



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

**A PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO
TRADICIONAL TENDO COMO
INSTRUMENTO CHAVE OS CERTIFICADOS
DE CONFORMIDADE DO PROTOCOLO DE
NAGOIA E DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Caio Augusto Zouain Bexiga

Brasília

2016

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Caio Augusto Zouain Bexiga

**A PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO
TRADICIONAL TENDO COMO
INSTRUMENTO CHAVE OS CERTIFICADOS
DE CONFORMIDADE DO PROTOCOLO DE
NAGOIA E DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

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

Brasília

2016

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Caio Augusto Zouain Bexiga

**A PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO
TRADICIONAL TENDO COMO
INSTRUMENTO CHAVE OS CERTIFICADOS
DE CONFORMIDADE DO PROTOCOLO DE
NAGOIA E DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como
requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito,
aprovada com conceito []

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Gabriela Garcia B. Lima (Orientadora) (UnB)

Professor Doutor Marcio Iorio Aranha (UnB)

Professora Doutora Nurit Rachel Bensusan (UnB)

Brasília
2016

A todos que me aguentaram nestes
cinco anos de faculdade. A todos
apresento anos de loucuras e devaneios
condensados em uma só peça.

AGRADECIMENTOS

All time is all time. It does not change. It does not lend itself to warnings or explanations. It simply is. Take it moment by moment, and you will find that we are all, as I've said before, bugs in amber. (Kurt Vonnegut)

À professora, colega de trabalho e amiga Nurit Bensusan, que inspirou e fez com que este trabalho pudesse existir.

A todos colegas e amigos que conheci no Instituto Socioambiental, que me acolheram e me ensinaram muito nestes dois anos. O melhor estágio que eu poderia conseguir no mundo.

À minha orientadora Gabriela Lima, que aceitou me orientar neste assunto tão espinhoso.

À minha família, que mesmo longe me apoiou e me manteve focado.

Aos meus amigos, que aturam minhas idiotices e compartilham as deles comigo.

A Kurt Vonnegut, quem, tenho certeza, está até hoje rindo da estupidez humana, esteja onde estiver. And so it goes.

RESUMO

A certificação, instrumento previsto no regime jurídico de acesso aos recursos genéticos, é um elemento chave na proteção do conhecimento tradicional associado, pois provê rastreabilidade e controle aos usos da biodiversidade. Há a emissão de certificado na recente regulamentação do Acesso à Biodiversidade tanto internacional quanto nacionalmente, respectivamente pelo Protocolo de Nagoia e pela Lei 13.123/2015 e Decreto 8.775/2016. Todavia, é importante caracterizar e diferenciá-los, demonstrando a completa inadequação da legislação pátria ao que pretende o Protocolo: garantir segurança jurídica tanto a provedores quanto a usuários da biodiversidade, ao mesmo tempo em que se garante a realização de acesso respeitando o consentimento prévio informado, o estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e a justa e equitativa repartição de benefícios. Ao realizar análise de documentos legais, relatórios acerca das negociações do Protocolo, transcrições sobre a discussão da legislação brasileira e análises doutrinárias, defende-se aqui que, sendo o Certificado um elemento chave na proteção dos direitos relacionados à biodiversidade pelo Certificado e Institutos previstos pelo Protocolo, demanda-se urgente reforma à certificação e legislação brasileira, para que o país possa se inserir e, também, aderir ao Protocolo, se alinhando com o entendimento internacional de certificação e salvaguarda destes direitos.

Palavras chave: Biodiversidade; Protocolo de Nagoia; Lei 13.123/2015; Consentimento prévio informado; Cláusulas mutuamente acordadas; Repartição justa e equitativa de benefícios.

ABSTRACT

The certificates, instrument provided by the access to biological resources legal regime is a key element on the protection of associated traditional knowledge once it grants traceability and control over uses of biodiversity. There are certificates emitted both on the recent international and national ruling of access to biodiversity, respectively through the Nagoya Protocol and through the Bill 13,123/2015 along with the Decree 8,775/2016. However, it is important to differentiate and characterize them, evidencing how inadequate the Brazilian legislation is to what intends the Protocol: ensure legal certainty to providers as well as users of biodiversity, while granting accesses that respect previous informed consent, the establishment of mutually agreed terms and fair and equitable benefit sharing. After analyzing legal documents, reports on the Protocol negotiations, transcripts on the Brazilian law discussion and doctrinal analysis, it is defended that, since the Certificate is a key element to the protection of rights related to biodiversity through the Certificate and Institutes provided by the Protocol, there is an urgent demand of rework on the Brazilian certificates and legislation, so that the country can be inserted and, even, subscribe to the Protocol, aligning to the international certificate and safeguard rights uptake.

Keywords: Biodiversity; Nagoya Protocol; Bill 13,123/2015; Previous informed consent; Mutually agreed terms; Fair and equitable benefit sharing.

SUMÁRIO

Introdução	1
Capítulo 1	13
A proteção jurídica internacional da rede de rastreabilidade internacional para a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados	13
1.1. Os institutos elementares à rede de rastreabilidade internacional do Protocolo de Nagoia	13
1.1.1. Acesso a recursos genéticos	14
1.1.1.1. Garantia de obtenção do consentimento prévio informado em escala local....	15
1.1.1.2. Garantia de obtenção do consentimento prévio informado de comunidades tradicionais	16
1.1.1.3. Garantia de repartição justa e equitativa de benefícios	17
1.1.2. O sistema da Access and Benefit-sharing <i>Clearing-House</i> (ABS <i>Clearing-House</i>)	18
1.2. A proteção ao Conhecimento Tradicional Associado e à Justa e Equitativa Repartição de Benefícios no Protocolo de Nagoia	19
1.2.1. Justa e equitativa repartição de benefícios	20
1.2.2. Conhecimento Tradicional Associado.....	24
1.2.3. Conclusões gerais	25
1.3. Análise da Rede Internacional ABS <i>Clearing-House</i> do Protocolo de Nagoia e da rastreabilidade de seu certificado	25
1.3.1. Análise do órgão ABS <i>Clearing-House</i>	26
1.3.2. A obrigação de adaptar as legislações domésticas à Rede Internacional.	30
1.3.3. Os <i>Checkpoints</i>	33
1.4. A rastreabilidade no certificado do Protocolo de Nagoia.....	34
1.5. O Protocolo de Nagoia e a crítica da perda da posição de frente do Brasil.....	37
1.5.1. Considerações sobre a Biopirataria e seus efeitos no Brasil	37
1.5.2. As posições do Brasil nas Convenções sobre a Biodiversidade.....	39
Capítulo 2	42
Análise crítica da fraca proteção jurídica nacional e sua desconexão com a Regulamentação Internacional.....	42
2.1 Diferenças e similaridades entre os Certificados analisados.....	42
2.1.1. Aspectos Gerais dos Certificados.....	43
2.1.2. Certificados como Instrumentos de Regulação	46
2.1.2.1. Instrumentos de Controle e Instrumentos de Mercado.....	46
2.1.2.2. Regulação Operacional e Regulação Normativa	47
2.1.3. A exclusão <i>a priori</i> dos “conhecimentos tradicionais de origem não identificável” da necessidade de obtenção de consentimento prévio informado.	48

2.1.4.	Exclusão do “Produto Intermediário” do rol de materiais genéticos e conhecimentos tradicionais sujeitos à repartição de benefícios	51
2.1.5.	A limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios a um por cento da receita líquida resultante da comercialização do produto.....	53
2.1.6.	A dupla limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios quando houver mais de uma comunidade provedora de materiais genéticos	55
2.1.7.	A exclusão da modalidade da repartição de benefícios da negociação	56
2.1.8.	A possibilidade de obtenção de consentimento prévio informado sem consultar adequadamente as comunidades tradicionais detentoras do conhecimento	56
2.1.9.	A exclusão das Sementes Crioulas da exigência de obtenção de consentimento prévio informado.....	58
2.1.10.	Necessidade de Cadastro apenas para a remeessa, patente, divulgação ou comercialização dos produtos	59
2.1.11.	Absoluta ausência de controle sobre a obtenção de consentimento prévio informado para realizar pesquisa e comercialização de produtos intermediários.....	60
2.1.12.	Generalidade abstrata dos mecanismos de Rastreabilidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro	61
2.1.13.	Da similitude e diferença entre os Certificados.....	63
2.2	Obtenção da Patente sobre Conhecimentos Tradicionais X Certificado de Boa-Fé no Acesso a Recursos Genéticos	64
2.2.1	A Patenteabilidade dos Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais	64
2.2.2	As considerações de Ikechi Mgbeoji acerca do sistema de patentes	66
2.2.3	A análise de Juliana Santilli sobre o Sistema de Propriedade Industrial.....	68
2.2.4	Da utilização do Sistema de Patentes para proteção dos Conhecimentos Tradicionais e Recursos Genéticos	70
2.3	Proposições de política pública para a melhoria do uso dos Certificados relativos ao Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais no Brasil	70
	Conclusão.....	74
	Referências Bibliográficas	77

INTRODUÇÃO

A forma como a biodiversidade é utilizada e comercializada há de ser desenvolvida com cautela haja vista os direitos de proteção ambiental, de conhecimentos tradicionais, entre outros que estão conexos à atividade, encontrando na certificação possibilidade de garantir a segurança e a conservação da mesma. Os certificados, no modelo apresentado pelo regime jurídico do acesso aos recursos genéticos¹ (em especial pelo Protocolo de Nagoia), são meio do Estado de regular², direta e indiretamente, atividades de interesse, sendo hoje utilizados como um dos meios de controle da biodiversidade. Todavia, critica-se aqui o modo como o direito brasileiro regulou o seu instrumento de certificação ao se apresentar distante do modelo e dos objetivos pretendidos pelo sistema de certificado de Nagoia.

O Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Justa e Equitativa Distribuição de Benefícios Derivados de sua Utilização pela Convenção sobre Diversidade Biológica³ consiste em tratado internacional complementar à Convenção da ONU sobre Biodiversidade, destinado à justa e equitativa distribuição de benefícios advindos de acesso a conhecimento tradicional associado, cuja entrada em vigor se deu a partir de 12 de outubro de 2014.

Este tratado gera condições à construção de novas políticas mundiais, conforme explica a União Internacional para a Conservação da Natureza (International Union for

¹ Vale destacar, existem outras formas de certificação nos mais diversos sistemas jurídicos, até mesmo como instrumento de mercado. Nas palavras de Gabriela Lima: “também se veem presentes iniciativas privadas que criam arranjos normativos de forma voluntária, tratando de assuntos originalmente públicos como padrões de qualidade ambiental exigidos em certificações ambientais, outros instrumentos econômicos no mercado, códigos éticos empresariais, e outros sistemas regulatórios etc.” LIMA, Gabriela Garcia B. “Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação”. In Revista de Direito Internacional. Vol. 11, nº 2, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/download/2069/pdf>>

² O conceito de Regulação, que permeia toda a discussão aqui tratada, pode ser definido de várias formas, porém, concede maior segurança aos tratados deste trabalho aquele dado pelo Professor Marcio Iorio Aranha, que a conceitua da seguinte forma: “Regulação é a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltada à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais”, sendo os certificados meio pelo qual se busca tal reconfiguração. ARANHA, Marcio Iorio. “Manual de Direito Regulatório – Fundamentos de Direito Regulatório”. 2ª ed. rev. amp. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

³ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: “Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity”

the Conservation of Nature – IUCN), em trabalho conjunto com os governos alemão e dinamarquês:

O objetivo do Protocolo de Nagoia é de estabelecer molduras internacionais, legalmente vinculadas, para promover implantação transparente e efetiva do conceito de Acesso e da Repartição de Benefícios em escala regional, nacional e local para o futuro. A IUCN considera ser o Acesso e Repartição de Benefícios, terceiro objetivo da Convenção, exemplo concreto para valorizar a biodiversidade e seus serviços ao ecossistema e de como reconhecer adequada relevância deste valor como pré-requisito para fazer de sua utilização protetiva e sustentável. Portanto, a IUCN considera bem vinda a adoção do protocolo após seis anos de negociações, marcando importante passo para a implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica.⁴

Interessante notar, como aponta a IUCN, existência de flexibilidade, na esfera doméstica, na adoção de medidas pelos signatários de forma a cumprir com o estabelecido, sendo possível adoção de ações legais, administrativas ou de exercício de políticas públicas. Em contrapartida, é estabelecida necessidade de comprovar a efetividade das ações tomadas conforme estas sejam efetivadas. A prioridade nota-se, não reside na uniformização da forma como serão adotadas as medidas, mas na garantia de seu cumprimento, para maior e mais efetiva proteção dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado.

Vale mencionar, também, a existência de alguns possíveis instrumentos e mecanismos criados pelo Protocolo de Nagoia para sua implementação⁵, bem como de mecanismos institucionais e procedimentos cooperativos entre as partes para promover mecanismos que garantam o cumprimento e analisem casos de descumprimento do Protocolo⁶, porém, como o tema desvia do foco deste trabalho, consideram-se suficientes meras menções a tais estabelecimentos, não cabendo, no entanto, aprofundar no tema.

⁴ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "The objective of the Nagoya Protocol is to set an international, legally binding framework to promote a transparent and effective implementation of the ABS concept at the regional, national and local level in the future. IUCN considers ABS, the third objective of the Convention, to be a concrete example for valuing biodiversity and its ecosystem services, and for taking proper account of this value as a prerequisite for conservation and sustainable use. Therefore, IUCN welcomes the adoption of the Protocol following six years of negotiations which marks an important step towards the implementation of the Convention on Biological Diversity"

⁵ Dentre as quais o estabelecimento de cláusulas contratuais modelo, de códigos de conduta, linhas de ação, melhores práticas e/ou de padrões a serem seguidos, de campanhas de conscientização, de capacitação de atores e do uso de recursos financeiros e de mecanismo de finanças provido pela Global Environment Facility.

⁶ São eles o estabelecimento da Convenção sobre Biodiversidade como reunião da Partes do Protocolo de Nagoia, o estabelecimento do secretariado da CDB como Secretariado do Protocolo, o estabelecimento de

Especificamente acerca do Certificado, previsto no artigo 17⁷ do Protocolo, para melhor compreensão de como funciona a sua proteção, e se identifica como necessário definir os conceitos de “comunidades tradicionais” (alvo de proteção pelo Protocolo) e de “acesso a recursos genéticos e conhecimento tradicional” (ferramenta pela qual se realiza a exploração econômica dos recursos genéticos). Isso porque, para sua emissão, é requisito imprescindível o cumprimento de tudo aquilo estipulado pelo Protocolo, que muitas vezes faz referência aos conceitos mencionados.

Para os efeitos deste trabalho, incluir-se-á no conceito de “Comunidades Tradicionais” Povos e Nações Indígenas, Comunidades Quilombolas, Ribeirinhos, Varzanteiros, Agricultores Tradicionais e quaisquer outras sociedades e comunidades locais, nacionais ou internacionais que cumpram com dois requisitos, quais sejam, a auto identificação e a existência de organização sociocultural diferenciada regida por costumes, tradições ou legislação própria ou, ainda, a verificação de ancestralidade da comunidade que remonte a tempos anteriores ou durante os períodos coloniais ou de conquista.

Se analisam, assim, as definições de Comunidades Tradicionais, Povos Indígenas, Comunidades Quilombolas e Agricultor Tradicional, encerrando com a definição de Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional Associado. Em seguida, é esclarecida a relação destes com o sistema de certificação do Protocolo de Nagoia, o *Clearing-House*⁸, para se desprender, finalmente, a análise crítica da sua (não) implementação pela legislação brasileira.

provisões relacionadas a monitoramento e relatórios a serem apresentados, o estabelecimento de avaliação sobre a efetividade do Protocolo quatro anos após sua entrada em vigor e a determinação de que o protocolo entrará em vigor após sua 50ª adesão por Estado ou Bloco Econômico Regional membro da CDB. Estes acordos, importante destacar, conferem efetividade ao protocolo, dispensando a criação e eleição de novos representantes ao mesmo tempo em que se aproveita a estrutura da CDB ante aproximação funcional entre estas e aquelas previstas no Protocolo e confere imediatos efeitos à entrada do Protocolo em vigor.

⁷ Dispõe o Protocolo: “Article 17:/ (...) / 2. A permit or its equivalent issued in accordance with Article 6, paragraph 3 (e) and made available to the Access and Benefit-sharing Clearing-House, shall constitute an internationally recognized certificate of compliance./ 3. An internationally recognized certificate of compliance shall serve as evidence that the genetic resource which it covers has been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required”. Tradução Livre: “Artigo 17:/ (...) / 2. Uma permissão ou equivalente será emitida de acordo com o Artigo 6, parágrafo 3 (e) e disponibilizada à *Access and Benefit-sharing Clearing-House*, constituindo em Certificado de conformidade internacionalmente reconhecido./ 3. Um certificado de conformidade internacionalmente reconhecido servirá como prova de que o acesso aos recursos genéticos sobre que trata ocorreu em concordância com o consentimento prévio informado e com o estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, conforme requerido.

⁸ Conceitualmente, entretanto, enfrenta-se problema em como e se traduzir o título do órgão: o termo *Clearing-House*, em vernáculo, adquiria sentido de “Alfândega”, não apropriado à função do órgão, já que, além de realizar controle sobre entradas e saídas da biodiversidade no mundo, o órgão também dispõe de função deliberativa e decisória, com representantes eleitos pela Convenção. Dada a sua singularidade,

Comunidades Tradicionais

Este conceito é importante para identificar, com precisão, quem são os beneficiados tanto pela Convenção 169 da OIT quanto pela Convenção da ONU sobre Biodiversidade quanto pelo Protocolo de Nagoia quando estes documentos se referem a “populações tradicionais”, “povos e nações indígenas”, “comunidades tribais”, entre outros. Ora, sendo a forma como o Protocolo e a Legislação Brasileira tratam tais comunidades elemento central deste trabalho, essencial sua definição conceitual clara e objetiva. A definição de Comunidade Tradicional para a esfera jurídica brasileira é dada pelo Decreto n.º 6.040/2007 como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

A definição, portanto, estabelece como elementos para a identificação de uma Comunidade Tradicional, a auto identificação, uma organização social diferenciada e a ligação intrínseca com a terra.

O Certificado do Protocolo de Nagoia, atestando o cumprimento com o próprio Protocolo, reitera estes conceitos, reafirmando-o a cada emissão.

O quadro de definições, no entanto, não se encerra com a legislação interna, mas sim com a definição dada pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT assinada em 1989, somente internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n.º 5.051/2004, consolidando esta definição como a que melhor representa o universo jurídico a que se pretende analisar neste trabalho, qual seja:

1. A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

portanto, optou-se por manter o nome do órgão em sua versão tradicional, quando muito, referindo-se a ele por sua versão resumida, qual seja, ABS *Clearing-House* ou, simplesmente, *Clearing-House*.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Existe, ainda, nova definição concebida pela Lei de Acesso ao Patrimônio Genético (Lei n.º 13.123/2015), identificando Comunidades Tradicionais “grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”.

Estabelece-se, portanto, como Comunidade Tradicional aquela que cumpre com os seguintes requisitos:

- (i) O auto reconhecimento, pela comunidade, como tal;
- (ii) A existência de organização sociocultural diferenciada regida por costumes, tradições ou legislação própria ou, ainda, a verificação de ancestralidade da comunidade que remonte a tempos anteriores ou durante os períodos coloniais ou de conquista.

Povos Indígenas

Além do direcionamento dado pelos termos da OIT 169, é importante compreender acerca da sua previsão conceitual no controverso Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973), apenas em parte recepcionado pela Constituição Federal de 1988, definindo como indígena “(...) todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Também aqui, a legislação estabelece como condições à identificação de comunidades indígenas, a auto identificação e a existência de cultura própria.

Comunidades Quilombolas

Sua definição é dada pelo Decreto n.º 4.887/2003, estabelecendo tão somente a auto identificação da Comunidade Quilombola como tal para sua caracterização. O critério, especificamente tratando de Comunidades Quilombolas, parece acertado, uma vez que a formação destas comunidades se deu de forma não centralizada e não concentrada em períodos específicos, podendo as comunidades terem seus direitos reconhecidos de forma mais simples.

Agricultores tradicionais

Os Agricultores Tradicionais adentraram no ordenamento jurídico pela Lei de Acesso ao Patrimônio Genético (Lei n.º 13.123/2015), como “pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar”, sendo o agricultor tradicional conceituado pela Lei n.º 11.326/2006 (que estabelece a Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais) como aqueles cujas propriedades detenham, no máximo, quatro módulos fiscais, que empreguem “predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento”, cuja renda familiar derive, em parte, de “atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento” e “que dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família”.

Como tanto o Protocolo quanto a Legislação Brasileira tratam do Acesso à Biodiversidade e dispõem de certificado a ser concedido sobre acessos realizados em conformidade com os instrumentos relacionados, não há como tratar do tema sem explicar, de um ponto de vista normativo, o que significa tal acesso.

Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional Associado

O Ordenamento Jurídico brasileiro estabelece o Acesso a Recursos Genéticos pela Lei n.º 13.123/2015 como “pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético”, conhecimento tradicional associado como a “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético” e patrimônio genético como “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos”.

O Protocolo de Nagoia de 2010, ainda não ratificado pelo Brasil, define o Acesso a Recursos Genéticos (ou, no termo utilizado pelo Protocolo, a Utilização de Recursos Genéticos) como a “condução de pesquisa e desenvolvimento na composição genética e/ou bioquímica de recursos genéticos, incluindo sua aplicação em biotecnologia”⁹, sendo biotecnologia “qualquer aplicação tecnológica que empregue sistemas biológicos,

⁹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução livre: “Utilization of genetic resources’ means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention”

organismos vivos, ou derivados dos mesmos, para criar ou modificar produtos ou processos para usos específicos¹⁰, adotando como definição de Conhecimento Tradicional dada pela Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB (Convention on Biological Diversity – CBD), assinada em 1992 e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 2.519/1998, como “conhecimento, inovações e práticas de comunidades indígenas e locais que integrem estilos de vida relevantes à conservação e sustentabilidade do uso da diversidade biológica”¹¹.

As definições, dessa forma, ainda que não idênticas substancialmente, são próximas o suficiente para que, neste trabalho, se adote uma em detrimento da outra sem grandes prejuízos, e, dado a definição anterior – que segue instrumento de direito internacional – prezando pela coerência adotar-se-á, também, a definição dada pelo Protocolo de Nagoia.

Todos os conceitos apresentados têm estrita relação com o Protocolo de Nagoia, uma vez que este versa especificamente sobre o acesso à biodiversidade e, também, sobre a relação desta com comunidades tradicionais. Dessa forma, o Protocolo se utiliza das definições aqui elencadas de forma recorrente, podendo agora ser compreendido de forma mais completa.

Termo	Conceito legal utilizado	Requisitos	Como o Certificado de Nagoia se conecta com os requisitos ou com o conceito
Comunidades Tradicionais	Mescla dos conceitos abaixo.	<ul style="list-style-type: none"> • Auto identificação; • Existência de organização sociocultural diferenciada regida por costumes, 	Possível a emissão de Certificado sobre recursos genéticos em posse de Comunidades Tradicionais

¹⁰ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução livre: “‘Biotechnology’ as defined in Article 2 of the Convention means any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use”

¹¹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: “Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices”

		tradições ou legislação própria ou, ainda, a verificação de ancestralidade da comunidade que remonte a tempos anteriores ou durante os períodos coloniais ou de conquista.	ou Conhecimento Tradicional a estas Associado.
Povos Indígenas	(...) todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional	<ul style="list-style-type: none"> • Auto identificação; • Existência de cultura própria. 	Possível a emissão de Certificado sobre recursos genéticos em posse de Povos Indígenas ou Conhecimento Tradicional a estas Associado.
Comunidades Quilombolas	(...) os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. ¹²	<ul style="list-style-type: none"> • Auto identificação; 	Possível a emissão de Certificado sobre recursos genéticos em posse de Comunidades Quilombolas ou Conhecimento Tradicional a estas Associado.
Agricultores Tradicionais	(...) pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar.	<ul style="list-style-type: none"> • Utilização de variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas. • Conservar a diversidade genética. 	Possível a emissão de Certificado sobre variedades de sementes locais de Agricultores Tradicionais.

¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>

Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimento Tradicional Associado	(...) pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético.	• Cumprimento com a legislação brasileira ou ao Protocolo de Nagoia.	Objeto do Protocolo, requerimento <i>sine qua non</i> para a emissão do Certificado.
--	---	--	--

Entre suas disposições, criou o Protocolo de Nagoia órgão chamado *ABS Clearing-House*. Este órgão tem funções deliberativas e exerce o controle sobre a biodiversidade e suas movimentações locais e internacionais, analisando o cumprimento das previsões do Protocolo tanto local quanto internacionalmente, se utilizando dos Certificados como forma e meio para analisar as entradas e saídas.

Estabelece o Protocolo medidas obrigatórias a serem adotadas pelos países signatários, medidas estas atreladas ao risco de sanções como das formas mais básicas de garantir sua efetividade, diferentemente de vários tratados cujo descumprimento não enseja consequências diretas, mas apenas após condenações em tribunais internacionais ou de arbitragem.

É por força do Artigo 15¹³ que toda legislação doméstica ou regulações que versem sobre acesso e repartição de benefício devem cumprir com os seguintes compromissos:

(i) Obrigação de adotar medidas para garantir que recursos genéticos utilizados (e acessados) sob sua jurisdição sejam feitos por meio de obtenção de consentimento prévio informado e estabelecidos sob cláusulas mutuamente acordadas.

(ii) Obrigação de legislar sobre situações de descumprimento às regras do item anterior (referentes à obtenção de consentimento prévio informado e estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas).

(iii) Obrigação de cooperar com outros países signatários em casos de possíveis violações de legislação de acesso domésticas ou de requerimentos advindos de regulação do país provedor. Tal regra se aplica tanto quando relacionadas a pessoas físicas e jurídicas como, também, a comunidades tradicionais.

¹³ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

(iv) Obrigação de garantir, no caso de conhecimento tradicional associado, a obtenção de consentimento prévio informado das comunidades tradicionais e de estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas com as mesmas, obrigando também aqueles que acessam este tipo de conhecimento a agir em conformidade com a legislação do local onde estão presentes as comunidades tradicionais provedoras.

(v) Dever dos signatários de cooperar com outras Partes em caso de possível violação ao consentimento prévio informado e estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas sobre acesso a conhecimento tradicional associado.

O Artigo 17 ¹⁴, o mais importante elemento para a análise deste trabalho, cria obrigação das Partes de monitorar e ampliar a transparência em torno da utilização de recursos genéticos, determinando, entre outras medidas obrigatórias:

(i) A designação de um ou mais *Checkpoints*¹⁵ – pontos por onde devem passar todos os recursos genéticos acessados no país para efeitos de monitoramento e controle. O papel dos *Checkpoints* é o de coletar ou receber informações relacionadas a consentimento prévio informado, fontes dos recursos genéticos, ao estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e à utilização de recursos genéticos.

(ii) Estabelecer obrigação dos usuários de patrimônio genético de apresentar todas informações relacionadas a consentimento prévio informado, fontes dos recursos genéticos, ao estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e à utilização de recursos genéticos aos *Checkpoints*.

(iii) Estabelecer obrigação de repasse das informações obtidas pelos *Checkpoints* às devidas autoridades nacionais, ao provedor responsável pela concessão de conhecimento prévio informado e à ABS *Clearing-House*.

(iv) Garantir que os *Checkpoints* abasteçam o sistema com representação efetiva da cadeia de utilização do recurso.

(v) Busca de inclusão, quando do estabelecimento das cláusulas mutuamente acordadas, de itens que impliquem em trocas de informação e de apresentação de relatórios a respeito da implementação das cláusulas mutuamente acordadas.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

¹⁵ Preferiu-se pela grafia em inglês uma vez que não existe tradução para a expressão, se aproximando somente de “Pontos de controle”.

- (vi) Uso de meios de comunicação e sistemas custo-eficientes.

Não somente estabelece obrigações, como também implica o Artigo 17 na criação de Certificado de Conformidade com as normas presentes no Protocolo, objeto de análise do presente trabalho. Entre seus efeitos, estabelece que a publicação deste Certificado se dará pela ABS *Clearing-House*, definindo seu propósito como de “servir como evidência de que determinado recurso genético, objeto do certificado, foi acessado de acordo com os requerimentos de aquisição de consentimento prévio informado e que foram estabelecidas cláusulas mutuamente acordadas.

Em acréscimo, o Artigo 18 objetiva o efetivo cumprimento do estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas entre provedor e usuário de conhecimento tradicional associado. Dessa forma, são obrigações dos signatários:

- (i) Incentivar provedores e usuários de recursos genéticos e/ou conhecimento tradicional associado para tratar de questões de resolução de litígios em suas cláusulas mutuamente acordadas.

- (ii) Prover oportunidade de buscar auxílio em seu sistema legal em casos de disputas em torno de cláusulas mutuamente acordadas.

- (iii) Adotar apropriadas e efetivas medidas para garantir acesso à justiça e utilização de mecanismos que mutuamente reconheçam e validem sentenças estrangeiras e decisões por cortes arbitrais.

De forma a compreender a forma como se regulamentam e certificam acessos à biodiversidade internacionalmente é necessário debruçar-se sobre o mais recente instrumento que desempenha essa função, o Protocolo de Nagoia. Após análise do mesmo, ao comparar seus instrumentos e requerimentos à certificação, a evidência documental e teórica demonstrará a completa inadequação da legislação brasileira ao instrumento internacional, analisada no segundo item deste trabalho, assinalando plena

inaptidão do certificado brasileiro em prover segurança jurídica¹⁶ e liquidez¹⁷ similares àquelas providas pelo Protocolo.

Para este trabalho, portanto, realizar-se-á análise inicial, no Capítulo 1, sobre o Certificado de Conformidade concedido pelo Protocolo de Nagoia em conjunto com o conteúdo do Protocolo, utilizando de materiais produzidos por organizações internacionais (a respeito do Protocolo), bem como análises doutrinárias e textuais sobre o Protocolo. Em seguida, no Capítulo 2, para análise textual e legal sobre a legislação brasileira, mesclando doutrina sobre biodiversidade e biopirataria bem como análises sobre a insuficiência do sistema de patentes para dispor acerca da Biodiversidade, buscando demonstrar as diferenças essenciais entre as certificações e regimes legais estudados, terminando por demonstrar a completa incompatibilidade dos mesmos.

¹⁶ Tomar-se-á o conceito de Segurança Jurídica de Canotilho, segundo o qual: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos “. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 256.

¹⁷ Segundo a Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, liquidez é “a facilidade de converter o ativo em dinheiro, ou em outras palavras, um ativo com alta liquidez indica que teremos facilidade em vender o mesmo, caso precisemos do dinheiro de imediato” (Disponível em: <<http://www.cursobovespa.com/o-que-significa-liquidez/>>), definição esta que será utilizada para efeitos deste trabalho, ainda que – reconhecidamente – existem diversas teorias e formas de definir tal conceito, teorias estas, no entanto, que não consistem no objeto aqui presente.

Capítulo 1

A proteção jurídica internacional da rede de rastreabilidade internacional para a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados

Conforme restará demonstrado, o Protocolo de Nagoia é o mais recente e mais avançado tratado de proteção à biodiversidade no mundo. Entre suas criações, inclui-se a emissão obrigatória de certificado, tendo como requisito para sua emissão o cumprimento pelo usuário de biodiversidade com aquilo que prevê o certificado.

Dessa forma, neste capítulo será realizada análise sobre o Protocolo, compreendendo os requisitos para a emissão do Certificado e as suas formas de cumprimento.

Para tanto, será feita análise acerca dos institutos elementares à rede de rastreabilidade internacional do Protocolo de Nagoia (1.1), da proteção ao Conhecimento Tradicional Associado e à Justa e Equitativa Repartição de Benefícios no Protocolo de Nagoia (1.2), da Rede Internacional ABS *Clearing-House* do Protocolo de Nagoia e da rastreabilidade de seu certificado (1.3), da rastreabilidade no certificado do Protocolo de Nagoia (1.4) e da relação do Protocolo de Nagoia e a crítica da perda da posição de frente do Brasil (1.5).

1.1. Os institutos elementares à rede de rastreabilidade internacional do Protocolo de Nagoia

Previsto pelo Protocolo, é obrigatória a emissão de certificado pelos países signatários a emissão de um Certificado de Conformidade que ateste o cumprimento das normas e objetivos dispostos no próprio Protocolo. É uma forma de rastreabilidade internacional que assinala o seu cumprimento.

Dessa forma, é passo obrigatório estudo que compreenda o disposto no Protocolo de Nagoia, inclusive os institutos que o compõe e os efeitos gerados sobre os signatários, uma vez que o Certificado nele previsto requer integral cumprimento e aplicação dos mesmos para sua emissão. São, portanto, os institutos o acesso a recursos genéticos, o sistema de *access and benefit sharing Clearing-House* (ABS *Clearing-House*), a justa e

equitativa repartição de benefícios, as medidas obrigatórias a serem implantadas pelos países signatários, o conhecimento tradicional associado, as ferramentas e mecanismos a serem utilizados para sua implantação e os acordos institucionais.

Os institutos servem, primeiramente, para proteger o patrimônio genético e prevenir sua apropriação e uso indevidos. Nas palavras da IUCN, a apropriação indevida “está associada à aquisição de recursos genéticos em desacordo com legislação doméstica de acesso e repartição de benefício que estabelece consentimento prévio e informado sobre termos mutualmente acordados”¹⁸, enquanto que o mau uso “decorre de obrigações contratuais, conforme estas englobam situações nas quais recursos genéticos são usados em violação de termos mutualmente acordados entre provedor e usuário [...], pode ser entendido como utilização de recursos genéticos de forma contrária à acordada”, inclusa neste último conceito a falta de repasse de benefícios¹⁹.

Como se verá, estes objetivos talvez não sejam completamente protegidos por tais institutos, porém é clara a intenção do Protocolo não de constituir fim em si mesmo, mas de criar padrões mínimos de salvaguardas ao acesso à biodiversidade, não impedindo a adição de outros mecanismos no âmbito doméstico dos países signatários. Sob esta perspectiva, ressalta-se grande virtude do Protocolo em respeitar as particularidades locais e regimes de seus signatários, fato que facilita sua implementação e aplicação em âmbito nacional.

Ante ligação intrínseca e complementar entre os institutos, cabe explicar cada um, com maior ou menor ênfase a depender da relevância à análise aqui realizada. Assim, esclarece-se o acesso a recursos genéticos (1.1.1), e o sistema da *Access and Benefit-sharing Clearing-House* (ABS Clearing-House) (1.1.2)

1.1.1. Acesso a recursos genéticos

¹⁸ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "Misappropriation is linked to the acquisition of genetic resources in violation of domestic ABS legislation requiring PIC and MAT. In short, it could be understood as unlawful appropriation of genetic resources."

¹⁹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "Misuse arises more out of contractual obligations, as it captures the situations in which genetic resources are used in violation of MAT that were set up between the provider and the user. In short, it could be understood as utilization of genetic resources in a non-agreed way, including without sharing any benefits."

Logicamente, o primeiro instituto a ser abordado é aquele que dá causa à existência do Protocolo: o acesso a recursos genéticos. Interessante notar, aqui, a alta quantidade de referências a outros artigos e institutos do protocolo realizada, o que representa uma das razões pelas quais o Protocolo acaba por se tornar hermético e de difícil entendimento, enquanto, por outro lado, atesta sua complexidade e demonstra sua coesão, com instrumentos interligados e complementares um ao outro.

O instituto do Acesso a recursos genéticos pode ser dividido em três partes, expostas a seguir, para adequada compreensão. São eles as providências a serem tomadas para garantia de obtenção do consentimento prévio informado em escala local, de obtenção de consentimento prévio informado de comunidades tradicionais e de repartição justa e equitativa de benefícios. Tem-se, assim, a garantia de obtenção do consentimento prévio informado em escala local (1.1.1.1), garantia de obtenção do consentimento prévio informado de comunidades tradicionais (1.1.1.2), e a garantia de repartição justa e equitativa dos benefícios (1.1.1.3).

1.1.1.1. Garantia de obtenção do consentimento prévio informado em escala local

Bem pontua o documento da IUCN casos estabelecidos pelo Protocolo de Nagoia onde, existindo leis que regulam o acesso a recursos genéticos, é requerido pelo Artigo 6, item (2), que os Estados signatários adotem providências apropriadas em consonância com a legislação doméstica para garantir a ocorrência de consentimento prévio e informado em escala local. Para tanto, são estabelecidas sete medidas obrigatórias a serem adotadas:

- (i) Medidas para garantia da segurança jurídica, clareza e transparência da legislação de acesso a patrimônio genético ou de requisitos de sua regulação.
- (ii) Medidas para garantir a justiça e a não-arbitrariedade de regras e procedimentos do acesso a recursos genéticos.
- (iii) Garantias para garantir a informação a respeito do consentimento prévio e informado.
- (iv) Medidas para garantia de decisões escritas, custo-eficientes, consentidas e previamente informadas dentro de períodos razoáveis.
- (v) Emissão de uma licença ou equivalente que prove a ocorrência de consentimento prévio e informado, de termos mutuamente acordados e

que ateste a conformidade com o sistema de *Access and Benefit-sharing Clearing-House* (ABS *Clearing-House*), a ser explorado no tópico seguinte.

- (vi) Estabelecimento de critérios e/ou procedimentos para obtenção de decisões onde esteja presente o consentimento prévio informado e para a participação de comunidades tradicionais.
- (vii) Estabelecimento de regras e procedimentos claros para o estabelecimento de termos mutuamente acordados.²⁰

Tais medidas, cabe ressaltar, se focam na garantia do cumprimento do Consentimento Prévio Informado estabelecido pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e da Convenção da ONU sobre Biodiversidade – CBD, cabendo ao Artigo 7 a regulação ao conhecimento tradicional associado.

Mais uma vez, nota-se preocupação pela efetividade e implantação do Protocolo: a linguagem utilizada é expansiva, cabendo para sua realização quaisquer medidas que cumpram com o requisitado. Tal opção é extremamente pragmática e única no sentido de permitir sua adequação dentro da realidade de cada país ao mesmo tempo em que se garante uniformidade nos direitos formalmente garantidos.

1.1.1.2. Garantia de obtenção do consentimento prévio informado de comunidades tradicionais

De forma semelhante aos preceitos do Artigo 6, pretende o Artigo 7 a garantia de acesso a conhecimento tradicional associado com consentimento prévio informado

²⁰ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Article 6(1) reiterates the sovereign rights of States over their natural resources. It clarifies once more that access to genetic resources is subject to PIC granted by the provider country, unless otherwise determined. Article 6(2) regulates access to genetic resources. However, this provision refers to situations where ILCs have established rights over genetic resources. In this particular case, States are required to take measures, in accordance with domestic law and as appropriate, to ensure that PIC or the approval and involvement of ILCs is obtained. Article 6(3) aims at creating more legal certainty by introducing a number of measures that must be taken by all Parties requiring PIC at the domestic level:
f provision for legal certainty, clarity, and transparency of their ABS legislation or regulatory requirements;
f provision for fair and non-arbitrary access rules and procedures;
f provision of information on PIC applications;
f provision for written and cost-effective PIC decisions within a reasonable period of time;
f issuance of a permit or equivalent as evidence of PIC and MAT and notification of the ABS Clearing-House;
f establishment of criteria and/or processes for obtaining PIC or approval and involvement of ILCs; and
f establishment of clear rules and procedures for establishing MAT."

concedido pelas comunidades tradicionais ou, ainda, que tal acesso se dê com a aprovação e participação das mesmas comunidades tradicionais.

Também no Artigo 7, define o protocolo a necessidade do estabelecimento de cláusulas mutuamente estabelecidas conjuntamente com as comunidades tradicionais, buscando implementar o estabelecido pelo Artigo 8, item (j) da Convenção da ONU sobre Diversidade Biológica – CDB, qual seja:

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

Ao mesmo tempo, no entanto, é notável a extensão das obrigações, diferenciando as estabelecidas pela CBD daquelas estabelecidas pelo Protocolo de Nagoia, uma vez que são inseridas no rol de obrigações a necessidade de obter consentimento prévio informado e estabelecer, em conjunto com as comunidades, cláusulas mutuamente acordadas²¹.

Esta disposição realiza importante conexão do Protocolo com tratado que o antecede, consistindo em um dos muitos pontos de contato com a CBD e prosseguindo em inserir o Protocolo com maior clareza no sistema internacional.

1.1.1.3. Garantia de repartição justa e equitativa de benefícios

Os regimes de acesso e de repartição justa e equitativa, também, são regulados pelo Protocolo, sendo dada atenção especial a esta faceta pelo Artigo 8, responsável por determinar que seja abordado, pelas legislações internas, três pontos para a realização satisfatória de tais regimes:

- (i) Promover e incentivar pesquisa científica que contribua para a conservação e para o uso sustentável da biodiversidade

²¹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "In contrast to Article 6, Article 7 regulates access to traditional knowledge associated with genetic resources. Accordingly, States shall take measures, in accordance with their domestic law and as appropriate, aiming to ensure that such traditional knowledge held by ILCs is accessed either with their PIC or with their approval and involvement. Furthermore, Article 7 clarifies that in such cases MAT have to be established with the ILCs. Article 7 aims at contributing to the implementation of Article 8(j) of the CBD. At the same time, its obligations go beyond those already included there."

- (ii) Prestar devida atenção a casos de emergências presentes ou futuras que ameacem ou danifiquem o bem-estar humano, animal ou vegetal; e
- (iii) Levar em consideração a importância dos recursos genéticos para alimentação e agricultura e seu papel fundamental à segurança alimentar²²

Este último requerimento, diga-se de passagem, se relaciona diretamente às lutas empreendidas por comunidades tradicionais brasileiras pela manutenção e conservação de sementes crioulas, lutas estas que deram origem às legislações nacionais de proteção dos cultivares e cujo objetivo deveria ser reproduzido em toda a legislação pátria para atingir as exigências presentes no Protocolo.

Todas as exigências estipuladas até o presente momento conectam-se e tomam forma internacionalmente por força dos Artigos 13 e 14.

Em primeiro momento, o Artigo 13 determina a indicação e/ou criação de autoridades nacionais ou pontos focais que tenham poder para (i) reter informações sobre requerimentos nacionais de acesso a recursos genéticos, (ii) conceder certificados de realização de consentimento prévio informado e (iii) garantir o firmamento e o cumprimento de cláusulas mutuamente acordadas²³.

O Artigo 14, por sua vez, estabelece instituto pivotal para a compreensão deste trabalho: o sistema de *Access and Benefit-sharing Clearing-House (ABS Clearing-House)*²⁴, a ser explorado profundamente a seguir em tópico separado.

1.1.2. O sistema da *Access and Benefit-sharing Clearing-House (ABS Clearing-House)*

²² GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "Article 8 requires special considerations in national ABS regimes to:

f promote and encourage scientific research that contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity;

f pay due regard to cases of present or imminent emergencies that threaten or damage human, animal, or plant health; and

f consider the importance of genetic resources for food and agriculture and their special role for food security."

²³ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "Article 13 requires the designation of a national focal point and/or one or more competent national authorities that shall:

f inform about national access requirements;

f grant PIC; and

f enter into MAT."

²⁴ Tradução Livre: "Acesso e repartição justa e equitativa de benefícios (Escritório de saldos ARB)

A *Access and Benefit-sharing Clearing-House (ABS Clearing-House)* é introduzido pelo Artigo 14 do Protocolo de Nagoia, consistindo, nas palavras da Comissão Organizadora do Protocolo, de “plataforma para fluxo de informações” integrando o órgão denominado *Clearing-House*, estabelecido pelo parágrafo 3 do artigo 18. Prossegue a Comissão:

A *ABS Clearing-House* é ferramenta chave para facilitar a implementação do Protocolo de Nagoia na medida em que reforça a segurança jurídica e transparência sobre procedimentos para realização de acesso e de justa e equitativa repartição de benefícios e em que monitora a utilização de recursos genéticos por toda a cadeia produtiva, inclusive através da concessão de certificado internacionalmente reconhecido de conformidade. Por abrigar relevantes informações sobre acesso e repartição justa e equitativa de benefícios, a *ABS Clearing-House* irá oferecer oportunidades para conectar usuários e provedores de recursos genéticos e conhecimento tradicional associado.

Além disso, países signatários devem fornecer e atualizar informação requerida pelo Protocolo através teste sistema de trocas de informações, criando a rede de monitoramento do Protocolo.²⁵

A *ABS Clearing-House*, dessa forma, é mecanismo de compartilhamento de informações relevante à implementação do Protocolo. Tal a importância deste órgão para a presente análise, será tratado em subcapítulo específico adiante.

1.2. A proteção ao Conhecimento Tradicional Associado e à Justa e Equitativa Repartição de Benefícios no Protocolo de Nagoia

Foi necessário, mediante todas obrigações estabelecidas, a criação de formas para coibir a má apropriação de recursos genéticos e conhecimento tradicional associado e para garantir a justa e equitativa repartição de benefícios. Vale lembrar, a expedição do Certificado previsto pelo Artigo 17 está condicionada ao cumprimento do Protocolo e,

²⁵ Disponível em: < <https://www.cbd.int/abs/default.shtml>>. Tradução Livre: “The Access and Benefit-sharing Clearing-House (ABS Clearing-House) is a platform for exchanging information on access and benefit-sharing established by Article 14 of the Protocol, as part of the Clearing-House of the Convention established under Article 18, paragraph 3 of the Convention. The ABS Clearing-House is a key tool for facilitating the implementation of the Nagoya Protocol, by enhancing legal certainty and transparency on procedures for access and benefit-sharing, and for monitoring the utilization of genetic resources along the value chain, including through the internationally recognized certificate of compliance. By hosting relevant information regarding ABS, the ABS Clearing-House will offer opportunities for connecting users and providers of genetic resources and associated traditional knowledge. Parties are to provide and update the information required under the Protocol through this information-exchange system.”

em especial, às disposições aqui elencadas. Dessa forma, se colocará sob análise a justa e equitativa repartição de benefícios (1.2.1) para, em seguida, elencar considerações acerca da proteção aos Conhecimentos Tradicionais (1.2.2).

1.2.1. Justa e equitativa repartição de benefícios

A justa e equitativa distribuição de benefícios, também, é alvo de preocupação ao longo de diferentes partes do protocolo, sendo condição vinculante à posterior validade dos Certificados cadastrados pela ABS *Clearing-House* após sua emissão.

O Artigo 5²⁶ dá continuidade ao estabelecido pelo item (3) do Artigo 15²⁷ da CBD, responsável por estabelecer “recursos genéticos providos” como “apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade” com a CBD. O artigo, assim, avança sobre esta noção, estabelecendo as seguintes determinações:

- (i) Benefícios a serem compartilhados devem incluir aqueles derivados da utilização de recursos genéticos, mas também dos advindos de aplicações subsequentes e de sua comercialização;
- (ii) Benefícios devem ser repartidos com as Partes mediante tão somente o provimento de recursos genéticos; e
- (iii) Acordos específicos sobre repartição de benefícios serão estabelecidos através de cláusulas mutuamente acordadas entre provedor e usuário de recursos genéticos, assim, portanto, com base contratual²⁸.

²⁶ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

²⁷ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

²⁸ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Tradução Livre: "Article 5(1) picks up on the fundamental notions already included in Article 15(3) and 15(7) of the CBD. It clarifies that:

f benefits to be shared shall include those arising from the utilization of genetic resources but also those arising from subsequent applications and commercialization;

f benefits shall be shared only with the Party providing such resources, which is “defined” as the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the CBD; and

f specific benefit-sharing arrangements will be established through MAT between the provider and the user of genetic resources, thus on a contract basis.”

O Artigo, também, determina a obrigatoriedade de adoção de medidas, pelos signatários, para garantir a justa e equitativa repartição de benefícios sobre comunidades tradicionais detentoras de material genético.

Adicionalmente, aponta a IUCN, reforça a determinação de que a repartição de benefícios pode ser tanto monetária quanto não monetária, sendo que os benefícios como um todo devem ser identificados pelos usuários em cláusulas mutuamente acordadas, dada a variedade encontrada nos mais diversos tipos de uso e de setores²⁹.

Por fim, continua a IUCN, o Artigo 5³⁰ também cria as bases para a repartição de benefícios sobre conhecimento tradicional associado, obrigando os países signatários a adotar medidas garantidoras da justa e equitativa repartição de benefícios com as comunidades tradicionais detentoras do conhecimento por meio de cláusulas mutuamente acordadas com as mesmas.³¹

Dá seguimento o Artigo 9³², determinando que as Partes incentivem o repasse direto dos benefícios à conservação, proteção e uso sustentável da biodiversidade, dando o Artigo 10 suporte à criação de mecanismo de acordos multilaterais de repartição de benefícios a alguns casos específicos onde exista dificuldade na obtenção de consentimento prévio informado e cláusulas mutuamente acordadas.

Os Artigos 19, 20 e 23³³, por sua vez, estabelecem obrigação de incentivo, pelos signatários, ao desenvolvimento, atualização e uso de cláusulas modelo para cláusulas mutuamente acordadas em conjunto com o estabelecimento de códigos de conduta, linhas de ação e melhores práticas que, se adotadas de forma adequada, criarão ambiente acolhedor tanto para provedores quanto para usuários para, nas palavras da IUCN,

²⁹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Article 5(4) repeats that benefits may be monetary as well as non-monetary and refers to the Annex, which includes an indicative and non-exhaustive list of potential monetary and non-monetary benefits to be shared. The concrete benefits (possibly a mix of non-monetary and monetary) will need to be identified by providers and users in MAT, as they are likely to vary between different types of uses and different sectors."

³⁰ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

³¹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Finally, Article 5(5) addresses benefit-sharing in relation to traditional knowledge associated with genetic resources. Accordingly, Parties are required to take measures, as appropriate, so that the benefits arising from the utilization of such traditional knowledge are shared fairly and equitably with the ILCs holding the knowledge. Such benefit-sharing shall be upon MAT."

³² Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

³³ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

“negociar, desenvolver e executar com sucesso acordos para a justa e equitativa distribuição de benefícios”³⁴.

Sobre este ponto, resgatar-se-ão os trabalhos da especialista em acesso e repartição de benefícios Sarah Laird, que atualmente ocupa cargo de codiretora da associação *People and Plants International*.

Ressalta a referida autora que, antes de adentrar nas questões de certificados e partilha de benefícios em si, é necessário apontar o perfil daqueles que acessam tal conhecimento. A indústria farmacêutica é a principal requisitora, seguida pela indústria de cosméticos. Entre essas companhias, aquela na liderança em biotecnologia registrou, em 2005, 10,55 bilhões de dólares em vendas. Da mesma forma, as 25 maiores companhias de biotecnologia, apenas em 2005, movimentaram 32,251 bilhões de dólares apenas na economia dos Estados Unidos. Diante dessa perspectiva, importante anotar as dimensões de empresas e de valores aqui tratados e, conseqüentemente, a intensidade de pressões e força exercida sobre comunidades tradicionais e sobre o Estado³⁵.

Frente cenário de clara desigualdade de poderes entre requisitores e detentores de conhecimento tradicional associado, é importante a imposição, pelos requisitores ou pelo Estado, de limites aos possíveis abusos. Entre estas medidas, Laird aponta a criação, por entidades e organizações de classe, de códigos de conduta e de ética condizentes com a posição que ocupam os que acessam conhecimento tradicional associado, estabelecendo melhores práticas e barreiras a qualquer forma de coerção de comunidades tradicionais para realização do Acesso³⁶.

O Estado, também, deve criar políticas públicas para proteger as comunidades e o conhecimento dentro de seu território nacional, incluindo medidas de precaução na publicação e disseminação de artigos sobre conhecimento tradicional associado,

³⁴ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Articles 19 and 20 include obligations for Parties to encourage the development, update, and use of sectoral and cross-sectoral model contractual clauses for MAT, as well as voluntary codes of conduct, guidelines, and best practices and/or standards in relation to ABS. If properly implemented by the Parties, these instruments will create a supportive environment for providers and users to successfully negotiate, develop, and execute fair and equitable benefit-sharing agreements."

³⁵ LAIRD, Sarah. "Biodiversity and traditional knowledge: Equitable partnerships in practice". Londres: Earthscan Publications, 2002.

³⁶ LAIRD, Sarah. "Biodiversity and traditional knowledge: Equitable partnerships in practice". Londres: Earthscan Publications, 2002.

reconhecendo nestes trabalhos como fonte originária de pressões e influências sobre as comunidades.

Quando da realização da pesquisa em áreas protegidas, é fundamental a obtenção de consentimento não só do Estado, mas também a obtenção do conhecimento prévio informado das comunidades, ante a realidade de qualquer estudo científico conter, inerentemente, a possibilidade de se tornar um estudo comercial a depender de seus resultados, devendo ser realizada consulta ampla da comunidade antes de realizar as investigações nas áreas de interesse, firmando, inclusive, acordos de pesquisa e informação.

Laird também assinala a importância de “devolver” à comunidade seu conhecimento, ou seja, de se assegurar que os resultados das pesquisas sejam compreendidos pelos detentores do conhecimento, realizando a correta apropriação das comunidades sobre suas próprias práticas³⁷.

Por fim, os contratos de repartição de benefício e seu cumprimento são fator chave. Os termos de contratação devem ser negociados em conjunto com as comunidades, estabelecendo acordos mútuos, justos e equitativos, devendo o Estado realizar proteção neste sentido e criar mecanismos de controle e revisão contratual, prezando pelos direitos das comunidades – sempre em posição desigual.

Os contratos devem conter disposições comerciais em geral, licenças de propriedade intelectual, acordos de transferência de material, autorizações ambientais, cláusulas de arrendamento de terras, licenças de utilização da tecnologia fornecida pela comunidade, cláusulas “acordo” (onde mudanças contratuais e de figura do acessador apenas podem ser modificadas por termos mutualmente acordados) e de cartas de intenção dos requerentes.³⁸ Existe, portanto, clara noção sobre como se estabeleceriam tais práticas, estando os signatários sujeitos ao crivo exigente da sociedade civil internacional, que não só clama pelo estabelecimento de tais códigos de conduta e acordos de boas práticas como também reconhece as prioridades e as necessidades de conteúdo sobre as mesmas.

³⁷ LAIRD, Sarah. "Biodiversity and traditional knowledge: Equitable partnerships in practice". Londres: Earthscan Publications, 2002.

³⁸ LAIRD, Sarah. "Biodiversity and traditional knowledge: Equitable partnerships in practice". Londres: Earthscan Publications, 2002.

1.2.2. Conhecimento Tradicional Associado

O Conhecimento Tradicional Associado não somente é adereçado como ponto subsidiário em diversos momentos do Protocolo, mas também em sessões próprias. Tal atenção se justifica, vale lembrar, por ser o Conhecimento Tradicional de fundamental importância às Comunidades Tradicionais tanto do ponto de vista econômico – almejado pelos usuários de conhecimentos tradicionais – quanto em sua vida social, política e religiosa, sendo muito bem-vinda reiterada preocupação.

Além dos já citados artigos 7 e 16³⁹, o conhecimento tradicional associado é adereçado pelo Artigo 12, estabelecendo dever das Partes em:

- (i) Levar em consideração, quando do acesso, os costumes, protocolos comunitários e procedimentos das comunidades tradicionais fornecedoras de conhecimento tradicional associado.
- (ii) Estabelecer mecanismos para informar potenciais fornecedores de conhecimento tradicional associado a respeito de suas obrigações.
- (iii) Auxiliar comunidades tradicionais detentoras de conhecimento tradicional associado no desenvolvimento de protocolos comunitários, requisitos mínimos e cláusulas contratuais modelos.
- (iv) Não restringir, tanto quanto possível, o uso e a troca tradicional de conhecimento tradicional associado dentro e entre comunidades tradicionais, de acordo com o estabelecido pela CBD.⁴⁰

³⁹ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

⁴⁰ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Article 12 includes a number of obligations for Parties when implementing the Protocol, namely the duty: *f* to take into consideration, in accordance with domestic law, ILC's customary laws, community protocols and procedures, as applicable, with respect to traditional knowledge associated with genetic resources; *f* to establish mechanisms to inform potential users of traditional knowledge associated with genetic resources about their obligations; *f* to support the development by ILCs of traditional knowledge-related community protocols, minimum requirements, and model contractual clauses; and *f* not to restrict, as far as possible, customary use and exchange of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources, which is in accordance with the objectives of the CBD, within and amongst ILCs."

Claro, estes artigos trabalham em conjunto com o restante do Protocolo, não encerrando o tema em si próprios, mas sendo apurados e refletidos ao longo do tratado.

1.2.3. Conclusões gerais

Nota-se, portanto, a centralidade dos temas ao protocolo, sendo recorrentes e relevantes ao longo de todo o texto, devendo serem analisados com cautela quando da emissão do Certificado de Conformidade.

Natural, no entanto, tais previsões: denotam preocupação do Protocolo com as comunidades tradicionais e com os direitos a elas associados. Também servem de norte, tais previsões, ao que será demandado ao usuário de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, provendo transparência aos processos de acesso.

Dessa forma, o Protocolo cria importante proteção aos direitos à biodiversidade, representando importante marco legislativo.

1.3. Análise da Rede Internacional ABS *Clearing-House* do Protocolo de Nagoia e da rastreabilidade de seu certificado

A rede internacional criada pelo Protocolo de Nagoia talvez seja o maior dos avanços obtidos pelo instrumento, combinando, como se verá, o órgão ABS *Clearing-House* com a obrigatoriedade de adaptação da legislação dos países signatários ao protocolo e o sistema de *checkpoints*, de modo a prover transparência e segurança a seus integrantes como um todo.

Os Certificados, também, se inserem como parte da Rede, servindo de instrumento apto a comprovar sua conformidade com o Protocolo e, também, seu cadastro no sistema, conferindo rastreabilidade à parcela de biodiversidade por ele utilizada.

Como evidenciado anteriormente, o Protocolo de Nagoia dispõe em diferentes momentos sobre a criação de rede de rastreabilidade internacional, tratando do assunto em especial dos Artigos 14 a 17, sendo o último o instrumento mais complexo e importante à leitura aqui realizada, embasando e determinando como funcionará a concessão de Certificado de Conformidade e sua inclusão no sistema.

Grande questão reside hoje, no entanto, na forma de aplicação dessa rede: sua previsão e capacidade para instalação existem, porém, ainda é necessário que os países criem em âmbito nacional seus *Checkpoints* e adaptem sua legislação, para então poder a rastreabilidade ocorrer de forma ampla.

Este cenário, no entanto, não retira valor dos instrumentos criados – muito pelo contrário –, apenas reforça sua importância e enaltece a necessidade de sua entrada em vigor. Portanto, serão apresentados os elementos que a compõem, ensejando melhor entendimento acerca da mesma, quais sejam, a análise do órgão ABS *Clearing-House* (1.3.1), a obrigação de adaptar as legislações nacionais à rede internacional (1.3.2), Os *Checkpoints*. (1.3.3).

1.3.1. Análise do órgão ABS *Clearing-House*

A ABS *Clearing-House*, ainda que instituída pelo Protocolo, foi prevista pelos itens (2) e (3) do Artigo 18 da Convenção sobre Biodiversidade – CBD⁴¹ para promover e facilitar cooperação técnica e específica entre os signatários. Dessa forma, o Protocolo de Nagoia tem importante função de dar continuidade àquilo que previu a CDB, sendo a ABS *Clearing-House* claro desdobramento desta continuidade.

A aplicação e implementação deste instituto, no entanto, não tem conseguido alcançar agilidade e rapidez que demanda o acesso aos recursos da biodiversidade, muito devido à própria demora dos signatários em se adaptar ao disposto no Protocolo, questão muito discutida em reuniões posteriores à entrada do Protocolo em vigor que, no entanto, ainda não se vê resolvida.

Entende-se ser a ABS *Clearing-House* a mais importante adição do Protocolo e a mais necessária para seu cumprimento por consistir em órgão fiscalizador e dispensor de informações, criando maior segurança e transparência tanto a usuários como a provedores de biodiversidade no mundo.

⁴¹ Conforme texto da CDB: “Artigo 18:

(...)

2. Cada Parte Contratante deve, ao implementar esta Convenção, promover a cooperação técnica e científica com outras Partes Contratantes, em particular países em desenvolvimento, por meio, entre outros, da elaboração e implementação de políticas nacionais. Ao promover essa cooperação, deve ser dada especial atenção ao desenvolvimento e fortalecimento dos meios nacionais mediante a capacitação de recursos humanos e fortalecimento institucional.

3. A Conferência das Partes, em sua primeira sessão, deve determinar a forma de estabelecer um mecanismo de intermediação para promover e facilitar a cooperação técnica e científica”.

Portanto, será realizada análise da tarefa central do órgão, seguida das obrigações das Partes para com o Órgão e as formas de classificação de informação a ser feita.

Primeiramente, cabe ressaltar a tarefa central da *ABS Clearing-House*, qual seja, o intercâmbio de informações relacionadas a acesso e repartição de benefícios. Procura-se garantir a disponibilidade e o acesso a informações relevantes sobre acesso e repartição de benefícios tanto a potenciais usuários quanto a comunidades tradicionais detentoras de conhecimento tradicional associado e a provedores de material genético⁴².

O sistema de informações, de acordo com o Protocolo, seria retroalimentado, primariamente, pelos próprios países signatários enquanto que a *ABS Clearing-House* proveria o acesso à dita informação. Tais dados, infelizmente, ainda não estão sistematizados, devendo ser colocados em operação juntamente com o Órgão.

A *ABS Clearing-House*, dessa forma, se torna plataforma de informação essencial tanto ao fornecimento de informações aos signatários quanto à própria *ABS Clearing-House*, de modo a realizar avaliações sobre a eficácia do mecanismo e das relações por ele monitoradas (tanto entre Estados, Estados e a *ABS Clearing-House*, provedores e usuários, Estados e usuários e quaisquer outras relações que transpareçam nos registros).⁴³

Quanto às obrigações das partes, é exigido o fornecimento de informações que comprovem as obrigações e medidas exigidas dos usuários para realizar o acesso e a repartição de benefícios, seja disponibilizada a informação adquirida ou coletada nos *checkpoints*, informações relevantes quanto a comunidades tradicionais, quanto à fonte do material genético, quanto às condições e a forma em que se estabeleceram termos mutuamente acordados e quanto à utilização dos recursos genéticos, o fornecimento de informações relativas aos Certificados de Conformidade expedidos pelo país e o fornecimento de informações sobre o desenvolvimento de iniciativas e de capacitações relativas ao protocolo, de forma a promover e coordenar estas mesmas direcionadas ao acesso e repartição de benefícios⁴⁴.

⁴² GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing", p. 151.

⁴³ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing", p. 151.

⁴⁴ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Since the list provided under Paragraph 2 is not exhaustive, and as the paragraph also states that "any information

Especificamente por força do Artigo 14⁴⁵, são obrigações dos países signatários, também, adotar medidas legislativas, administrativas e de políticas públicas sobre acesso e repartição de benefícios, indicar ponto centralizador e autoridades nacionais, conceder autorizações ou equivalentes de modo a comprovar a ocorrência de consulta prévia e informada em conjunto com cláusulas mutuamente acordadas e disponibilizar, se requisitado e/ou apropriado, informações relevantes relativas a autoridades competentes de comunidades tradicionais, cláusulas contratuais modelo, métodos e ferramentas desenvolvidas para monitorar recursos genéticos e códigos de conduta e melhores práticas aceitas⁴⁶.

As informações em poder da *ABS Clearing-House* são classificadas, segundo a convenção, em duas categorias, registros nacionais e registros referenciais. Os registros nacionais somente podem ser feitos por Estados signatários ou, ainda que não signatários, relevantes à implementação do protocolo, constando todas as informações já descritas e, adicionalmente, quaisquer informações que decidir por necessárias a *ABS Clearing-House*. Os registros referenciais, por outro lado, podem ser publicados por qualquer um

required by this Protocol” shall be made available to the ABS CH, the following information can likewise be derived from other provisions of the Protocol:

f users’ obligations and measures for access to and benefit-sharing from utilization of traditional knowledge associated with genetic resources (see Article 12(2));

f information collected or received at checkpoints, such as on designated checkpoints; relevant information related to PIC; relevant information related to the source of the genetic resource; relevant information related to the establishment of MAT; and relevant information related to the utilization of genetic resources (see Article 17(1)(a)(i) and (iii));

f where available, information from internationally recognized certificates of compliance, without prejudice to the protection of confidential information (see Article 17(2)); and

f information on capacity-building and development initiatives with a view to promoting synergy and coordination on capacity-building and development for ABS (see Article 22(6)).”

⁴⁵ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

⁴⁶ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “Article 14 plays an equally important role as it establishes an ABS Clearing-House as part of the clearing-house mechanism under Article 18(3) of the CBD.²⁶ The ABS CH shall serve as a means for sharing ABS information that is relevant for implementation of the Protocol and made available by each Party. Furthermore, it will improve the connection between providers and users of genetic resources.

According to Article 14(2), each Party has the obligation to submit the following information to the ABS CH:

f legislative, administrative, and policy measures on ABS;

f national focal point and competent national authorities; and

f permits or their equivalent as evidence for PIC and MAT.

Article 14(3) provides a list of additional information that may be submitted by the Parties, if available and as appropriate:

f relevant competent authorities of ILCs;

f model contractual clauses;

f methods and tools developed to monitor genetic resources; and

f codes of conduct and best practices.”

com registro na Convenção sobre Biodiversidade, podendo consistir em documentos, literatura sobre acesso e repartição de benefício, materiais sobre capacitação e treinamentos e outros documentos, todos publicados no banco de dados da *ABS Clearing-House* somente após aprovação do Secretariado da Convenção sobre Biodiversidade. Nas palavras da Convenção:

A informação publicada na *ABS Clearing-House* é classificada em duas diferentes categorias: registros nacionais e registros para referência. Somente países podem publicar registros nacionais na *ABS Clearing-House*. Registros nacionais são informações nacionais publicadas pelas Partes e não-Partes que sejam relevantes à implementação do Protocolo, incluindo informações que as Partes são obrigadas a prover de acordo com o Protocolo. Isso inclui informação sobre medidas de Acesso e Repartição de Benefícios, informações para contato de autoridades nacionais e informação sobre permissões e seus equivalentes constituindo certificados internacionais de conformidade. Para garantir a veracidade dessa informação, o registro e publicação de registros nacionais é restrita às autoridades oficialmente designadas para realizar publicações oficialmente por Partes e não-Partes. A autoridade responsável pela publicação pode preparar minuta de registros e publicá-los diretamente, ou designar uma ou mais usuários nacionais autorizados a assisti-la a preparar minutas de registros para publicação na *ABS Clearing-House*. (...)

Qualquer um com conta na CDB pode publicar registros para referência. Registros para referência podem incluir atas de reunião, comunicados, literatura sobre Acesso e Repartição de Benefícios, como também materiais para treinamento e capacitação. Entretanto, o Secretariado da CDB verificará tais registros antes de sua publicação.⁴⁷

A *ABS Clearing-House*, assim, serve também como centro facilitador do cumprimento do Protocolo em consonância com os regimes de Acesso e Repartição de Benefícios dos países signatários.

⁴⁷ Convention on Biological Diversity. “The ABS Clearing-House”. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/theabsch.shtml>>. Tradução Livre: “The information published on the ABS Clearing-House is classified in two different categories: national records and reference records.

Only countries can publish national records in the ABS Clearing-House. National records are national information published by Parties and non-Parties which is relevant for the implementation of the Protocol, including information Parties are obliged to provide in accordance with the Protocol. It includes information on ABS measures, contact information of national authorities and information on permits and their equivalent constituting internationally recognized certificates of compliance. To ensure the reliability of that information, the registration and publication of national records is restricted to publishing authorities officially designated by Parties and non-Parties. The publishing authority can prepare draft records and publish them directly, or can designate one or more national authorized users to assist them in preparing draft records for their publication in the ABS-CH. (...)

Anyone with a CBD account can publish reference records. Reference records may include meeting documents, communications, literature about ABS, as well as training and capacity building materials. However, the Secretariat of the CBD verifies these records before publication.”

1.3.2. A obrigação de adaptar as legislações domésticas à Rede Internacional.

O Protocolo, como já apontado, requer em seu Artigo 15 que os países signatários realizem mudanças em suas legislações de modo a se compatibilizarem com as regras estabelecidas. Ainda que tal aplicação seja extremamente desafiadora e importe em impedimento à implantação de todas as resoluções adotadas pelo Protocolo a curto prazo, tal medida alcança o objetivo primário de manter coerência e uniformidade no tratamento de acesso a recursos genéticos e conhecimento tradicional associado ao mesmo tempo em que respeita as diferenças culturais e políticas entre os signatários, provendo-os com requerimentos mínimos chave a serem inseridos em ditas legislações, com várias disposições alternativas para conceitos menos centrais ao protocolo.

Apesar de aparente abertura instaurada ao apenas inserir requerimentos mínimos ao revés de disposições imperativas (de *hard law*), vale reafirmar que o cumprimento do protocolo se relaciona intimamente com os conceitos qualificadores estipulados pelo item (1) do Artigo 15⁴⁸, qual sejam, que todas as medidas adotadas sejam “apropriadas”, “efetivas” e “proporcionais” ao ensejado pelo Protocolo.

Uma compreensão compatível com o direito internacional, segundo levantamento e análise realizada pela IUCN em seu documento, compreende “apropriadas” como um estabelecimento de “dever de ser diligente”. No direito internacional, o Princípio é conhecido como *Due Dilligence*, sendo descrito por Maria Flemme, mestre pela Universidade de Lund, da seguinte forma:

O grau de diligência que um Estado deve observar depende naturalmente na circunstância de cada caso. As práticas estatais, entretanto, mostram alguns poucos indicadores sobre o que o Estado deve considerar. O grau de efetividade no controle estatal sobre seu território, a significância dos interesses a serem protegidos e a previsibilidade do dano são exemplos de tais fatores. Também existem diferenças na diligência dos padrões de comportamento nas várias áreas descritas acima [quais sejam: ambiental, meio ambiente marítimo, direito diplomático, tratamento de estrangeiros e terrorismo]. Em muitos casos, é suficiente que o Estado se comporte de forma civilizada, mas em algumas áreas, esforço bom ou excelente é necessário. O dever de ser diligente é algumas vezes medido em padrões mais técnicos e científicos, por exemplo quanto a atividades poluidoras industriais. Digno notar que os Estados devem exercer o dever de ser diligente em todas as situações e não podem portanto criar desculpas ao não cumprimento de suas obrigações, a menos que o dano não pudesse ser evitado de qualquer forma.⁴⁹

⁴⁸ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

⁴⁹ FLEMMER, Maria. "Due Diligence in International Law". Tese de Mestrado. University of Lund's Faculty of Law: Lund, 2004. p. 41-42. Disponível em

No caso do Protocolo, a interpretação da adoção de medidas “apropriadas” como uma forma de cumprimento da diligência devida seriam medidas estabelecidas em respeito ao Consentimento Prévio Informado (conforme estabelecido tanto pelo Protocolo de Nagoia quanto pela Convenção Sobre Biodiversidade e pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT) e garantidoras de ocorrência de Cláusulas Mutuamente Acordadas.

A presença dessas cláusulas mutuamente acordadas e do consentimento prévio informado, por sua vez, implica na existência de negociação entre o País signatário ou Comunidade Tradicional e o utilizador com objetivo de conceder acesso ao recurso genético ou conhecimento tradicional associado, levando a um acordo de pesquisa ou contrato⁵⁰, levando em consideração a realidade do país onde se aplicam as regras.

Ao final, os Signatários deveriam “evitar estabelecer sistemas complicados que poderiam se tornar burocráticos demais”⁵¹. Appropriadas, portanto, são as medidas suficientes para garantir todas as medidas criadas pelo Protocolo sem, no entanto, tornar o processo de acesso confuso ou mais longo do que o estritamente necessário.

<<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1557482&fileId=1564336>>.

Tradução Livre: “The degree of diligence that a State must observe depends naturally on the circumstances in each case. State practice has, however, shown a few indications on what the State should consider. The degree of effectiveness of the State’s control over its territory, the significance of the interests to be protected and the predictability of harm are examples of such factors. There are also differences in the diligence of the standards of behaviour in the various areas described above. In many cases, it is enough if the State behaves in a civilized way, but in some areas, a good or outstanding effort is needed. Due diligence is sometimes also measured in more technical and scientific standards of behaviour, for example regarding polluting industrial activities. Noteworthy is that States should exercise due diligence in every situation and can therefore not make excuses for not fulfilling its obligation, unless harm could not have been avoided in any way.”

⁵⁰ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “MAT imply a negotiation between the Party granting access to genetic resources and an entity aiming to use those resources, such as an individual, a company, or an institution. In the case of a successful negotiation, this will lead to an access agreement (sometimes called a material transfer agreement, research agreement, or contract)”

⁵¹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “Nonetheless, it is important to note that the obligation to take “appropriate” measures has been understood in another international treaty context to imply a duty of due diligence (Mckenzie et al., 2003, p. 117). In the case of the Nagoya Protocol, it requires each Party to take the necessary legal, administrative, or policy measures to provide that genetic resources used within its jurisdiction have been accessed in accordance with PIC (in case PIC is required by the providing country) and that MAT have been established. At the same time, measures should also fit with the legal, political, social, and economic situation of the country in which they are implemented. This means that a Party should consider avoiding setting up complicated systems that could end up being too bureaucratic.”

“Efetivas”, por sua vez, de acordo com a IUCN, seriam medidas com potencial para atingir o que busca o protocolo – a observação pelos usuários, antes de acessar recursos genéticos, de obter consentimento prévio e informado e cláusulas mutuamente acordadas de provedores –, com sanções previstas que sejam reais e plenamente aplicáveis caso não sejam seguidas as medidas necessárias, exigindo cumprimento empírico de quaisquer medidas previstas pelo protocolo em quaisquer níveis de aplicação (doméstico, privado, público, internacional, entre outros)⁵².

Por fim, medidas “proporcionais” ainda não têm significado estabelecido, ante seu primeiro aparecimento ter se dado no Protocolo de Nagoia. Entende, no entanto, a IUCN, que devem as medidas buscar não se tornarem extremamente gravosas a uma das partes, ou seja, que correspondam à natureza e intensidade do que precisa ser alcançado, tão somente⁵³.

Proporcionais seriam, portanto, as medidas que distribuem ônus entre as partes que realizam ou provêm acesso à biodiversidade respeitando as capacidades de cada uma, não sobrecarregando uma parte de forma desnecessária, contanto que as medidas adotadas cumpram com o que se objetiva pelo Protocolo.

Ainda que extremamente razoáveis, importante destacar, como se fará claro pelo Capítulo 2 deste trabalho, que o Brasil não tem sua legislação adaptada ao Protocolo, não importando a ótica utilizada para realizar esta análise. Mesmo que seja flexível quanto aos meios de sua aplicação, o Protocolo ainda requer o cumprimento material de suas obrigações, o que não ocorre com a legislação brasileira.

⁵² GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "As to the term "effective", it can be taken in its usual sense – that is to say, something having the desired effect. In this context, that would mean measures that have the potential to be successful in achieving what is intended: that before accessing genetic resources the user will observe the provisions on PIC and MAT of a provider. "Effective" can also be understood as linked to possible sanctions if the measures are not complied with. In the same manner, the term implies that the measures need to have a certain level of deterrence."

⁵³ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "The concept of "proportionate" appears here for the first time in the Nagoya Protocol. As with the qualifiers just discussed, it is up to each Party individually to determine what constitutes a proportionate measure. From the standard meaning of the word it is clear that negotiators were aiming at a measure that would be sufficient and would not be unnecessarily burdensome – that is, which corresponds in nature and degree with what needs to be achieved. In this case, keeping in mind that the Protocol gives maximum flexibility to the Parties, determination of whether the measure is proportionate or not can only be made on a case-by-case basis."

1.3.3. Os *Checkpoints*.

Os *Checkpoints* têm a função de “coletar ou receber informação relacionada ao consentimento prévio informado, à fonte dos recursos genéticos, ao estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e à utilização de recursos genéticos (coleta ativa)”⁵⁴, além, como já apresentado, a função de disponibilizar a informação coletada e concentrada sob competência de autoridade competente previamente designada, obrigatoriamente realizado de forma a poder se visualizar a cadeia de utilização completa.

Faz parte da Rede de Rastreabilidade aparelhada pelo Artigo 17 do Protocolo⁵⁵, que busca efetivar as obrigações assumidas, criando uma lista de ferramentas de rastreabilidade (obrigatória, mas não exaustiva, vale dizer) a serem usadas.

Estas ferramentas têm caráter complementar, buscando garantir a realização da legislação sobre acesso e repartição de benefícios de acordo com o Protocolo, mediante a obtenção de consentimento prévio e informado e o firmamento de cláusulas mutuamente acordadas e outras medidas necessárias⁵⁶, sendo elas os *Checkpoints* e os Certificados de Conformidade. Estes últimos, no entanto, serão analisados em tópico separado subsequente, frente a sua importância para análise aqui realizada.

A primeira das ferramentas são pontos de controle especificamente designados pelos países signatários definidos pelo Artigo 17 *caput* e (1), chamados *Checkpoints*. Cada signatário tem o dever de designar, no mínimo, um checkpoint, cuja finalidade é de “coletar ou receber, quando apropriado, informações relevantes”, apontando para a possibilidade de um checkpoint realizar apenas uma das funções – coletar ou receber – contanto que ambas funções sejam realizadas domesticamente pelos *checkpoints* no país.

⁵⁴ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “the role of a checkpoint is to collect or receive information related to PIC, the source of the genetic resources, the establishment of MAT, and the utilization of genetic resources (active collection);”

⁵⁵ Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

⁵⁶ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “The objective of Article 17 of the Nagoya Protocol is “to support compliance” as indicated at the beginning of Paragraph 1. There is no specification about whether the provision aims at supporting compliance with a specific provision of the Protocol, with prior informed consent (PIC) and mutually agreed terms (MAT), with the Protocol as a whole, or with domestic ABS legislation and regulatory requirements of the Parties. All these options were at some point on the table during the negotiations. From the explanations of Articles 15, 16, and 18, however, it can be concluded that Article 17 is of a complementary nature and aims at supporting compliance with domestic ABS legislation requiring PIC and the establishment of MAT as well as with user measures. Such understanding is supported by the fact that the internationally recognized certificate of compliance that is regulated in Article 17(2)-(4) serves all these functions.”

A previsão de coleta de informações “relevantes”, vale ressaltar, apenas busca garantir a pertinência temática dos documentos coletados, que estes se relacionem a elementos importantes à informação sobre acesso a recursos genéticos, conhecimento tradicional associado, consentimento prévio informado e termos mutuamente acordados⁵⁷.

Lógica a previsão de centralizar informações domesticamente pelos países. Qualquer informação e controle só pode ser realizada efetivamente se houver órgãos locais que garantam seu cumprimento, sendo os *Checkpoints* de grande importância para a garantia de execução do previsto pelo Protocolo.

Importante, também, a possibilidade de negar o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais realizados em desacordo com o Protocolo, de forma a exigir tacitamente o seu cumprimento a países não signatários bem como fiscalizar sua aplicação em países já signatários, uma vez que a produção e acesso relacionados à biodiversidade deverão se adaptar ao protocolo, sob pena de não serem comercializados.

Tal controle e fiscalização, infelizmente, ainda está em fase de implantação, de sorte que ainda não existem exemplos para serem analisados, ainda que se tenha com grande entusiasmo as medidas previstas.

1.4. A rastreabilidade no certificado do Protocolo de Nagoia

⁵⁷ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "Subparagraph (a)(i) is about the function of the designated checkpoints. The context and the history of the negotiations indicate that despite the use of the term “would”, the intention was not to deprive this provision of its binding nature and that the main function of designated checkpoints is to “collect or receive, as appropriate, relevant information”. The two verbs used (“collect or receive”) imply an active role as well as a passive role for the checkpoint. Parties are given the discretion to decide whether they favour one or the other, thanks to the addition of the formulation “as appropriate”. The use of the conjunction “or” instead of “and” should be read as implying that assigning both roles to the same checkpoint is an option, the minimum being that the Party does assign one or the other. However, nothing prevents a Party from implementing this more stringently by requiring both.

The information collected or received by the checkpoints has to be “relevant”. This qualification has its origin in the concerns of some negotiators that the obligation could entail an arbitrary capture of activity. The argument was also made that the intention was to avoid a situation where a checkpoint would be submerged by information that will have no relation whatsoever with the objective and scope of the Nagoya Protocol. Furthermore, a list is provided to indicate that the information has to be closely connected to the PIC procedure (for instance, whether and how it has been requested), the source of the genetic resources (the provenance of the sample of the genetic resources), the establishment of MAT (whether they have been established), and the utilization of genetic resources as defined in Article 2(c) (for instance, information that refers to the research and development phase)."

Os Certificados de Conformidade são previstos pelos itens de (2) a (4) do Artigo 17 do Protocolo de Nagoia⁵⁸, que esmerilham cautelosamente as funções e as obrigações relacionadas a este Certificado.

Primeiramente, os Certificados de Conformidade não configuram possibilidade de não emissão aos países signatários, ou seja, é obrigatória a sua criação, concessão, sistematização e controle, uma vez que seu objetivo não é apenas direcionado a constatar a regularidade de um usuário de recursos genéticos e/ou conhecimento tradicional associado (e, assim, elevando a possibilidade de circularização de sua pesquisa e de seus produtos com reconhecimento internacional), mas também à garantia de bom uso dos recursos genéticos e conhecimento tradicional associado, servindo de sinalizador ao cumprimento à legislação doméstica, aos preceitos e obrigações estabelecidos pelo Protocolo de Nagoia, Convenção de Biodiversidade, Convenção n.º 169 da OIT e demais certificados internacionais sobre o tema, além de sinalizar, como consequência, o implemento de realização do consentimento prévio informado, de estabelecimento de termos mutuamente acordados e de comprovação da repartição justa e equitativa de benefícios.

Os certificados são fundamentais, também, para a garantia de boas relações internacionais entre países pesquisadores e provedores do material genético, estando obrigados os signatários a reconhecer a conformidade do acesso com as leis tanto domésticas quanto, quando transposto o material para pesquisa em país diverso, com a legislação do país destinatário⁵⁹.

O certificado, ademais, não tem formato definido: O Protocolo exige a emissão de “certificado ou equivalente”, podendo tomar forma de permissões ou documentos diversos, estando os países obrigados, no entanto, a inserir informações chave em todo

⁵⁸ Segundo o Protocolo: “Article 17

2. A permit or its equivalent issued in accordance with Article 6, paragraph 3 (e) and made available to the Access and Benefit-sharing Clearing-House, shall constitute an internationally recognized certificate of compliance.

3. An internationally recognized certificate of compliance shall serve as evidence that the genetic resource which it covers has been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required”.

⁵⁹ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: “The provision partly mirrors language found in Article 15(1) of the Protocol, which indicates that users of genetic resources who can present an internationally recognized certificate of compliance have sufficient evidence that they accessed the resources in a manner that is in compliance with the ABS legislation or regulatory requirements of the Party that provided the genetic resources. Parties are therefore obliged to acknowledge that fact in their domestic ABS legislation or regulatory requirements.”

certificado, quais sejam: A autoridade emissora (com dados para contato), a data de emissão, o provedor, a identificação única do certificado, a pessoa ou entidade a quem o consentimento prévio e informado foi conferido, o recurso genético ou conhecimento tradicional associado objeto do certificado, a comprovação do estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, comprovação de obtenção de consentimento prévio informado e informação acerca da finalidade do uso do material – comercial ou não comercial..

A identificação única do certificado objetiva permitir buscas céleres no âmbito da ABS Clearing House, internacionalizando a busca de forma a facilitar qualquer pessoa habilitada a ter acesso sobre o teor do certificado a despeito de sua localização, contanto que se encontre em país signatário do Protocolo⁶⁰.

O detalhamento sobre a quem foi conferido o consentimento prévio e informado deve inserir, também, contatos e formas de interrogar os provedores a respeito daquela concessão, mais uma vez, para garantir a realização do consentimento prévio informado.

Também necessárias provas da realização do estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e de obtenção de consentimento prévio informado, conforme estabelecido nos moldes do Protocolo, de forma a reiterar o cumprimento e rastreabilidade dos recusos genéticos e conhecimentos tradicionais associados utilizados.

O Certificado, também, é requisito de apresentação nos *Checkpoints*, como forma de comprovar a realização do acesso e repartição de benefícios nos conformes, além de servir como ponto de rastreio de material genético e conhecimento tradicional associado utilizados em pesquisas e comercializações mundiais. Dessa forma, depreende-se a impossibilidade de, dentro de um país signatário do Protocolo, ser realizada pesquisa em tais materiais sem respeitar o estabelecido no Protocolo de Nagoia.

Este, portanto, é ponto sensível e essencial à compreensão entre as diferenças entre o Certificado aqui previsto e aquele consoante à Legislação Brasileira. Ao passo em que esta diferença se tornará evidente em item próprio no início do Capítulo 2 deste trabalho, note-se o Certificado do Protocolo de Nagoia estar inserido obrigatoriamente à jurisdição

⁶⁰ GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing". Ideia geral presente em: "The intention of providing a unique identifier for each permit or its equivalent as referred to in Subparagraph 4(d) is to facilitate searches. The format of such an identifier has not been determined. Amongst the options discussed for this was the development of guidelines for governments at the time of issuing the permit or for the ABS CH at the time of submission, in order to generate the unique identifier. The combination of a government-issued identifier and a reference code issued by the ABS CH at the time it received the information was also mentioned."

da *ABS Clearing-House* e às disposições do próprio Protocolo, o que não ocorre com a regulação brasileira.

1.5. O Protocolo de Nagoia e a crítica da perda da posição de frente do Brasil

O Brasil sempre esteve à frente da regulamentação dos Recursos Genéticos não por mera conveniência, mas sim por ser o alvo maior da biopirataria global.

Apenas para ilustrar seus argumentos, Samia Roges Jordy Barbieri em seu livro cita onze diferentes casos⁶¹, dentre eles o patenteamento da Castanha do Pará e da Ayahuasca nos EUA; patenteamento do Cupuaçu no Japão, onde ainda hoje é comercializado; patenteamento do Açaí na União Europeia; patenteamento da Copaíba na França, entre tantos outros.

Exatamente por não existir regulamentação internacional, o Brasil encabeçou movimento pela criação de um tratado tal qual o Protocolo, na tentativa de abandonar a posição de refém da biopirataria.

Faz-se, assim, pequeno aparte para explorar os pormenores e a importância da Biopirataria (1.5.1) para o tema em tela permitindo, em seguida, analisar as posições brasileiras (1.5.2).

1.5.1. Considerações sobre a Biopirataria e seus efeitos no Brasil

A Biopirataria é definida por Barbieri da seguinte maneira:

O ato de 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 a 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 transferidos.⁶²

⁶¹ BARBIERI, Samia Roges Jordy. "Biopirataria e povos indígenas". São Paulo: Almedina, 2014. p. 150-163.

⁶² BARBIERI, Samia Roges Jordy. "Biopirataria e povos indígenas". São Paulo: Almedina, 2014, p. 143.

A biopirataria, no Brasil, movimentou 100 milhões de dólares em 2007, sendo indústria cujos resultados, ainda que ilegais, apresentam-se como lucrativos, e a esparsa fiscalização corrobora sua prática ainda mais.

Mais ainda, os efeitos da bioprospecção desenfreada são identificados como responsáveis pela extinção de espécies inteiras. Como aponta Ikechi Mgbeoji, existem casos como o da produção de Taxol, droga anticancerígena, onde para a produção de um quilo da substância é necessária a extração de 2.500 a 4.000 cascas de Teixo do Pacífico⁶³. A alta consumação dos produtos, também, geram alta demanda e consequente valorização dos insumos, sendo este processo apontado como responsável pela extinção da Vinca-de-Madagascar da natureza.

Além disso, são apontados os nocivos efeitos do agronegócio à biodiversidade, onde monoculturas avançam sobre gigantescas áreas, erradicando sua biodiversidade em prol de uma única cepa de indivíduos, sendo responsável pela extinção de várias espécies.

Tendo em vista cenário autodestrutivo e completamente desregulado, tanto Barbieri quanto Mgbeoji buscam em suas obras a criação de leis específicas diferentes daquelas hoje apresentadas, buscando “regime jurídico *sui generis*”, destinado a proteger “os conhecimentos tradicionais associados, respeitando os princípios do pluralismo jurídico, multiculturalismo, identidade cultural, direito à alteridade e à diferença, e, principalmente, na diversidade cultural, traço característico de sua cultura, criando um regime jurídico que proporcione a segurança jurídica, a sustentabilidade, a inclusão social, na busca da sócio e etnossustentabilidade dos habitantes originários, como um direito humano, inalienável, imprescritível e irrenunciável”⁶⁴.

Importante também notar que, quando da primeira regulamentação da matéria, a Medida Provisória 2.186/01 se juntou a seletos grupo de menos de dez países, à época, que contavam com legislação semelhante.

A busca, portanto, era de barrar os efeitos nocivos da biopirataria na construção de condições mais favoráveis às comunidades tradicionais, oposto do instrumento jurídico de fato institucionalizado pela Lei n.º 13.123/2015, que excluiu parte de comunidades da repartição de benefícios e apresentou afronta à justa e equitativa repartição de benefícios.

⁶³ MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 72.

⁶⁴ BARBIERI, Samia Roges Jordy. "Biopirataria e povos indígenas". São Paulo: Almedina, 2014, p. 200.

1.5.2. As posições do Brasil nas Convenções sobre a Biodiversidade

Quando as discussões acerca do Protocolo de Nagoia aproximavam de seu ápice, em 2008, a visão do Brasil nas conferências se apresentava reiteradamente pela garantia do consentimento prévio informado e pela garantia de direitos das populações indígenas, conforme registrado pelas convenções:

Iniciativa Taxonômica Global: (...) BRASIL enfatizou a necessidade de identificar conhecimentos indígenas taxonômicos em concordância com legislações nacionais e consentimento prévio informado.⁶⁵

(...) COLOMBIA, BRASIL e a UE apoiaram manter referências ao Consentimento Prévio Informado (CPI) de comunidades locais e indígenas.⁶⁶

Não somente isso, mas também intercedeu o país pela inserção de uma série de medidas e dispositivos hoje presentes no Protocolo, como o regramento dos incentivos concedidos aos usuários de recursos genéticos, tal qual a não valoração da construção de capacidades e dos incentivos concedidos, apenas determinando a sua apropriação às circunstâncias nacionais.

Também se posicionou pela inserção das Comunidades Tradicionais ao Grupo de Trabalho de Acesso e Repartição de Benefícios da Convenção e também pela participação destas em todas as etapas de acesso, pesquisa e repartição de benefícios⁶⁷.

Como se verá no capítulo seguinte, este posicionamento, hoje, torna-se extremamente irônico, uma vez que a Legislação brasileira não respeita o conhecimento prévio informado nem a inclusão apropriada das comunidades pelos modelos internacionalmente reconhecidos.

⁶⁵ Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 N.º 443. 2008. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/cop9/>>. Tradução Livre: “GTI: (...) BRAZIL emphasized the need to identify indigenous taxonomic knowledge in compliance with national laws and prior informed consent.”

⁶⁶ Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 N.º 443. 2008. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/cop9/>>. Tradução Livre: “(...) COLOMBIA, BRAZIL and the EU supported retaining references to prior informed consent (PIC) of indigenous and local communities.”

⁶⁷ Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 N.º 443. 2008. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/cop9/>>. Ideia geral presente em: “INCENTIVE MEASURES: (...) BRAZIL emphasized: consideration of perverse incentives; building capacity for biodiversity valuation; and incentive measures appropriate to national circumstances.

(...)

ARTICLE 8(J): Delegates considered the report of the Article 8(j) Working Group (UNEP/CBD/COP/9/7). Many supported full and effective participation of indigenous and local communities, including in the ABS Working Group; and mainstreaming Article 8(j) into all CBD work programmes. Most delegates affirmed their commitment to continue the Article 8(j) Working Group.”

Ironia, também, ter partido de iniciativa brasileira em conjunto com outros cinco países a criação da ABS Clearing House⁶⁸ – órgão detentor de poder de impedir a realização de pesquisas internacionais sobre o Brasil, uma vez que não signatário do Protocolo e com legislação contrária ao Protocolo.

A mudança de posição do Brasil quanto ao Protocolo se deu de forma gradual, ainda que em curto espaço de tempo, mas culminou na Conferência de 2015, onde o Brasil ali identificado era irreconhecível do Brasil de sete anos antes. Onde antes se encontrava ferrenho facilitador e defensor da entrada em vigor do Protocolo com posição mais garantista possível, agora estava presente o exato oposto.

O País chegou a se posicionar contra a monitoração e realização de relatórios pela Convenção, em prol da “soberania nacional”, bem como se opôs à ligação intrínseca entre saúde e biodiversidade, criticando até mesmo publicação da Organização Mundial da Saúde sobre o tema.

Chegou a tentar transformar a medida – que buscava garantir melhores condições à saúde humana se utilizando da biodiversidade e vice e versa – de recomendada para apenas “digna de notas”, além de tentar incluir circunstâncias locais aos padrões ali propostos, defendendo mudanças para que pudesse continuar a utilizar elevadas quantidades de pesticidas através da troca do preposto “uso excessivo, desnecessário e rotineiro de pesticidas” por “uso inadequado”, tentando excluir também a disposição que determinava a utilização de “infraestrutura verde” para a produção de alimentos e outras importantes definições para o conceito de geo engenharia.⁶⁹

⁶⁸ Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 No. 551. 2011. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/icnp1/>>. Ideia geral presente em: “Phased development: Mexico, Cuba, Brazil, Argentina, Switzerland and Indonesia supported the proposed phased approach to the development of a clearinghouse, with a pilot phase to begin as soon as possible after ICNP1.”

⁶⁹ Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 No. 663. 2015. Disponível em: <<http://www.iisd.ca/biodiv/icnp1/>>. Ideia geral presente em: “Brazil expressed concern about collaboration between the CBD and Future Earth, noting that monitoring and reporting need to respect national sovereignty.

(...)

Brazil cautioned against exaggerated health-biodiversity linkages, lamented the broad nature of proposed guidance, and requested a peer review of the joint World Health Organization (WHO)/CBD publication, “Connecting Global Priorities: Biodiversity and Human Health, a State of Knowledge Review.”

Argentina and Brazil suggested “taking note,” rather than “welcoming,” the State of Knowledge Review. Brazil further proposed to “invite parties to consider using” the Review, rather than to encourage parties to make use of it.

On a list of activities related to biodiversity and health, Brazil suggested to invite, rather than encourage, parties to carry them out “as appropriate and taking into account national circumstances.” On language identifying opportunities benefitting biodiversity and human health, Brazil and Argentina proposed substituting “sustainable consumption choices” with “sustainable production and consumption patterns.”

On an annex elaborating on specific topics to promote the understanding of health and biodiversity linkages, Argentina, supported by Brazil and opposed by the EU and Norway, proposed to delete guidance for each topic. Chair Bignell suggested, and delegates agreed, to clarify that the annexed guidance is voluntary.

O Brasil, dessa forma, deixou de ser um dos maiores advogados pela garantia e segurança da biodiversidade mundial, tornando-se, quando muito, coadjuvante no sistema internacional. Tal perda de posição fere construção secular do país pela garantia de sua megabiodiversidade e suas relações com outros países biodiversos do mundo (eixo Sul-Sul), resultando no regresso do país à posição indefesa contra prospecções ilegais, com a diferença que, agora, tais prospecções têm aval do Estado Brasileiro para que continuem suas operações (ainda que desaprovadas pela Comunidade Internacional). Tal retrocesso, infelizmente, tem tendência de se aprofundar, inclusive com tentativas – como o Projeto de Decreto n.º 1471/2014 – de revogar a adesão do Brasil à Convenção 169 da OIT, pilar essencial à conservação da Biodiversidade em poder das Comunidades Indígenas.

Este cenário teve seu último episódio em maio de 2016, com a sanção do Decreto 8.772/2016, que regulamentou a Lei de Acesso à Biodiversidade (Lei 13.123/2015), completando o ordenamento jurídico brasileiro como completamente avesso aos direitos estabelecidos tanto pela supracitada Convenção 169 da OIT como à Convenção da ONU sobre Biodiversidade e ao Protocolo de Nagoia, como passa a se demonstrar.

Brazil then requested reference to: “inappropriate,” rather than “reduced,” use of pesticides; “inappropriate use,” rather than “overuse and unnecessary routine use,” of antibiotics; and “healthy, nutritious and diversified diets,” rather than “sustainable diets.” She also requested deletion of reference to “green infrastructure” regarding the role of terrestrial and inland water ecosystems. The EU and Timor Leste opposed. Ethiopia, Argentina and Uruguay cautioned against opening up the annex to negotiation. Delegates eventually agreed to approve the annex, without amendments, as “information” rather than as “guidance.”

(...)

Brazil noted that bioenergy production and reforestation should not be considered geoengineering, emphasizing the need to respect the UNFCCC mandate.”

Capítulo 2.

Análise crítica da fraca proteção jurídica nacional e sua desconexão com a Regulamentação Internacional

Passamos, agora, à análise acerca da Certificação e Legislação Brasileira, comparando-a àquela do Protocolo de Nagoia, examinado no item anterior. Conforme se demonstrará, a legislação brasileira não cumpre com os requisitos do Protocolo de Nagoia, não podendo ser inserida sob a jurisdição da *ABS Clearing-House* ou do Protocolo.

Para tanto, primeiro se verifica as diferenças e similaridades entre os certificados analisados (2.1), para posteriormente se tratar da obtenção da Patente sobre Conhecimentos Tradicionais X Certificado de Boa-Fé no Acesso a Recursos Genéticos (2.2) e encerrar com proposições de política pública para a melhoria do uso dos Certificados relativos ao Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais no Brasil (2.3).

2.1 Diferenças e similaridades entre os Certificados analisados

Para compreender como opera a Legislação Brasileira de acesso à Biodiversidade e seu Certificado, será feita análise e comparação da mesma com o Protocolo de Nagoia sobre os seguintes elementos: Aspectos Gerais (2.1.1), os Certificados como Instrumentos de Regulação (2.1.2), a exclusão a priori dos “conhecimentos tradicionais de origem não identificável” da necessidade de obtenção de consentimento prévio informado (2.1.3), a exclusão do “Produto Intermediário” do rol de materiais genéticos e conhecimentos tradicionais sujeitos à repartição de benefícios (2.1.4), a limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios a um por cento da receita líquida resultante da comercialização do produto (2.1.5), a dupla limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios quando houver mais de uma comunidade provedora de materiais genéticos e conhecimento tradicional associado (2.1.6), a exclusão da modalidade da repartição de benefícios da negociação (2.1.7), a possibilidade de obtenção de consentimento prévio informado sem consultar adequadamente as comunidades tradicionais detentoras do conhecimento (2.1.8), a exclusão das Sementes Crioulas da exigência de obtenção de consentimento prévio informado (2.1.9), Necessidade de Cadastro apenas para a remessa, patente, divulgação ou comercialização dos produtos (2.1.10), Absoluta ausência de

controle sobre a obtenção de consentimento prévio informado para realizar pesquisa e comercialização de produtos intermediários (2.1.11), Generalidade abstrata dos mecanismos de Rastreabilidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro (2.1.12) e Conclusões acerca da similitude e diferença entre os Certificados (2.1.13).

2.1.1. Aspectos Gerais dos Certificados

Cabe aqui notar ponto importante: As similaridades entre os Certificados previstos pelo Protocolo de Nagoia e por Lei e Decreto de Acesso à Biodiversidade brasileiros se encerram em sua definição. A definição brasileira é feita de forma proposital a imitar a definição dada pelo Protocolo. Senão vejamos:

A definição do Certificado de Conformidade concedido por países signatários do Protocolo de Nagoia é definida, como já mencionado de passagem anteriormente, pelo Artigo 17 do Protocolo, itens (2) a (4), definido da seguinte maneira:

Artigo 17.

(...)

(2) [Será emitida] Uma permissão ou equivalente emitida em conformidade com o Artigo 6, parágrafo 3 (e) e disponibilizada à *Access and Benefit-Sharing Clearing-House* deverá constituir certificado de conformidade internacionalmente reconhecido.

(3) Certificado de conformidade internacionalmente reconhecido comprovará que o recurso por ele coberto foi acessado com consentimento prévio e informado e sob o estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, conforme requisitado pela legislação doméstica de acesso e repartição de benefícios ou dos requerimentos regulatórios da Parte, fornecendo consentimento prévio e informado.⁷⁰

Enquanto que o Certificado de Cumprimento, recentemente estabelecido pelo Decreto 8.772/2016, está previsto pelo Parágrafo Único do Artigo 4º deste decreto como função do CGen:

⁷⁰ Protocolo de Nagoia. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Tradução Livre: “Article 17.

(...)

2. A permit or its equivalent issued in accordance with Article 6, paragraph 3 (e) and made available to the Access and Benefit-sharing Clearing-House, shall constitute an internationally recognized certificate of compliance.

3. An internationally recognized certificate of compliance shall serve as evidence that the genetic resource which it covers has been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required by the domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the Party providing prior informed consent.”

Parágrafo único. O CGen poderá, a pedido do usuário, emitir certificado de cumprimento internacionalmente reconhecido que servirá como prova de que as atividades sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado foram realizadas conforme o disposto na Lei nº 13.123, de 2015, e neste Decreto.⁷¹

Não existe menção alguma – em Lei ou no Decreto – acerca deste certificado, à exceção do parágrafo mencionado. Dessa forma, não existem quaisquer definições ou conceitos legais sobre seu conteúdo, aplicação ou sequer razões que levariam ao “reconhecimento internacional” pretendido.

O legislador brasileiro aparenta simplesmente desejar se incluir na Rede de *ABS Clearing-House* e *Checkpoints* sem, entretanto, formalmente defini-la ou, mesmo, tentar passar despercebido como integrante do sistema, o que, como se verá, de forma alguma o pode ser, dada a atual legislação e regulamentação da Biodiversidade em vigor.

Detalhe importante estabelecido pelo Protocolo de Nagoia encontra-se na necessidade, para a concessão do Certificado, de cumprimento com o Artigo 6 do mesmo, que trata sobre o acesso aos Recursos Genéticos:

Artigo 6.

(1) No exercício de seus direitos soberanos sobre recursos nacionais e sujeitos à legislação doméstica de acesso e repartição de benefícios ou requerimentos regulatórios, o acesso a recursos genéticos para sua utilização **deverá se sujeitar à obtenção de consentimento prévio e informado pela Parte**, dado que tais recursos sejam originários do país ou que a Parte tenha adquirido tais recursos genéticos de acordo com a Convenção, excluindo disposição em contrário pela Parte.

(2) Em conjunto com a legislação doméstica, **cada Parte deverá tomar medidas, quando apropriadas, visando garantir a obtenção de consentimento prévio informado ou aprovação e garantir o envolvimento de comunidades locais e indígenas quando tiverem concedido o direito de acesso a tais recursos.**

(3) Almejando o disposto no parágrafo (1) acima, cada Parte, no concernente a consentimento prévio e informado, deverá adotar as medidas necessárias legislativas, administrativas ou de políticas públicas apropriadas para:

- (a) Garantir segurança jurídica, clareza e transparência à sua legislação ou requerimentos regulatórios domésticos de acesso e repartição de benefícios;
- (b) Garantir justas e não-arbitrárias regras e procedimentos sobre acesso de recursos genéticos;
- (c) Fornecer informação sobre como requisitar consentimento prévio informado.
- (d) Conceder clara e transparente decisão escrita por autoridade nacional competente, de maneira custo-eficiente e em período razoável de tempo;

⁷¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>.

(e) Garantir, quando do acesso, permissão ou equivalente como evidência de decisão consentida de forma prévia e informada e do estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, além de notificar a ABS Clearing House, de forma apropriada;

(f) Quando aplicável, e sujeito à legislação doméstica, estabelecer critérios e/ou procedimentos para obtenção de consentimento prévio e informado ou aprovação e envolvimento de comunidades locais e indígenas para acessar recursos genéticos; e

(g) Estabelecer regras e procedimentos claros para requerer e estabelecer cláusulas mutuamente acordadas. Tais termos deverão ser realizados por escrito e deverão incluir, nomeadamente:

(i) Cláusula de Resolução de Conflitos;

(ii) Termos de repartição de benefícios, incluindo questões relativas a direitos à propriedade intelectual;

(iii) Termos sobre uso subsequente de terceiros, se houver; e

(iv) Termos sobre desvio de finalidade, quando aplicáveis.⁷²

(grifos nossos)

À primeira vista, aparenta o certificado Brasileiro cumprir com os requisitos estabelecidos pelo Protocolo, usando até mesmo terminologia idêntica, buscando aprovação. Tal cumprimento, no entanto, não ocorre.

⁷² Protocolo de Nagoia. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Tradução Livre: “Article 17

1. In the exercise of sovereign rights over natural resources, and subject to domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements, access to genetic resources for their utilization shall be subject to the prior informed consent of the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention, unless otherwise determined by that Party.

2. In accordance with domestic law, each Party shall take measures, as appropriate, with the aim of ensuring that the prior informed consent or approval and involvement of indigenous and local communities is obtained for access to genetic resources where they have the established right to grant access to such resources.

3. Pursuant to paragraph 1 above, each Party requiring prior informed consent shall take the necessary legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to:

(a) Provide for legal certainty, clarity and transparency of their domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements;

(b) Provide for fair and non-arbitrary rules and procedures on accessing genetic resources;

(c) Provide information on how to apply for prior informed consent;

(d) Provide for a clear and transparent written decision by a competent national authority, in a cost-effective manner and within a reasonable period of time;

(e) Provide for the issuance at the time of access of a permit or its equivalent as evidence of the decision to grant prior informed consent and of the establishment of mutually agreed terms, and notify the Access and Benefitsharing Clearing-House accordingly;

(f) Where applicable, and subject to domestic legislation, set out criteria and/or processes for obtaining prior informed consent or approval and involvement of indigenous and local communities for access to genetic resources; and

(g) Establish clear rules and procedures for requiring and establishing mutually agreed terms. Such terms shall be set out in writing and may include, inter alia:

(i) A dispute settlement clause;

(ii) Terms on benefit-sharing, including in relation to intellectual property rights;

(iii) Terms on subsequent third-party use, if any; and

(iv) Terms on changes of intent, where applicable”

Já em primeiro plano, com a simples análise do artigo acima transcrito, identificam-se elementos centrais em quase todos dispositivos aos quais a legislação brasileira não dispôs ou, mesmo, dispôs em contrário, como se verá nos pontos seguintes.

2.1.2. Certificados como Instrumentos de Regulação

Frente a inerente natureza regulatória dos Certificados, é importante definir onde se encaixariam os instrumentos aqui tratados, diferenciando Instrumentos de Controle de Instrumentos de Mercado e, por fim, analisar a forma de Regulação Desconcentrada ou Regulação Concentrada utilizada para sua formação e às opções realizadas pela Regulação Operacional ou Regulação Normativa nos instrumentos em tela. Segue, para tanto, um estudo do certificado aqui em exame e os instrumentos de controle e de mercado (2.1.2.1) e a regulação operacional e regulação normativa (2.1.2.2).

2.1.2.1. Instrumentos de Controle e Instrumentos de Mercado

A diferenciação entre Regulação por Instrumentos de Controle e Instrumentos de Mercado se faz necessária por demonstrar o intuito buscado pela entidade Reguladora: Por um lado, se demonstra controle mais rígido, efetivo, sobre o bem regulado, ao passo em que por outro se cria ambiente próximo de corregulação, “intervenção normativa conjunta das autoridades públicas e dos destinatários privados, na qual cada uma das partes conserva um poder de veto na norma final”⁷³.

Instrumentos de Controle podem ser definidos conforme dimensão restritiva e coercitiva, dada pelo Professor Mário Teixeira de Mendonça Neto, qual seja:

Controle como função restritiva e coercitiva: Utilizada para coibir ou restringir certos tipos de desvio indesejáveis ou de comportamentos não aceitos pela comunidade. Nesse sentido, o controle assume um caráter negativo e restritivo, sendo muitas vezes interpretado como coerção, delimitação, inibição e manipulação. É o chamado controle social aplicado

⁷³ ROGER, Apolline. Corégulation et Politique climatique de l'Union Européenne. Le rôle des accords environnementaux. In: MALJEANDUBOIS, Sandrine; ROGER, Apolline. L'implication des entreprises dans les politiques climatiques: entre corégulation et autorégulation. France: CERIC, 2011. p.67. Tradução livre: “[...] la corégulation c’est une intervention normative conjointe des autorités publiques et des destinataires privés dans laquelle chacune des parties conserve un veto sur la norme finale”.

nas organizações e nas sociedades para inibir o individualismo e a liberdade das pessoas.⁷⁴

Por outro lado, a Organização *Millenium Ecosystem Acessment* define Instrumentos de Mercado como sendo aqueles que buscam “mudanças de tecnologia, comportamentais ou produtivas através de incentivos financeiros (seja por meio de subsídios, taxas, diferenciação de preços ou criação de mercado)”⁷⁵.

O Certificado de Conformidade emitido pelo Protocolo de Nagoia, portanto, é definido como Instrumento de Controle, uma vez que tem como objetivo o cumprimento coercitivo de suas disposições, sob penalidade de não comercialização de produtos em desacordo com seus padrões.

A Certificação de Cumprimento brasileira, por outro lado, aparenta pender para uma forma de regulação por Instrumento de Mercado. Não existe, na legislação, penalidade para a não emissão do Certificado aos usuários que assim optarem, bem como ausentes requisitos formais necessários à sua emissão, assemelhando o Certificado a uma Diferenciação de Preços e Criação de Mercado sobre produtos realizados em conformidade com a legislação brasileira.

Em relação ao acesso à biodiversidade, espanta escolha do Estado Brasileiro pela Regulamentação por Instrumento de Mercado. Como já exposto, o perfil de empresas de bioprospecção levanta, anualmente, lucros da ordem de dezenas de bilhões de dólares, sendo relegado a estes gigantes corporativos a decisão sobre a utilidade ou não de tal certificação – instrumento chave para garantia dos direitos das comunidades tradicionais pelo Protocolo de Nagoia e mero documento desconexo pela legislação brasileira.

Parece muito mais apropriada a escolha do Protocolo, criando penalidades e exigências reais à utilização dos Certificados, criando ambiente mais protetivo e menos sensível a quaisquer desvios que tentem se operar por meio dos usuários da biodiversidade.

2.1.2.2. Regulação Operacional e Regulação Normativa

⁷⁴ MENDONÇA NETO, Mário Teixeira de. “Fundamentos do Controle”. Macapá: Editora da UNIFAP. Disponível em < <http://www2.unifap.br/mariomendonca/files/2011/05/FUNDAMENTOS-DO-CONTROLE.pdf> >.

⁷⁵ *Millenium Ecosystem Acessment* Org. Disponível em: < <http://www.millenniumassessment.org/en/index.html> > Tradução livre: “Instruments of environmental policies in which a change in technology, behaviour or products is encouraged through financial incentives (either subsidies, taxes, price differentiation or market creation).”

Diferem, também, os Certificados analisados pela escolha entre realizar Regulação Operacional ou Regulação Normativa mais rígidas ou mais flexíveis em sua operação, ainda que ambos contenham, por trás, viés de Regulação Normativa.

Os conceitos de Regulação Operacional e Regulação Normativa são dados, mais uma vez, pelo Professor Marcio Iorio Aranha, da seguinte forma:

Regulação operacional ou diz respeito a afetar atividades à iniciativa privada ou ao Estado. É a referência ao plano físico-estrutural da regulação dos serviços. Pergunta-se: quem irá exercê-los? Responde-se pela opção quanto à regulação operacional dos serviços. Regulação operacional, portanto, é a intensidade com que o Estado avoca a si e a suas entidades a tarefa de acompanhar certas atividades.

Por outro lado, a regulação normativa diz respeito à ampliação ou à restrição das atividades alcançadas por regramento estatal direto.⁷⁶

Nota-se, portanto, opção pelo Protocolo de Nagoia não apenas em realizar regulação operacional estrita, por meio da *ABS Clearing-House*, mas também em criar regulação normativa sobre seu Certificado, com requisitos formais de conteúdo e inserção como requisito para a realização doméstica de acesso, pesquisa e comercialização de Biodiversidade.

O Brasil, por outro lado, novamente, deixa de exercer regulação normativa e, até mesmo, muito pouca regulação operacional sobre seu certificado, não havendo qualquer competência normativa ou operacional ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen sobre o controle destes certificados.

Mais uma vez, constata-se característica simplória no Certificado brasileiro, desconexo de qualquer contexto regulatório e apenas previsto sem muita cautela, o que, quando comparado ao trabalho realizado pelo Protocolo de Nagoia, torna-se risível, até mesmo pobre de conteúdo e de forma.

2.1.3. A exclusão *a priori* dos “conhecimentos tradicionais de origem não identificável” da necessidade de obtenção de consentimento prévio informado.

A Legislação Brasileira de Acesso à Biodiversidade cria uma série de idiosincrasias ao ser comparada com o Protocolo de Nagoia. A primeira a ser analisada será a exclusão dos conhecimentos tradicionais “de origem não identificável”, a começar

⁷⁶ ARANHA, Marcio Iorio. “Manual de Direito Regulatório – Fundamentos de Direito Regulatório”. 2ª ed. rev. amp. Coleford: Laccademia Publishing, 2014. p. 69. (Grifos no original)

por sua definição legal, passando aos argumentos que restaram por consolidá-la na legislação em conjunto com as tentativas infrutíferas de sua remoção e encerrando com a ofensa deste dispositivo a tratados internacionais, em especial à Convenção 169 da OIT.

Primeiramente, ao tratar sobre consentimento prévio informado, o Decreto 8.772 limita a necessidade de sua obtenção aos “conhecimentos tradicionais de origem identificável”, tendo a Lei 13.123/2015 definido tal instrumento como “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético”, em oposição ao “conhecimento tradicional associado de origem não identificável”, que seria “conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”, sendo que apenas ao primeiro estaria vinculada a necessidade de obtenção de consentimento prévio informado.

Tal instrumento justificou-se, à época, por tratar-se de ônus desmensurado àquele que acessa patrimônio genético a necessidade de identificar fonte de conhecimento difuso. Nas palavras do Deputado Alceu Moreira ao proferir seu relatório em plenário sobre o então Projeto de Lei 7735/2014, após seu retorno do Senado com várias emendas:

Com relação à Emenda nº 17, a emenda proposta no Senado determina a oitiva obrigatória de comunidades tradicionais e indígenas quando houver acesso ao conhecimento tradicional de origem não identificável.

Todavia, não há indicação clara de quem são os representantes de comunidades tradicionais - se considerarmos a grande quantidade de comunidades existentes hoje no território nacional -, o que poderá tornar o processo moroso e inexecutável na prática, não obstante haja menção da participação dos órgãos oficiais de representação" - do Governo.

É bom esclarecer que, no conselho, o Ministério da Justiça estará presente no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN e, portanto, terá toda a condição de indicar a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA ou quem ele quer que o represente nesse debate. Colocar toda e de maneira aleatória será a aprovação de uma lei que instigará a impraticabilidade porque não se saberá quem convocar.⁷⁷ (grifos nossos)

O Relator, no entanto, omite o real teor da Emenda aprovada pelo Senado Federal, qual seja:

⁷⁷ Discurso em Plenário do Relator do Projeto de Lei 7735/2014, Alceu Moreira. Disponível em: <<http://goo.gl/3bSOsQ>>.

§2º – O acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado, **observado o esgotamento de tentativas de obtenção, por escrito ou documentadas, de informação da origem do conhecimento tradicional associado** perante o CGEN ou em qualquer outro meio admissível, inclusive mecanismos de busca na Internet”.⁷⁸ (grifos nossos)

Existe, portanto, notável diferença entre o disposto na emenda e na justificativa do relatório vencedor: não se trata de buscar exaustivamente em todas comunidades tradicionais brasileiras a origem de determinado conhecimento tradicional, mas de realizar esforço mínimo no sentido de identificar sua origem. Da mesma forma como imprime ônus descabido a quem acessa conhecimento tradicional a busca incessante de sua origem, também se imprime ônus muito mais gravoso ao fornecedor de recursos genéticos, que pode ver ignorado seu direito à consulta vinculante concedido pela Convenção n.º 169 da OIT ignorado, mediante inexistência de qualquer mecanismo que obrigue a realização de pesquisa acerca da origem de tal conhecimento.

Em sucinta justificação, o proponente da emenda, Senador Randolfe Rodrigues, explica:

A isenção de consentimento prévio informado é delicada e deve ser utilizada somente em casos onde não seja em hipótese alguma possível identificar ao menos um provedor ao qual o referido conhecimento tradicional associado possa ser vinculado. Deve ser tratada de forma excepcional sempre. A presente emenda propõe, portanto, exigir que se esgotem todas as possibilidades de se identificar a origem do conhecimento tradicional associado, sob risco de se alegar que a origem do mesmo não é identificável e, portanto, não se deveria obter consentimento prévio informado – e tampouco dever-se-ia repartir os benefícios a ele relacionado.

Este ponto, apenas, seria suficiente para descaracterizar a conformidade da Legislação Brasileira com o disposto no Protocolo. Explica-se: constitui esta limitação *a priori* à obtenção de consentimento prévio informado ofensa direta à disposição e ao objetivo do protocolo em respeitar e garantir que se opere tal obtenção, de forma que não se poderia considerar a Legislação Brasileira como adequada ao que disciplina o Protocolo de Nagoia. Infelizmente, no entanto, os pontos discordantes não se encerram tão somente neste aspecto.

Talvez, pelo contrário, se este fosse o único problema com a Lei, pudesse ser corrigido por Decreto, porém o desdém para com as comunidades tradicionais encarnado

⁷⁸ Emenda do Senado n.º 26 ao Projeto de Lei da Câmara 02/2015, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119714>>.

nas falas do Deputado Relator revela aspecto tenebroso da legislação pátria: tendência em reduzir e deslegitimar conhecimentos de culturas não ocidentais, tratando-os como “irrelevantes”, “simplórios”, “primitivos”, de forma a ser melhor explorada pelo item 2.2.2 deste trabalho.

2.1.4. Exclusão do “Produto Intermediário” do rol de materiais genéticos e conhecimentos tradicionais sujeitos à repartição de benefícios

Outra questão central é a exclusão do “Produto Intermediário” daqueles sujeitos à repartição de benefícios. Para tanto, será feita análise do texto legal, do aprofundamento do problema pela utilização das expressões “transformações substanciais” e “elemento principal de agregação de valor do produto” e, por fim, análise textual do Protocolo de Nagoia.

A Lei 13.123/2015 é muito clara ao determinar quais materiais genéticos e conhecimentos tradicionais serão alvo de repartição de benefício, quais sejam:

Art. 17. Os benefícios **resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições in situ ou ao conhecimento tradicional associado**, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei.

§ 1º Estará sujeito à repartição de benefícios exclusivamente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente.

§ 2º **Os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado ao longo da cadeia produtiva estarão isentos da obrigação de repartição de benefícios.**⁷⁹

(grifos nossos)

Identificando, no caso em tela, as definições, pela Lei, de “produto acabado” como “produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo

⁷⁹ Lei 13.123/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

consumidor final, seja esta pessoa natural ou jurídica” e “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”, surgem duas situações em claro desacordo com o Protocolo de Nagoia.

Primeiramente, a Lei 13.123/2015 limita a repartição de benefícios ao que chama de “produtos acabados”, casos em que bastaria a quem acesse o recurso genético reproduzi-lo em escala industrial para que seja comercializável, sem modificações substanciais. Tal situação, no entanto, raramente ocorre, excluindo da repartição de benefícios grande parcela dos recursos genéticos – ora, “transformações substanciais” apenas podem ser realizadas sobre insumos e matérias primas, que inviabilizariam qualquer produção caso não autorizadas pelas comunidades.

Segundo, realiza-se dupla exclusão sobre os materiais genéticos e conhecimentos tradicionais ao limitar a repartição de benefícios àqueles produtos que constituam “elemento principal de agregação de valor ao produto”, definição altamente ligada a apelos mercadológicos e juízos de valor pelos produtores.

Exemplificando, se determinado industrial decide fabricar produtos cosméticos com conhecimento tradicional de certa comunidade, que o utiliza como regulador da temperatura corporal, somente estará o industrial obrigado a remunerar a comunidade tradicional caso (i) a comunidade utilize o conhecimento para fins cosméticos (e não medicinais) e (ii) não decida o industrial incluir o conhecimento dentre outros produtos pré-existentes como, por exemplo, de um protetor solar, cujo elemento principal de agregação de valor seria a proteção contra raios UVA e UVB, contendo entre seus elementos secundários efeitos antirrugas, contra a vermelhidão, contra espinhas e, também agora, efeitos de regulação da temperatura corporal.

O Protocolo de Nagoia expressamente proíbe tal distorção, determinando em seu Artigo 5, item (1):

Artigo 15

(1) Em concordância com o Artigo 15, parágrafos 3 e 7, da Convenção [da ONU sobre Biodiversidade], **benefícios advindos da utilização de recursos genéticos, assim como de subsequentes aplicações e comercializações deverão ser compartilhadas de forma justa e equitativa com a Parte provedora de tais recursos** que seja país de origem dos recursos ou da Parte

que adquiriu os Recursos Genéticos em acordo com a Convenção. Tal repartição deverá ser realizada sobre termos mutuamente acordados.⁸⁰ (grifos nossos)

Representando afronta direta e incontroversa a exclusão de aplicações subsequentes e de “produtos intermediários” da repartição de benefícios. Ora, se não adotou reserva alguma o Protocolo e, até mesmo, se garantiu a repartição advinda de tais aplicações, é impossível afirmar que a Lei 13.123/2015 e o Decreto 8.772/2016 se encontram em conformidade com o estabelecido pelo Protocolo de Nagoia.

A Legislação Brasileira, mais uma vez, buscou caminhos alternativos ao não reconhecimento dos conhecimentos tradicionais e à não repartição de benefícios às comunidades tradicionais enquanto realiza tentativa de mascarar esta realidade com ares de legalidade. Tentativas que podem ser consideradas, inclusive, levianas: basta olhar mais detido sobre a Legislação e sobre o Protocolo para localizar tais disparidades essenciais.

Mais uma vez o Protocolo se mostra apto a conferir maior segurança às comunidades tradicionais e, até mesmo, aos usuários de biodiversidade, que têm no Protocolo garantia de estabilidade de regras e procedimentos construídos ao longo de anos de negociações, enquanto que a legislação brasileira, conquanto claramente inadequada ao que pretende o Protocolo e redigida sem a devida consulta e oitiva das comunidades tradicionais em desacordo com convenções às quais o Brasil é signatário, pode ser alvo de ações locais e internacionais por sua revogação, criando clima de instabilidade a seus empreendedores.

2.1.5. A limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios a um por cento da receita líquida resultante da comercialização do produto

A limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios a um por cento da receita líquida resultante da comercialização do produto oriundo de acesso ao patrimônio genético também se encontra em desacordo às disposições do Protocolo. Para demonstrar

⁸⁰ Protocolo de Nagoia. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Tradução Livre: “Article 15:

1. In accordance with Article 15, paragraphs 3 and 7 of the Convention, benefits arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization shall be shared in a fair and equitable way with the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.”

este fato, mais uma vez, será realizada análise sobre o texto legal e, em seguida, ao texto do Protocolo, enaltecendo tais disparidades.

Em disposição arbitrária, a Lei 13.123/2015 limitou a “justa e equitativa” repartição de benefícios:

Art. 20. Quando a modalidade escolhida for a repartição de benefícios monetária decorrente da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético, será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) por acordo setorial previsto no art. 21.

Tal disposição não dispõe de justificativa alguma: nas discussões sobre o Projeto de Lei apenas relatam seus defensores alegações genéricas de que esta quota cumpriria com o requisito da repartição, sequer justificando razões por se considerar a renda líquida em detrimento de sua modalidade bruta.

Não encontra respaldo tal limitação em momento algum do Protocolo de Nagoia, que tão somente estipula a necessidade de realização justa e equitativa de benefícios, de acordo com a contribuição do acesso ao produto.

Mais do que questionável, insustentável, portanto, tal dispositivo. Ao contrário, o Protocolo de Nagoia demanda de suas Partes o oposto: a justa e equitativa repartição de benefícios se encontra no Artigo 1 do protocolo como objetivo central a ser defendido.

Artigo 1

O objetivo deste Protocolo é a justa e equitativa repartição de benefícios advindos da utilização de recursos genéticos, incluindo a realização de apropriado acesso aos recursos genéticos e a apropriada transferência de tecnologias relevantes, levando em consideração todos direitos sobre tais recursos e tecnologias, e o apropriado financiamento, portanto contribuindo para a conservação de diversidade biológica e ao uso sustentável de seus componentes.⁸¹

A repartição será justa e equitativa justamente por levar em conta as especificidades da utilização dos recursos de cada caso. Talvez, em um caso, se encontre justificada repartição abaixo de 1% da renda líquida da mesma forma como outro

⁸¹ Protocolo de Nagoia. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Tradução Livre: “Article 1:

The objective of this Protocol is the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies, taking into account all rights over those resources and to technologies, and by appropriate funding, thereby contributing to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components.”

conhecimento tradicional impacte determinado produto demandando a repartição de benefícios superior ao limite de 1%, caso no qual está impedida a comunidade de receber o montante a que faria jus.

A arbitrariedade, camuflada como “ciência” ou “segurança jurídica” nas duas disposições anteriores, aqui, apresenta-se de forma clara: não existe justificativa plausível à exclusão das comunidades tradicionais do acesso à biodiversidade e à repartição de benefícios, sendo os desdobramentos criados pela legislação brasileira completamente injustificados e avessos às disposições e consensos internacionais sobre a matéria.

2.1.6. A dupla limitação da “justa e equitativa” repartição de benefícios quando houver mais de uma comunidade provedora de materiais genéticos

O Artigo 20 *caput*, ao ser combinado com o Artigo 17 §3º, cria dupla limitação à repartição justa e equitativa de benefícios aos acessos em patrimônio genético. Para esta análise, será feita análise de seu texto e, em seguida, explanados os efeitos desta combinação.

Eis a redação do parágrafo:

Art. 17 (...)

(...)

§ 3o Quando um único produto acabado ou material reprodutivo for o resultado de acessos distintos, estes não serão considerados cumulativamente para o cálculo da repartição de benefícios.⁸²

O disposto neste artigo determina a não cumulatividade de diferentes acessos ao cálculo da repartição, o que significa dizer que, para um único produto utilizado por diferentes comunidades e alvo de diferentes pedidos de acesso, repartir-se-á a mesma remuneração.

Talvez este dispositivo não representasse problema em sua concepção, mas apenas forma de garantir remunerações iguais a ambas comunidades e estimular as negociações do empreendedor em conjunto com todas comunidades detentoras de conhecimento e/ou material genético, porém ao se aplicar, cumulativamente o Artigo 20, temos que nestes casos é impossível que qualquer das comunidades recebam remuneração maior do que 0,5% da receita líquida resultante da comercialização do produto.

⁸² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

Também, importante lembrar, as comunidades não receberão a íntegra de qualquer valor acordado, uma vez que a Lei criou Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, onde parcela da remuneração obrigatoriamente deverá ser repassada.

Não é possível dizer com precisão se o dispositivo foi projetado tendo o Artigo 20 em mente, mas, de qualquer forma, é inegável apontar como responsável pela coexistência dos dois artigos o pensamento que busca minimização da repartição de benefícios a ser realizada, mais uma vez pendendo a legislação brasileira a conceder benefícios aos empreendedores em detrimento das comunidades tradicionais detentoras da biodiversidade.

2.1.7. A exclusão da modalidade da repartição de benefícios da negociação

Não somente a justa e equitativa repartição de benefícios e a consulta prévia informada são tolhidas pela legislação brasileira, como também o estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas quando do acesso a patrimônio genético.

Ao conceder ao usuário de recursos genéticos o poder de escolha entre realizar a repartição de benefícios monetariamente ou não, em seu artigo 19, §1º, a Lei 13.123 infringe frontalmente o Artigo 7 do Protocolo de Nagoia, que determina que cada Parte tome medidas de forma a garantir o consentimento prévio informado, consentimento ou aprovação e participação das comunidades tradicionais e indígenas e, também, que cláusulas mutuamente acordadas tenham sido estabelecidas⁸³.

É diametralmente contrário ao objetivo de se estabelecerem cláusulas mutuamente acordadas, portanto, a determinação que unilateralmente o usuário de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais determinará a modalidade da repartição de benefícios, a despeito dos provedores.

2.1.8. A possibilidade de obtenção de consentimento prévio informado sem consultar adequadamente as comunidades tradicionais detentoras do conhecimento

⁸³ Protocolo de Nagoia. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Ideia geral presente em: “Article 7:

In accordance with domestic law, each Party shall take measures, as appropriate, with the aim of ensuring that traditional knowledge associated with genetic resources that is held by indigenous and local communities is accessed with the prior and informed consent or approval and involvement of these indigenous and local communities, and that mutually agreed terms have been established.”

A possibilidade de obtenção de consentimento prévio informado sem consultar adequadamente as comunidades tradicionais detentoras do conhecimento é ponto não somente contrário ao Protocolo de Nagoia como também à Convenção 169 da OIT, de forma que se debruçará sobre o texto de tal Convenção seguido de exposição do Texto legal e, também, de reações de membros da Sociedade Civil contrários a este dispositivo desde sua proposição, apontando para esta contrariedade.

O consentimento prévio informado está garantido pela Convenção 169 da OIT, à qual o Brasil é signatário, dispondo em seu Artigo 6:

ARTIGO 6º

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:
a) **consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

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

Qual não é a surpresa, portanto, ao determinar a Lei 13.123, em seu artigo 9º, o seguinte:

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

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

I - assinatura de termo de consentimento prévio;

II - registro audiovisual do consentimento;

III - parecer do órgão oficial competente; ou

IV - adesão na forma prevista em protocolo comunitário.⁸⁴
(grifos nossos)

Primeiramente, vale lembrar que a consulta às comunidades tradicionais e indígenas é vinculante ao acesso, quer dizer que é faculdade aceitar ou não a realização do acesso: fator previsto na Convenção à qual o Brasil é signatário, mas não na Lei 13.123/2015, representando grave falha.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

Em segundo momento, importante destacar a ausência de maiores explicações acerca do inciso II, ora em destaque. A esse respeito, o Instituto Socioambiental, quando da discussão da presente Lei na Câmara dos Deputados, produziu documento de recomendações e questionamentos do então Projeto de Lei 7.735/2014, documento este que se destaca:

Sobre o registro audiovisual, bastaria ao usuário gravar uma conversa informal com determinado membro de uma comunidade tradicional para comprovar o consentimento prévio? Como garantir a lisura do processo de obtenção do consentimento prévio nessa modalidade e também a representatividade do registro audiovisual em relação ao consentimento da comunidade?

(...)

Se o Projeto de Lei n.º 7.735/2014 busca trazer mais segurança jurídica para todo o processo de acesso ao conhecimento tradicional associado e evitar violações aos direitos dos povos e comunidades tradicionais, devem ser excluídas tais modalidades de comprovação.

Ademais, não estão contemplados o direito e a possibilidade do povo indígena ou comunidade tradicional negar acesso ao conhecimento tradicional, razão pela qual recomendamos a inserção de § que disponha sobre esta hipótese e suas consequências.⁸⁵

As preocupações, à época externadas, não foram ouvidas, restando o referido dispositivo na nova Lei, que deixou de resguardar os direitos das Comunidades Tradicionais, em desacordo com o Protocolo de Nagoia e com a própria Convenção.

O debate da Lei brasileira, dessa forma, mostrou-se como unilateral, realizado entre aqueles com pontos de vista similares e sem qualquer intenção de consultar ou dar posição às comunidades tradicionais e científicas, deslegitimando a legislação e gravando capítulo vergonhoso nos direitos socioambientais no Brasil.

2.1.9. A exclusão das Sementes Crioulas da exigência de obtenção de consentimento prévio informado

As Sementes Crioulas – de variedades selecionadas por comunidades tradicionais – foram alvo de exclusão explícita pela Lei, merecendo análise sua motivação (ou falta desta).

Novamente, a Lei 13.123/2015 realiza arbitrária exclusão sobre a obtenção de consentimento prévio informado, dessa vez sobre sementes crioulas:

⁸⁵ Instituto Socioambiental – ISA. Análise do Projeto de Lei n.º 7.735/2014. p. 7.

Art. 9º (...)

(...)

§ 3º O acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça e não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.⁸⁶

Não existe justificativa alguma ao excluir fruto de seleção artificial, domesticação e fruto de trabalho milenar das comunidades tradicionais do rol de acessos aos quais se deve obter consentimento prévio informado e é com atônita surpresa constatar que este dispositivo não constava na redação original do Projeto de Lei e, após seu relator, o Deputado Alceu Moreira, rejeitar todas as emendas apresentadas, o dispositivo surgiu no relatório em seguida aprovado. Não houveram discussões acerca do tema, não existiram emendas que a justificassem, o inciso simplesmente surgiu no meio da tramitação e por ela passou sem ser alvo de justificção pelo Relator.

Ante sua completa arbitrariedade e ausência total de justificção, impossível dizer que o dispositivo está em consonância com o Protocolo de Nagoia, representando ainda mais uma afronta a este.

2.1.10. Necessidade de Cadastro apenas para a remeessa, patente, divulgação ou comercialização dos produtos

O momento de realização obrigatória do Cadastro dos usuários de biodiversidade, também, é alvo de preocupação, representando vácuo legislativo e podendo criar consequências extremamente gravosas aos direitos das comunidades tradicionais.

Ao regulamentar o cadastro de usuários no CGen, o Decreto 8.772/2014 não estabeleceu momento necessário para sua realização em seu artigo 22, determinando a possibilidade de realização do cadastro a qualquer momento:

Art. 22. Para a realização do cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, a pessoa natural ou jurídica nacional deverá preencher o formulário eletrônico do SisGen que exigirá:

(...)

II - informações sobre as atividades de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico, incluindo:

(...)

⁸⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

c) resultados esperados ou obtidos, a depender do momento da realização do cadastro;

Note-se, portanto, a faculdade do usuário sobre o momento para realizar seu cadastro e, portanto, em se incluir à rede local e estar sujeito à fiscalização. Isso significa dizer que, a depender de suas vontades, pode o usuário apenas se cadastrar no momento da remessa, patente, divulgação ou comercialização dos produtos.

Muitas vezes, atividades de pesquisas levam décadas para sua compleição, de forma que a avaliação a respeito da ocorrência de consentimento prévio informado pode ocorrer anos após sua obtenção ou não, ou mesmo obtida após a realização do acesso de fato.

Cabe, então, indagar acerca do excesso de confiança da legislação brasileira de que a pesquisa em território nacional se realizará em consonância com a Lei sem qualquer controle ou fiscalização. Tal confiança apenas pode se justificar por extrema ingenuidade ou má-fé do legislador, que se isenta da responsabilidade de fiscalização nestes casos e restringe seu papel à contenção de danos surgidos pelos acessos em desacordo com a legislação e agravados pela sua não fiscalização por anos a perder de vista.

2.1.11. Absoluta ausência de controle sobre a obtenção de consentimento prévio informado para realizar pesquisa e comercialização de produtos intermediários

O Decreto 8.772/2016, ao criar sistema eletrônico unificado para requerimentos de acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais, não inseriu mecanismo algum de controle sobre as informações nele alimentadas pelos usuários que obstasse seu acesso indevido, de forma que, após preenchido o formulário no site, o sistema emitirá documento oficial automaticamente.

Tal abertura legislativa pode ser encontrada no Artigo 23 do Decreto, conforme transcrição abaixo:

Art. 23. Concluído o preenchimento do formulário de que trata o art. 22 o SisGen emitirá automaticamente comprovante de cadastro de acesso.
§ 1º O comprovante de cadastro de acesso constitui documento hábil para demonstrar que o usuário prestou as informações que lhe eram exigidas e produz os seguintes efeitos:
I - permite, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 12 da Lei nº 13.123, de 2015:
a) o requerimento de qualquer direito de propriedade e intelectual;
b) a comercialização de produto intermediário;

c) a divulgação dos resultados, finais ou parciais, da pesquisa ou do desenvolvimento tecnológico, em meios científicos ou de comunicação; e
d) a notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso; e

II - estabelece o início do procedimento de verificação previsto na Seção VII deste Capítulo.

§ 2º O usuário não necessitará aguardar o término do procedimento de verificação para realizar as atividades de que trata o inciso I do § 1º.⁸⁷

(grifos nossos)

A verificação a que se refere o parágrafo segundo tem prazo de duração, cumulativamente, de até 60 dias para sua realização, sendo que pode ainda o CGEN requerer complementações e retificações, abrindo novo prazo de 60 dias para cada nova verificação, prazo no qual estará o usuário livre para clamar direitos sobre propriedade intelectual e comercializar produto intermediário, inclusive para outros países, na forma do decreto.

Não são poucos, vale lembrar, os casos de acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais sem a obtenção de consentimento prévio informado no Brasil e no mundo, tanto que o tema é motivo de preocupação internacional há muito, sendo criada em 1989 a Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho a esse respeito, tendo sido reiterada em 1992 com a Convenção da ONU Sobre Biodiversidade e novamente em 2014 com a entrada do Protocolo de Nagoia em vigor.

Frente inúmeros casos de biopirataria e de uso indevido de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, é ingênuo – senão dizer criminoso – o Decreto permitir o uso e comercialização indiscriminada de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais sem mesmo verificar sua procedência, representando afronta direta ao consentimento prévio informado.

2.1.12. Generalidade abstrata dos mecanismos de Rastreabilidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro

Frente à extensa previsão de rastreabilidade estabelecida pelo Protocolo de Nagoia, como observado no capítulo anterior, é necessário verificar a existência dos mesmos na Legislação brasileira, verificando se pode se realizar comparação entre os instrumentos de direito.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>.

À parte de uma única menção pela Lei 13.123/2015, os mecanismos de Rastreabilidade estão presentes no Artigo 5º do Decreto 8.772/2016 e já de plano se identifica caráter mais genérico do que o definido pelo Protocolo de Nagoia:

Art. 5º Sem prejuízo do Sistema previsto no Capítulo IV deste Decreto, **o CGen deverá manter sistema próprio de rastreabilidade** das atividades decorrentes de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, inclusive as relativas à exploração econômica.

§ 1º Nos termos do que determina o art. 7º da Lei nº 13.123, de 2015, o sistema previsto no caput será gerido pela Secretaria-Executiva do CGen e disporá das informações necessárias à rastreabilidade das atividades decorrentes de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado constantes dos bancos de dados dos sistemas:

I - de proteção e registro de cultivares, de sementes e mudas, de produtos, estabelecimentos e insumos agropecuários, de informações sobre o trânsito internacional de produtos e insumos agropecuários do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

II - de registro de importação e exportação no âmbito do Sistema Integrado de Comércio Exterior - Siscomex, instituído pelo Decreto nº 660, de 25 de setembro de 1992;

III - de informação sobre currículos, grupos de pesquisa, instituições cadastradas na Plataforma Lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq;

IV - de informação sobre pesquisa e liberação comercial de organismos geneticamente modificados e derivados, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio do Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação;

V - de registro de produtos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa;

VI - de concessão e de garantia de direitos de propriedade intelectual do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI;

VII - de cadastro nacional de informações sociais do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; e

VIII - de informações sobre patrimônio cultural do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, do Ministério da Cultura.

§ 2º Os órgãos e entidades de que trata este artigo adotarão as medidas necessárias para garantir o acesso às informações pelo sistema de rastreabilidade e o Ministério do Meio Ambiente adotará as medidas necessárias para a integração das informações constantes dos bancos de dados previstos no § 1º.

§ 3º Na impossibilidade de adoção das medidas previstas no § 2º, as informações deverão ser encaminhadas ao CGen no prazo de trinta dias, contados da solicitação.

§ 4º O CGen também poderá:

I - pedir informações complementares aos órgãos e entidades previstos no § 1º;

II - requerer a outros órgãos e entidades da administração pública federal informações que entender necessárias para a rastreabilidade das atividades decorrentes de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; e

III - adotar medidas para garantir o acesso às informações pelo sistema de rastreabilidade e a integração dos bancos de dados com órgãos e entidades diversos daqueles previstos nos incisos I a VIII do §1º do caput.

§ 5º Os órgãos e entidades da administração pública federal que fornecerem informações de caráter sigiloso ao CGen deverão indicar essa circunstância de forma expressa, especificando, quando couber, a classificação da informação quanto ao grau e prazo de sigilo, conforme o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, ou na legislação específica.

§ 6º A Secretaria-Executiva do CGen assegurará o sigilo legal das informações, respeitando a classificação da informação quanto ao grau e prazo de sigilo, quando for o caso.

§ 7º Para fins do disposto no caput, o CGen poderá ter acesso aos dados contidos em sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil constantes de cadastro de domínio público e que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes.

Após analisados todos os instrumentos e ferramentas criados pelo Protocolo de Nagoia e a obrigatoriedade de sua implantação, chega a ser cômica a mera disposição, em Decreto – cuja força normativa é ainda menor do que a Legal – de que serão “adotadas medidas” pelo CGEN, sem identifica-las, dando a elas força de mero ato administrativo.

O descaso com a biodiversidade, mais uma vez, transparece: não é realizado controle sobre nada que não possa gerar lucros, apenas realizando previsões muitas vezes inócuas sobre os demais elementos a que se pretende controle.

A legislação brasileira, portanto, é claramente insuficiente quando confrontada com os mecanismos do Protocolo de Nagoia, de forma que não garante, sob aspecto algum, a rastreabilidade e a segurança jurídica garantidas pelo Protocolo.

2.1.13. Da similitude e diferença entre os Certificados

Foram identificados, aqui, apenas dez pontos críticos dentre vários outros alvos de crítica à legislação, porém são estes dez pontos os considerados de maior importância para realizar a presente crítica.

Frente à análise realizada entre a legislação pátria e o Protocolo de Nagoia, nota-se impossível concluir que as bases deste se comparem com as daquele. O Protocolo claramente é mais protetivo e garante melhores condições de rastreabilidade e segurança jurídica a seus usuários do que a legislação brasileira.

Mais, ainda, a legislação brasileira em muitos aspectos determina medidas diametralmente opostas às aquelas do Protocolo, se posicionando contrária até mesmo dos objetivos deste.

Desta forma, não pode, sob aspecto algum, o Certificado de Cumprimento da legislação brasileira ser incluído dentre os Certificados de Conformidade do Protocolo de Nagoia, não dispondo de reconhecimento internacional e não podendo servir como comprovante de atendimento das disposições do Protocolo de Nagoia.

2.2 Obtenção da Patente sobre Conhecimentos Tradicionais X Certificado de Boa-Fé no Acesso a Recursos Genéticos

Ante sua proximidade, repetidas vezes se questiona acerca da utilização de sistemas de patentes ou similares em oposição a um sistema *sui generis* para regular o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais. Realiza-se, portanto, aparte para tomar considerações acerca do sistema de patentes, de forma a demonstrar sua inadequação formal e material perante assunto tão delicado quanto o aqui tratado.

É prevista a possibilidade de negociação sobre a mesma tanto pela Lei 13.123/2015 quanto pelo Decreto 8.775/2016, porém é consenso dentre teóricos que tratam sobre o tema acerca da impossibilidade e inadequação sobre o tema. Para demonstrar o que também se depreende deste trabalho, realizar-se-á breve análise acerca da possibilidade de patenteamento dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, seguido da análise acerca da visão de dois importantes autores da área: Ikechi Mgbeoji e Juliana Santilli, encerrando com análise crítica da aplicação do instituto ao caso.

Analisa-se a patenteabilidade dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais (2.2.1), as considerações de Ikechi Mgbeoji⁸⁸ acerca do sistema de patentes (2.2.2), a análise de Juliana Santilli⁸⁹ sobre o Sistema de Propriedade Industrial (2.2.3), para em seguida se analisar acerca da utilização do sistema de patentes para a proteção dos conhecimentos tradicionais e recursos genéticos (2.2.4)

2.2.1 A Patenteabilidade dos Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais

⁸⁸ Entende-se que, apesar da existência de vários autores acerca do tema, Ikechi traz abordagem única ao acesso à biodiversidade, partindo de visão externa aos países desenvolvidos e extremamente relevante à situação nacional.

⁸⁹ Entende-se que, apesar da existência de vários autores acerca do tema, Juliana Santilli foi a responsável pela inserção dos Direitos Socioambientais no Brasil, sendo a maior e melhor referência nacional sobre o tema.

Para discutir a patenteabilidade dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais é necessário, antes, entender a natureza do instituto da Patente.

Em manual redigido e publicado pela Advocacia Geral da União, as Patentes são definidas da seguinte forma:

A patente é um título de propriedade industrial sobre invenção ou modelo de utilidade. A concessão de patente garante ao inventor segurança nas negociações entre ele e a parte interessada em comprar determinada tecnologia para que possa ser aplicada em algum setor industrial (AMADEI e TORKOMIAN, 2009).

É um título de propriedade temporário conferido como forma de estímulo à inovação e recompensa pelos custos de pesquisa realizados. Durante o prazo de vigência, o titular da patente possui direito de excluir terceiro da utilização do conhecimento objeto da patente, salvo se licenciada pelo proprietário.⁹⁰

Portanto, a Patente constitui instrumento de monopólio comercial sobre produto específico, podendo seu titular dispor acerca de sua produção e utilização, tendo direito a perceber lucros e royalties pela comercialização daquele por determinado período de tempo.

Similar às patentes, a legislação brasileira também reconheceu o modelo de utilidade, definido pelo Art. 9º *caput* da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) como “(...) objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”. Diferente da patente, portanto, o modelo de utilidade se aproveita de produtos ou escalas produtivas já existentes, exercendo ato que importe inovação sobre sua produção. Ressalva importante deve ser feita, aqui, pois a inovação não pode ser decorrente de obviedade ou puramente lógica, acessível a qualquer industrial da mesma área.

No caso da legislação brasileira, as patentes têm prazo de validade de 20 anos, enquanto que os Modelos de Utilidade dispõem de 15 anos, o que se encontra em conformidade com os sistemas internacionais.

Existem, no entanto, importantes limitações na forma do Art. 10, inciso IX da Lei de Propriedade Industrial, que estabelece não constituir invenção nem modelo de utilidade “o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer

⁹⁰ “Propriedade Intelectual: Conceitos e Procedimentos”. Brasília: Publicações Escola da AGU, 2010, p. 20.

ser vivo natural e os processos biológicos naturais”, bem como o Art. 18, inciso III da mesma lei, que diz não serem patenteáveis “o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta”.

Portanto, importante fazer distinção relativa aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais: Não podem ser os recursos genéticos patenteáveis por si mesmos, uma vez que se enquadram nos artigos mencionados. Os conhecimentos tradicionais (e variedades crioulas), por sua vez, para serem patenteáveis devem identificar inovação relevante.

Por quê, então, a legislação brasileira prevê a patente como objeto de negociação entre provedor e usuário? Porque, ainda que não sejam patenteáveis individualmente, podem ser patenteados os processos produtivos que constituam modelo de utilidade.

O fato de estar sua utilização prevista em lei e de aplicação factível não quer dizer, no entanto, que o sistema representa alternativa viável à regulamentação do acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais – de fato não o é – como se verá adiante.

2.2.2 As considerações de Ikechi Mgbeoji acerca do sistema de patentes

Doutor em direito das patentes e Professor da Universidade de Osgoode (CA), Ikechi Mgbeoji compôs vasta literatura sobre a relação do direito industrial com comunidades tradicionais, aproximando o primeiro com as mazelas trazidas pela biopirataria.

Como já apresentado, existe consenso entre pesquisadores, ativistas e comunidades tradicionais no sentido de que o sistema de patentes falha em garantir dignidade, direitos e visão global às comunidades tradicionais. Segundo o Professor, este problema surge principalmente do preconceito epistemológico e cultural contra molduras de conhecimento não ocidentais⁹¹.

Sobre tal processo, discorre:

Como um fenômeno epistemológico, a biopirataria deslegitima o profundo trabalho de agricultores locais, empregado no melhoramento de plantas. Sobre o paradigma em questão, esforços seculares de agricultores indígenas

⁹¹ MGBEOJI, Ikechi. "Global biopiracy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 121.

e tradicionais são diminuídos ao serem referidos como “informais” ou “não ortodoxos” ou como penderes de base científica. A consequência é que sementes e germoplasma de plantas melhoradas ao longo de séculos por agricultores locais e tradicionais são tratadas como bens livres para acesso, apropriados como parte do patrimônio cultural global, enquanto que suas contrapartes vindas do Norte são vistas como “variedades melhoradas” dignas de proteção pelas patentes e, em alguma extensão, a direitos de criadores de plantas.⁹²

Nota-se, portanto, tendência da sociedade ocidental – da qual não se diferencia em nada o Brasil – em reduzir os conhecimentos advindos de culturas não ocidentais como “irrelevantes”, “simplórios”, “primitivos”, o que era extremamente palpável durante as discussões da Lei 13.123/2015, percebe-se na comunidade ocidental a utilização do sistema de propriedade intelectual como forma de blindar o sistema aos trabalhos de seleção e de utilização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais até que se insiram na lógica ocidental, por meio de empresas ocidentais dispostas a utilizarem-se de tais, “ocidentalizando” aquilo que já existia, apenas dando nova roupagem aos elementos e, com isso, sendo reconhecidos como produtos, muito mais atrativos ao sistema comercial.

Mais ainda, alerta o Professor para os efeitos de apropriação de conhecimentos tradicionais pelo sistema de patentes, ignorando a considerável intervenção humana sobre sementes, germoplasma e cultivares encontrados em poder das comunidades, tidos erroneamente como “não utilizáveis comercialmente”. Segundo ele, não é surpresa alguma que gigantes das áreas farmacêutica e de biotecnologia se utilizem de curandeiros e criadores locais como intermediários pela busca de plantas úteis a seus interesses no Sul: As comunidades funcionam como “filtro” preferível ao trabalho de adivinhação comum, sendo a utilização destas comunidades ser estimada na ordem de 50 mil vezes mais eficiente do que a coleção e realização de testes de espécimes aleatórios⁹³.

A solução, portanto, oferecida pelo Professor seria a “institucionalização de regimes de propriedade intelectual indígena e tradicional” tanto nacionais quanto internacionais. A consequência, segundo ele, resultante do modelo atual, seria a emergência de uma série de patentes defensivas pelas próprias comunidades, o que

⁹² MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 121.

⁹³ MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 141-142.

mitigaria os efeitos da biopirataria, mas ainda encontraria uma série de barreiras. Alternativamente, sugere-se o estabelecimento de patentes comunitárias⁹⁴.

Tal sistema, ainda que inédito ao direito de patentes global, seria aceito pelo sistema, já que, apesar de existir mundialmente, os sistemas são inerentemente estatais, podendo o legislador doméstico criar e adequar este instituto aos requerimentos globais, visando combater a biopirataria⁹⁵.

O maior problema na análise do Professor reside exatamente em seu fim: a solução por ele apresentada é muito mais uma mera diretriz para como resolver a questão do que, de fato, explanação acerca da possibilidade da instituição de patentes comunitárias em conformidade ou, pelo menos, próximas o suficiente do sistema de propriedade industrial mundial para que sejam reconhecidas em eventuais disputas internacionais.

A análise apresentada, apesar disso, representa visão extremamente apurada e assertiva do contexto no qual se inserem as patentes ao se relacionarem com conhecimentos tradicionais e recursos genéticos, devendo ser levada em estrita consideração quando analisado o sistema de patentes.

2.2.3 A análise de Juliana Santilli sobre o Sistema de Propriedade Industrial

Doutora em Direito Socioambiental, Juliana Santilli foi a maior teórica dos direitos socioambientais no Brasil, tendo estabelecido as bases acadêmicas para a discussão sobre o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais no país.

Ao contrário do teórico anterior, Santilli não concordava com as reformas ao sistema de patentes propostas tanto pela academia quanto pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, apontando que tal adaptação desconsidera “as próprias características e contextos culturais em que são produzidos os conhecimentos tradicionais”⁹⁶.

A individualização da patente, continua, é responsável por fragmentar os conhecimentos sociais, dissociando o conhecimento patentado do contexto de sua

⁹⁴ MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 162-163.

⁹⁵ MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006, p. 163.

⁹⁶ SANTILLI, Juliana. "Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural". São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 210.

produção, qual seja, de forma coletiva, “com base em ampla troca e circulação de ideias e informações e transmitidos oralmente de uma geração a outra”⁹⁷.

Limita a proteção concedida pelo sistema de Patentes, também, o fato de só serem passíveis de concessão de patente invenções que possam ser aplicadas em escala industrial, sendo que, muitas vezes, os conhecimentos tradicionais não possuem tal relação, ainda que possam ser utilizados para “desenvolver produtos ou processos” capazes de tal aplicação⁹⁸, além do sistema requerer e dispor de quesito temporal, quando é impossível em muitos casos determinar o momento de produção do conhecimento, muito menos estipular validade à utilização exclusiva dos direitos das patentes pelas comunidades detentoras destes conhecimentos, sendo o monopólio do sistema contrário à livre circulação e trocas inerentes a estes conhecimentos⁹⁹. Explica:

(...) Afinal, o que é “tradicional” no conhecimento tradicional não é a sua antiguidade, mas o modo como ele é adquirido e usado, pois muitos desses conhecimentos são de fato recentes, como destaca a referida antropóloga [Manuela Carneiro da Cunha].¹⁰⁰

O Direito à Propriedade Intelectual, também, só surge quando componente comercial é identificado, ao oposto de satisfazer necessidades sociais, o que “imediatamente exclui todos os setores que produzem e inovam fora do modo de organização industrial. O lucro e a acumulação de capital são os únicos fins da criatividade; o bem social não é mais reconhecido”¹⁰¹

Dessa forma, demonstra-se insuficiente o instituto da propriedade individual e descontextualizada, conferida pelo direito intelectual, para proteger direitos inerentemente construídos coletivamente e mantidos por utilização coletiva de informações, ideias e recursos.

A visão aqui apresentada encontra-se em conformidade com a posição adotada pela CDB e aproxima-se muito mais da realidade das comunidades tradicionais brasileiras, atentando para a construção do conhecimento tradicional como instituto

⁹⁷ SANTILLI, Juliana. “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 210.

⁹⁸ SANTILLI, Juliana. “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 210.

⁹⁹ SANTILLI, Juliana. “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 212.

¹⁰⁰ SANTILLI, Juliana. “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005, p. 212.

¹⁰¹ SHIVA, Vandana. “Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento”. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 32-38.

orgânico, ao contrário da tendência de identifica-lo como pronto e estático. Por estas razões, a Pesquisadora aproxima-se de uma teoria concreta à realidade brasileira, inclusive realizando proposições de mérito acerca do sistema desejável de acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais – que, dado o escopo deste trabalho, apenas puderam ser mencionados ao revés de explorados e analisados.

2.2.4 Da utilização do Sistema de Patentes para proteção dos Conhecimentos Tradicionais e Recursos Genéticos

Ante o exposto, nota-se a impossibilidade à concessão de patente sobre seres vivos ou parte destes, até mesmo em seu componente genético. Ainda que tramitem proposições tendentes a abolir esta disposição, na forma do Projeto de Lei 4961/2005, cabe apontar a clara aversão do Direito Industrial a tal patente, uma vez que se concede remuneração – na forma de monopólio sobre o produto – àqueles que empenharem atividade inventiva, não podendo ser a mesma identificada sobre mero isolamento de material genético ou ser vivo – presente *in natura*.

Em segundo momento, é clara a inépcia do Sistema de Patentes – individualista, inerentemente comercial, limitador do livre fluxo de ideias e construído de forma a priorizar conhecimentos ocidentais – para regular conhecimentos tradicionais – coletivos, sociais, nem sempre com valores monetários, de livre fluxo de ideias e com bases não ocidentais – simplesmente por representarem realidades completamente distintas, possíveis de se interconectarem, mas não passíveis de sobreposição.

Podem, sim, ser patenteados modelos produtivos e industriais que se aproveitem de conhecimentos tradicionais, contanto que respeitados os direitos das comunidades detentoras deste conhecimento conforme modelos internacionais (a patente só pode ser concedida após obtenção de consentimento prévio informado, mediante cláusulas mutuamente acordadas e com a realização de repartição justa e equitativa de benefícios) e com efetivo controle estatal de modo a prevenir patenteamentos indevidos.

2.3 Proposições de política pública para a melhoria do uso dos Certificados relativos ao Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais no Brasil

O cenário, desta forma, está dado: o Brasil transformou-se de advogado pelos direitos das populações indígenas e tradicionais a nação omissa em espaço de cinco anos,

sendo criada legislação e regulamentação que afronta elementos substanciais do direito internacional, até mesmo de tratados internacionais assinados pelo país, criando situação de descrédito relativo aos Certificados que atestem o cumprimento dos requisitos legais, emitidos em solo nacional.

Como, então, prevenir o bloqueio de comercialização e realização de pesquisa internacional no Brasil que utilize recursos genéticos e conhecimentos tradicionais?

A primeira resposta passa pela adesão do Brasil ao Protocolo de Nagoia: O Certificado, hoje previsto pelo Decreto 8.772/2016, ainda que pretenda gozar de reconhecimento internacional, em nada se conecta com o Certificado previsto pelo Artigo 17 do Protocolo, de forma que seu “reconhecimento internacional” reside apenas no fato de ter sido emitido no Brasil, ao oposto de consistir em instrumento integrante da Rede de Rastreabilidade do Protocolo de Nagoia sujeito à jurisdição da ABS Clearing House.

A única forma de inserir o Certificado brasileiro à rede internacional e retomar sua credibilidade reside, principalmente, na adoção sem reservas do protocolo. A adoção, por óbvio, deve vir acompanhada de reforma na legislação que disciplina a matéria, em especial dos pontos levantados neste trabalho. Não se pode dizer que o Brasil cumpre com os requisitos estabelecidos pelo Protocolo de Nagoia sob aspecto algum, especialmente por ferir os três pilares essenciais do tratado – consentimento prévio informado, que não deve ocorrer em grande parcela dos conhecimentos tradicionais brasileiros; exclusão dos produtos intermediários do escopo remuneratório, com reiterada limitação arbitrária da remuneração; concessão de poder de escolha aos usuários de recursos genéticos de forma unilateral, quebrando com o estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, etc.

A reforma na legislação faz-se necessária desde sua discussão, que excluiu povos e comunidades tradicionais, conforme denúncia dos mesmos ao então PL 7.735/2014, na forma de moção pública de repúdio:

De início, registramos que estamos plenamente cientes de que a exclusão dos Povos e Comunidades acima mencionados do processo de elaboração do PL n.º 7.735/2014, que os afeta diretamente, consistiu em decisão consciente e deliberada do Governo Federal em conjunto com a denominada “Coalizão Empresarial pela Biodiversidade”. Por certo, trata-se de ato que configura o rompimento na relação de confiança entre detentores de conhecimento tradicional e usuários, além de violar frontalmente a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), o Tratado Internacional dos Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura/FAO (TIRFAA) e a Constituição Federal.

Tal fato, reconhecido pelo próprio Governo, resultou em grave desequilíbrio no conteúdo do Projeto de Lei em questão. Além de anistiar as irregularidades e violações históricas e excluir qualquer fiscalização do Poder Público sobre as atividades de acesso e exploração econômica, o PL n.º 7.735/2014 viola direitos já consagrados na legislação brasileira e em Tratados internacionais ratificados pelo Brasil (...)¹⁰²

Portanto, tal reforma deve não só ser realizada para se adequar ao Protocolo de Nagoia, mas também realizada conforme tratados já ratificados pelo país, como a Convenção 169 da OIT, devendo os povos e comunidades tradicionais brasileiros serem também consultados e participarem ativamente na reestruturação.

Nova legislação tem o dever, portanto, de reconhecer plenamente a necessidade de obtenção de uma série de elementos, elencados por Nurit Bensusan e André Lima, especialistas da área, quais sejam: (i) consentimento prévio informado a todas comunidades nas quais se planeja realizar acesso; (ii) repartição justa e equitativa de benefícios sobre quaisquer produtos, mesmo que produtos intermediários ou de diferentes áreas de aplicação, (iii) real estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas, (iv) disponibilização de apoio técnico e jurídico-científico às populações, de forma a garantir consulta adequada; (v) reconhecimento do conhecimento tradicional como saber e ciência, dialogando com a teoria de Mgbeoji; (vi) possibilidade de negativa do acesso pelas comunidades; (vii) caracterização dos Conhecimentos Tradicionais como bens de interesse público, sendo direito indisponível e imprescritível das comunidades; (viii) a não exclusão de terceiros não envolvidos na negociação, ainda que detentores dos conhecimentos discutidos, de terem seu consentimento prévio informado e demais direitos garantidos; (ix) respeito à organização social e política das comunidades, também na forma de seus representantes; (x) inversão do ônus da prova em favor das comunidades indígenas; (xi) reestruturação do sistema nacional de registro criado pelo Decreto 8.772/2016, de forma a ampliar a rastreabilidade e o controle sobre o acesso realizado no Brasil e também no acesso realizado no Brasil e remetido ao exterior; (xii) prevalência do princípio da precaução, de forma a evitar acessos indevidos e biopirataria¹⁰³.

¹⁰²

Disponível

em:

<

https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/mocao_de_repudio_as_empresas-1.pdf>

¹⁰³ : LIMA, André; BAPTISTA, Fernando Mathias e; BENSUSAN, Nurit. “Direitos Intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais”. In: LIMA, André e; BENSUSAN, Nurit (Coord). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003, p. 24.

A lista, ainda que materialmente extensa, nada mais representa do que obrigação pré-existente do Congresso Brasileiro ao ratificar a Lei. Frente seu inadimplemento frente as comunidades tradicionais e à comunidade internacional, cumpre agora ao Brasil papel de retificar os erros cometidos no ímpeto de regulamentar rapidamente o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

CONCLUSÃO

Frente as diversas incompatibilidades identificadas entre o Protocolo de Nagoia e a legislação brasileira, em especial no relativo à obtenção de conhecimento prévio informado, estabelecimento de cláusulas mutuamente acordadas e realização de justa e equitativa repartição de benefícios, não se pode dizer, sob hipótese alguma, que o certificado brasileiro de cumprimento à legislação pode ser considerado como integrante da rede gerenciada pela *ABS Clearing-House*.

Alcançou-se, portanto, o objetivo de demonstrar esta incompatibilidade, identificando no Certificado de Conformidade do Protocolo de Nagoia instrumento apto a prover maior segurança jurídica e proteção à biodiversidade e às comunidades tradicionais, devendo a legislação brasileira se adaptar àquele, sob pena de, quando da completa implantação do protocolo, ser limitadas pesquisa e comercialização internacionais em biodiversidade em todos países signatários do Protocolo de Nagoia.

A princípio, ficou demonstrado pelo Capítulo 1 o quão avançado é o Protocolo de Nagoia como tratado de proteção à biodiversidade no mundo. Inseriu-se análise acerca da emissão obrigatória de certificado, tendo como requisito o cumprimento pelo usuário de biodiversidade com aquilo que prevê o certificado, inserindo-o na Rede Internacional de Proteção e explicitando as formas de rastreabilidade nele encontradas.

Dessa forma, foram elencados e compreendidos quais são os requisitos para a emissão do Certificado e as suas formas de cumprimento.

No Capítulo 2, por outro lado, foi realizada análise acerca da Certificação e Legislação Brasileira, comparando-a àquela do Protocolo de Nagoia. Conforme se demonstrou neste ponto central, a legislação brasileira não cumpre com os requisitos do Protocolo de Nagoia, não podendo ser inserida sob a jurisdição da *ABS Clearing-House* ou do Protocolo.

Foram identificados vários pontos críticos na legislação dentre muitos outros pontos sensíveis de desacordo da legislação, identificando nos pontos analisados maior importância para realizar a presente crítica.

Pontos absurdos como a exclusão de parcelas de conhecimento tradicional tão somente por não existir aplicação industrial direta das mesmas, ou como a limitação do repasse de benefícios não somente a 1% do lucro líquido obtido, mas também à limitação de 1% do lucro líquido obtido a despeito da quantidade de comunidades tradicionais detentoras do conhecimento tradicional ou material genéticos demonstram com clareza a

ofensa criada aos direitos à biodiversidade, inseridas por legislação realizada com consulta inadequada às comunidades tradicionais e em desacordo aos tratados internacionais sobre a matéria aos quais o Brasil é signatário.

Em segundo momento, também, analisou-se a possibilidade de se utilizar do sistema de Patentes como instrumento de proteção à biodiversidade, possibilidade, esta, descartada após apresentadas as particularidades dos direitos socioambientais e organizacionais das comunidades tradicionais e dos conhecimentos tradicionais e materiais genéticos à elas associado.

Também encontrou-se respaldo doutrinário nos autores Ikechi Mgbeoji e Juliana Santilli, demonstrando perigos em legislações que exerçam pouco controle sobre a biodiversidade, tendo como efeitos colaterais a biopirataria e, no caso de legislações que desconsideram a natureza dos conhecimentos tradicionais, a desnaturação e o estrangulamento dos mesmos, ante a natureza individualista atribuída aos direitos autorais e comerciais na sociedade ocidental.

Frente à análise realizada ante a legislação pátria e o Protocolo de Nagoia, nota-se impossível concluir que as bases deste se comparem com as daquele. O Protocolo claramente é mais protetivo e garante melhores condições de rastreabilidade e segurança jurídica a seus usuários do que a legislação brasileira.

Tal diferença pôde até mesmo ser identificada na forma e pelas escolhas regulatórias realizadas pelos instrumentos certificantes: enquanto um prezou por maior controle e cautela, o outro não se preocupou com nada que não estivesse relacionado com obtenção e repasse de lucros, intencionalmente criando vazios normativos extremamente nocivos à proteção dos direitos à biodiversidade.

Mais, ainda, a legislação brasileira em muitos aspectos determina medidas diametralmente opostas àquelas do Protocolo, se posicionando contrária até mesmo dos objetivos deste.

Desta forma, não pode, sob aspecto algum, o Certificado de Cumprimento da legislação brasileira ser incluído dentre os Certificados de Conformidade do Protocolo de Nagoia, não dispondo de reconhecimento internacional e não podendo servir como comprovante de atendimento das disposições do Protocolo de Nagoia.

Dessa forma, a reforma aqui apontada como necessária deve ser realizada de forma a serem os povos e comunidades tradicionais brasileiros serem também consultados e participarem ativamente na reestruturação, cumprindo com os requisitos da Convenção 169 da OIT, à qual o Brasil é signatário.

Esta nova legislação tem o dever, portanto, de reconhecer plenamente a necessidade de obtenção de uma série de elementos, elencados por Nurit Bensusan e André Lima, que nada mais representa do que obrigação pré-existente do Congresso Brasileiro ao ratificar a Lei. Frente seu inadimplemento frente as comunidades tradicionais e à comunidade internacional, cumpre agora ao Brasil papel de retificar os erros cometidos no ímpeto de regulamentar rapidamente o acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

Referências Bibliográficas

“Moção de repúdio dos povos indígenas, povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares aos setores empresariais envolvidos na elaboração e tramitação do projeto de lei que vende e destrói a biodiversidade nacional”. Disponível em: <
https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/mocao_de_repudio_as_empresas-1.pdf >

“Propriedade Intelectual: Conceitos e Procedimentos”. Brasília: Publicações Escola da AGU, 2010, p. 20.

ARANHA, Marcio Iorio. “Manual de Direito Regulatório – Fundamentos de Direito Regulatório”. 2ª ed. rev. amp. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. "Biopirataria e povos indígenas". São Paulo: Almedina, 2014.

Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, Disponível em:
<<http://www.cursobovespa.com/o-que-significa-liquidez/>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 256.

Decreto 8.772/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>.

Discurso em Plenário do Relator do Projeto de Lei 7735/2014, Alceu Moreira. Disponível em: < <http://goo.gl/3bSOsQ> >.

Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 N.º 443. 2008. Disponível em:
<<http://www.iisd.ca/biodiv/c>

Earth Negotiations Bulletin. Vol. 9 No. 663. 2015. Disponível em:
<<http://www.iisd.ca/biodiv/icnp1/>>.

Emenda do Senado n.º 26 ao Projeto de Lei da Câmara 02/2015, de autoria do Senador
Randolfe Rodrigues. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119714>>.

FLEMME, Maria. "Due Diligence in International Law". Tese de Mestrado. University
of Lund's Faculty of Law: Lund, 2004. p. 41-42. Disponível em
<<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1557482&fileId=1564336>>.

GREIBER, Thomas; MORENO, Sonia Peña; AHRÉN, Mattias; CARRASCO, Jimena
Nieto; KAMAU, Evanson Chege; MEDAGLIA, Jorge Cabrera; OLIVA, Maria Julia
e; PERRON-WELCH, Frederic. "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on
Access and Benefit-sharing". IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 83. IUCN:
Suíça, 2012.

Instituto Socioambiental – ISA. Análise do Projeto de Lei n.º 7.735/2014. p. 7.

LAIRD, Sarah. "Biodiversity and traditional knowledge: Equitable partnerships in
practice". Londres: Earthscan Publications, 2002.

Lei Ordinária 13.123/2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>.

LIMA, André; BAPTISTA, Fernando Mathias e; BENSUSAN, Nurit. "Direitos
Intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais". In: LIMA, André e; BENSUSAN,
Nurit (Coord). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos
tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

LIMA, Gabriela Garcia B. "Conceitos de relações internacionais e teoria do direito
diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos,
direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação". In Revista de

Direito Internacional. Vol. 11, nº 2, 2014. Disponível em: <
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/download/2069/pdf>
>

MENDONÇA NETO, Mário Teixeira de. “Fundamentos do Controle”. Macapá: Editora da UNIFAP. Disponível em <
<http://www2.unifap.br/mariomendonca/files/2011/05/FUNDAMENTOS-DO-CONTROLE.pdf> >.

MGBEOJI, Ikechi. "Global bioparacy: Patents, plants and indigenous knowledge". New York: Cornell University Press, 2006.

Millenium Ecosystem Acessment Org. Disponível em: <
<http://www.millenniumassessment.org/en/index.html> >
op9/>.

ROGER, Apolline. Corégulation et Politique climatique de l’Union Européene. Le rôle des accords environnementaux. In: MALJEANDUBOIS, Sandrine; ROGER, Appolline. L’implication des entreprises dans les politiques climatiques: entre corégulation et autorégulation. France: CERIC, 2011.

SANTILLI, Juliana. “Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural”. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005.

SHIVA, Vandana. “Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento”. Petrópolis: Vozes, 2001.