

REIS, Pâmela Oliveira dos. **Aplicação efetiva do Princípio da Precaução**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9664&revista_caderno=5.

SCHREIBER, Mariana. **Por que o Marco da Biodiversidade divide farmacêuticas e ambientalistas?**. Notícia publicada no dia 21 de maio de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_marco_biodiversidade_pesquisa_ms_rb.

SILVA, Maura. **Apesar de vetos, Lei da Biodiversidade segue sendo retrocesso, afirma especialista**. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2015/05/22/apesardosvetosleidabiodiversidadesequesendoumretrocessoafirmaespecialista.html>.

SISBIO. Manual do Usuário. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/servicos/manual.pdf>.

TOMOCHISKY, Bernardo; MING, LinChau; HIDALGO, Ari de Freitas; CARVALHO, Izabel de; KFFURI, Carolina Weber. **Impactos da legislação na pesquisa etnobotânica no Brasil, com ênfase na Região Amazônica**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/viewFile/1603/2005>

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niterói: Impetus, 2013, UFRGS. [s.n.t]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/patrimoniogenetico/orientacoeseautorizacoes/introducao>>

UNEMAT. **Tutorial nº 001/2012** – CEP-UNEMAT. Disponível em: http://www.unemat.br/prppg/cep/docs/2012/TUTORIAL_001_2012_CEP_UNEMAT.pdf.

WOLFRUM, Rüdiger. O Princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávio Barros (orgs.). **Princípio da Precaução**. [s.l.]: Editora Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, [entre 2002 e 2014].

WROBLESKI, Stefano. **Cinco projetos de lei no Congresso podem afetar negativamente a Amazônia**. Disponível em: http://xandemilazzo.jusbrasil.com.br/noticias/166373914/cincoprojetosdeleinocongressosopodemafetarnegativamenteaamazonia?ref=topic_feed. Acesso no dia 25 de junho de 2015.