XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

CLEIDE CALGARO

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito ambiental e socioambientalismo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; José Fernando Vidal de Souza; Cleide Calgaro.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-540-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – SÃO LUIS - MARANHÃO, realizado em parceria com a Universidade Federal do Maranhão e a UNICEUMA, apresentou como temática central "Direito, Democracia e Instituições de Justiça". Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento no Convento das Mercês e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos previamente selecionados e da realização das plenárias. Particularmente, a questão das boas práticas ambientais e do desenvolvimento sustentável mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direito Ambiental e Socioambientalismo III".

Sob a coordenação da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann(UNESA/UNIRIO), Prof. Dr. José Fernando Vidal e Souza (UNINOVE) e Profa. Dra. Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul - UCS), o GT "Direito Ambiental e Socioambientalismo III" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Thaís Aldred Iasbik e Romeu Faria Thomé da Silva apresentaram o texto intitulado: A mineração como atividade essencial ao desenvolvimento nacional - coexistência entre os direitos de propriedade e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo objeto verifica em que medida é possível equilibrar a exploração dos recursos minerais, reconhecida como atividade essencial ao desenvolvimento nacional e o direito de propriedade e sua função social, observando as regras de proteção ambiental para o desenvolvimento sustentável.

Elida De Cássia Mamede Da Costa e Antonio José De Mattos Neto abordaram a temática o novo regramento do acordo de repartição de benefícios a partir de conhecimentos tradicionais de origem identificável, expresso na Lei 13.123/2015, no ensaio intitulado O acordo de repartição de benefícios a partir de conhecimento tradicional associado de origem identificável: nem todo acordo é contrato.

Nexo causal: dificuldade na sua comprovação na responsabilidade civil do estado, assim como na responsabilidade civil ambiental do estado, é o título do trabalho apresentado por Marcia Andrea Bühring e Alexandre Cesar Toninelo, que demonstra que a responsabilidade civil por danos ambientais está sujeita a um regime jurídico específico, instituída pela

Constituição Federal de 1988 e pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981, e verifica a dificuldade na comprovação do nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e o dano.

Sob o título Constitucionalismo latino americano e o decrescimento como parametros de minimização dos impactos socioambientais causados pelo comsumocentrismo, os autores Cleide Calgaro e Agostinho Oli Koppe Pereira teceram considerações a respeito do que concebem como uma sociedade consumocentrista e os problemas socioambientais trazidos pelos meios de produção e de utilização dos bens. Os autores buscam no constitucionalismo latino americano equatoriano e no decrescimento alternativas para minimizar esses problemas.

A racionalidade ambiental de Enrique Leff, como um contraponto em relação à concepção de racionalidade econômica contemporânea praticada, nas ações do cultivo da terra, pelas comunidades quilombolas de Piratini/RS, com a assistência de seus saberes tradicionais, é o objeto da pesquisa apresentada no ensaio apresentado pelas autoras Márcia Rodrigues Bertoldi e Ana Clara Correa Henning, no trabalho cujo título é Racionalidade ambiental em comunidades quilombolas de Piratini/RS.

Mariana Caroline Scholz é a autora do trabalho intitulado: Preservação da integridade dos ecossistemas da natureza: análise jurisprudencial do Acórdão do Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença N. 1.071-SC (2009/0123072-5), que versa sobre desenvolvimento sustentável e integridade dos ecossistemas.

Tiago de Lima Ferreira, em seu trabalho Responsabilidade civil ambiental do proprietário rural: análise da redação do artigo 15 da lei 11.952 de 2009,analisa a lei 11.952 de 2009, após as alterações da Lei 13.475 de 2017, verificando em que medida a nova cláusula resolutiva, prevista no artigo 15, § 2º, II, contextualizando com os artigos 16 e 18 §§ 2º e 4º, pode anistiar o desmatamento, ou mitigar a fiscalização pelo órgão fundiário do cumprimento da função socioambiental da propriedade rural, e suas implicações na aplicação da responsabilidade civil ambiental.

Uma abordagem crítica sobre o Greenwashing na atualidade é o título do ensaio do professor José Fernando Vidal De Souza que traz à luz a figura do greenwashing e suas implicações no âmbito do desenvolvimento econômico, social e político, propondo, ao fim, o emprego de conceitos como ecocrítica e ecoética no sentido da superação do discurso de apropriação ambiental progressista e do estabelecimento de uma nova relação homem/natureza.

Emmanuelle de Araujo Malgarim e Patricia Marques Oliveski são autoras de Riscos e incerteza: o meio ambiente na sociedade contemporânea e o papel do Direito, texto que pretende observar os riscos produzidos pelas inovações apresentadas pela modernidade, tendo como pano de fundo o bem comum e que apresenta o Direito como um instrumento para o gerenciamento desses riscos, propiciando a participação popular nas tomadas de decisões jurídicas.

Terceiro setor e meio ambiente no Brasil: proteção, violência e fetiche é o título do trabalho apresentado por Caroline Liebl, que analisa a funcionalidade da atuação do Estado e do Terceiro Setor diante da política neoliberal e discute a sua fetichização no contexto da preservação ambiental, tendo em conta os interesses econômico-produtivos neoliberais, e que elas não possuem predisposição apenas ambiental-protecionista, mas também de tolerabilidade de violência.

Salvio Dino de Castro e Costa Junior apresentou o artigo intitulado: A inconstitucionalidade da supressão dos atos autorizativos sobre o estudo de impacto ambiental em contratos de obras públicas no direito brasileiro. Nesse trabalho o autor buscou analisar a PEC n.º 65/2012 em tramitação no Senado Federal brasileiro. A iniciativa propõe a figura da "autorização automática" para obras com a mera apresentação do estudo prévio de impacto ambiental sem necessidade de ato autorizativo dos órgãos públicos ambientais. Questiona a constitucionalidade da PEC em relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os autores Ewerton Ricardo Messias e André Luiz Ortiz Minichiello por meio do ensaio intitulado: Ação Civil Pública: Participação social na defesa do meio ambiente, trouxeram a discussão da legitimidade ativa das associações para atuarem em sede de ação civil pública para defesa do meio ambiente. Para tal fizeram uso do Constructivismo Lógico-Semântico de Paulo de Barros Carvalho.

Por derradeiro, Leila Cristina do Nascimento e Silva, ao lado de Aguinaldo de Oliveira Braga apresentaram o trabalho cujo título, A atividade econômica da mineração, os impactos no patrimônio espeleológico e o princípio da vedação do retrocesso ambiental: uma releitura do Decreto 6640/08, já sinalizava a relevância objetiva em demonstrar que o Decreto 6640/08, que dá nova redação ao Decreto 99.556/90, é eivado de inconstitucionalidade material por violação do Princípio do Retrocesso Ambiental.

Boa leitura!

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO/UNESA

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - UNINOVE

Profa. Dra. Cleide Calgaro - UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ACORDO DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS A PARTIR DE CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO DE ORIGEM IDENTIFICÁVEL: NEM TODO ACORDO É CONTRATO

THE BENEFIT DISTRIBUTION AGREEMENT FROM TRADITIONAL KNOWLEDGE OF IDENTIFIABLE ORIGIN: NOT EVERY AGREEMENT IS A CONTRACT

Elida De Cássia Mamede Da Costa [1]
Antonio José De Mattos Neto [2]

Resumo

O presente artigo visa a esclarecer alguns pontos de retrocesso sobre o novo regramento do acordo de repartição de benefícios a partir de conhecimentos tradicionais de origem identificável, expresso na Lei 13.123/2015. Para tanto, inicia-se o trabalho visualizando a configuração deste novo marco regulatório e o respectivo regramento internacional. Em seguida, trabalha-se a definição e forma de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados de origem identificável. Friza-se o acordo de repartição de benefícios em termos gerais. Por fim, o trabalho busca as definições e princípios da teoria geral dos contratos para relacionar ao Acordo de Repartição de Benefícios.

Palavras-chave: Acordo, Contrato, Benefícios, Conhecimentos, Tradicionais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to clarify some points of regression on the new rule of benefit sharing agreement based on traditional knowledge of identifiable origin, expressed in Law 13.123 / 2015. To do so, the work begins visualizing the configuration of this new regulatory framework and the respective international regulation. Next, we work on the definition and form of legal protection of associated traditional knowledge of identifiable origin. The benefit-sharing agreement is broadly framed in general terms. Finally, the paper seeks the definitions and principles of the general contract theory to relate to the Benefit Sharing Agreement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Agreement, Contract, Benefits, Knowledge, Traditional

---

[1] Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da UNAMA, FIBRA e ESMAC. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

[2] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Pará e Universidade da Amazônia. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional aposentado.

INTRODUÇÃO

Há muito a humanidade realiza pesquisas científicas em torno do patrimônio genético dos seres vivos. Ainda assim, continua viva a discussão acerca de sua titularidade: seria bem público ou particular? O certo é que na pós-modernidade observa-se uma tomada de consciência nunca antes vista, no sentido de reconhecer que ao lado do conhecimento científico existem outras formas de conhecimento igualmente importantes, tais como os conhecimentos de populações tradicionais sobre o patrimônio genético. No Brasil, é relativamente recente a previsão expressa desta proteção (2001) e da necessidade dos usuários destes conhecimentos dividirem parte de seu ganho com aqueles que detém este conhecimento. Eis a justificativa e importância do presente tema.

O acordo de repartição de benefícios a que se refere este artigo diz respeito à exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo[1] obtido por meio de acesso a conhecimento tradicional associado de origem identificável, ou seja, cuja origem do conhecimento é relacionada a uma ou mais populações tradicionais, povos indígenas ou agricultores tradicionais. Assim, o presente artigo vislumbra em que consistem as principais mudanças advindas com o novo marco regulatório (a Lei n.º 13.123/2015) no que tange à repartição de benefícios enquanto obrigação do usuário e direito do provedor de conhecimento tradicional associado.

A pergunta problema está envolta entre os temas de propriedade intelectual e teoria geral dos contratos, a saber: o novo acordo de repartição de benefícios, tendo em vista os parâmetros estabelecidos pela Lei n.º 13.123/2015, tem natureza jurídica contratual? O objetivo geral, portanto, é avaliar as cláusulas do Acordo de Repartição de Benefícios de forma a concluir se o mesmo se trata de um mero instrumento contratual ou do contrato como instituto do Direito Civil. Os objetivos específicos consistem em

Sobre a metodologia, será desenvolvida uma pesquisa teórica e qualitativa do assunto, baseada em levantamento bibliográfico, por meio de consulta à doutrina existente em livros, periódicos e artigos científicos, bem como a fontes jurídico-formais, como a legislação pertinente. Como base doutrinária, ter-se-ão os seguintes autores: Bensusan (2015), Boff (2015), Santilli (2004 e 2005), Tartuce (2014) e Távora *et al* (2015).

---

[1] Art. 2º, Lei n.º 13.123/2015:
XVI - produto acabado - produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado seja um dos elementos principais de agregação de valor ao produto, estando apto à utilização pelo consumidor final, seja este pessoa natural ou jurídica; (...)
XXIX - material reprodutivo - material de propagação vegetal ou de reprodução animal de qualquer gênero, espécie ou cultivo proveniente de reprodução sexuada ou assexuada; (...)

1. MARCO REGULATÓRIO.

O Acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ou, em português, Acordo ADPIC (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) da OMC (Organização Mundial do Comércio) - instrumento internacional fundamental para a proteção da propriedade intelectual - foi omisso quanto à questão dos conhecimentos tradicionais.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB[2]) foi o primeiro instrumento a reconhecer a importância da proteção a conhecimentos tradicionais, bem como criou a repartição de benefícios. A CDB declara como desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, o que confirma em seu artigo 8, "j", e art. 10, "c".

Destaque-se que a Lei nº 13.123/2015 (PL nº 7.735/2014) - regulamentada pelo Decreto n.º 8.772/2016 e que revogou a antiga previsão da Medida Provisória n.º 2.186/2016 – trata do acesso ao patrimônio genético e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios entre os usuários e os membros das comunidades tradicionais[3].

A Lei n.º 13.123/2015 representa o novo marco regulatório da proteção ao conhecimento tradicional associado e ao acordo de repartição de benefícios. Veja-se seus principais pontos positivos.

A Medida Provisória era bastante restritiva, dificultando o acesso e utilização da biodiversidade, culminando num retrocesso à pesquisa e desenvolvimento e até impedindo a conclusão de dissertações de mestrado e teses de doutorado, conforme Távora *et al* (2015). Isso porque a Medida Provisória exigia uma série de requisitos e documentos que foram dispensados pela nova lei. A título de exemplo, tem-se que havia um único contrato que envolvia o acesso, remessa e repartição de benefícios, qual seja, o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (CURB). O que significa que havia um

---

[2] A CDB foi assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, foi aprovada no Brasil pelo Decreto legislativo n.º 02/1994. As partes da CDB adotaram o Protocolo de Nagoya Sobre o Acesso aos Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Decorrentes de Sua Utilização.

[3] A Lei criou e estabeleceu as competências do Conselho de Gestão e Patrimônio Genético (CGen) – órgão deliberativo vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) que coordena a repartição de benefícios. Criou-se também, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB, o Programa Nacional de Repartição de Benefícios – PNRB e o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado – SisGen.

prévio acordo de repartição de benefícios mesmo que o acesso ao conhecimento tradicional associado não redundasse em qualquer proveito econômico. Ora, o objetivo de uma pesquisa com fins exploratórios econômicos do patrimônio genético nem sempre era confirmado, nem sempre continha um resultado lucrativo positivo para os usuários destes conhecimentos, por isso a pesquisa sempre implica em (naturais) incertezas científica e econômica, o que, muitas vezes, acabava por desestimular a busca a tais conhecimentos para início de pesquisa científica.

Hoje o procedimento é diferente, pois o acordo relativo ao acesso ao conhecimento ocorre em momento muito anterior ao acordo de repartição de benefícios. Isso significa que o acordo de repartição de benefícios, segundo as regras atuais, está ligado ao efetivo proveito econômico obtido diretamente do acesso ao respectivo conhecimento.

Outro ponto a destacar é o tempo que se perdia com a obtenção de autorização para começar as pesquisas. Segundo Távora *et al* (2015, p. 10), o prazo para obtenção da referida autorização ocorria em aproximadamente 550 (quinhentos e cinquenta) dias.

A nova lei avançou no sentido de que estabeleceu o valor da repartição dos benefícios (0,1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto), vencendo a demorada etapa de discussão do percentual a ser aplicado ao acordo de repartição de benefícios, bem como classificou o conhecimento tradicional associado de origem identificável e não identificável, viabilizando a repartição de benefícios em ambos os casos. Antes, era impossível o acesso ao conhecimento quando não se identificava os detentores. A lei também identificou as duas modalidades de repartição: monetária e não monetária.

Importante destacar, neste momento, como se dá a proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais.

2. CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS DE ORIGEM INDENTIFICÁVEL E SUA JURIDICIDADE

Em que consiste o conhecimento tradicional associado? A Lei n.º 13.123/2015, em seu art. 2º, traz várias definições atinentes à matéria, e define conhecimento tradicional associado como sendo “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao

patrimônio genético" (inciso II). O conhecimento tradicional diz respeito ao uso e manejos dos seres vivos[4].

Corroborando, comunidade tradicional consiste em (inciso IV) "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". Assim, os provedores de conhecimento tradicional são população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, os vulneráveis que merecem proteção especial[5].

Santilli (2005) elenca algumas características das populações tradicionais, a saber: a) relação de simbiose com a natureza; b) conhecimento profundo da natureza e seus ciclos; c) noção de território ou espaço de forma grupal (territorialidade); d) moradia e ocupação do território por várias gerações; e) Importância das atividades de subsistência; f) acumulação de capital reduzida; g) Importância dada à unidade familiar, doméstica e comunal; h) importância das simbologias relacionadas à caça, pesca e atividades extrativistas; i) uso de tecnologia simples, de baixo impacto ambiental; j) fraco poder político; e k) auto-identificação ou identificação por outros de pertencer a uma cultura distinta. Outra característica mencionada pela autora é o fato de serem comunidades que se desenvolvem de forma mais ou menos isolada.

Existe um enfoque de territorialidade na definição de populações tradicionais, por mais que algumas delas (como o povo indígena Guarani e o povo cigano) não tenham relação

---

[4] Os conhecimentos tradicionais são diferentes do conhecimento científico, por não serem organizados, categorizados e formalizados. São transmitidos oralmente, cujo repertório é resultado de um acúmulo de experiências e aperfeiçoamentos coletivos que se prolongam no tempo. Manifestam-se de diversas maneiras: dança, arte, rituais, orações, vestimentas, etc. Hoje, reconhece-se sua importância e sua possível relação com o conhecimento científico, pois muitas vezes é um caminho necessário para obtenção de patentes. Sendo o referido conhecimento associado ao patrimônio genético, Bensusan (2015) define patrimônio genético como o conjunto de informações de origem genética dos seres vivos, como vegetais, animais ou parte deles, como raízes, folhas, sementes, sangue, veneno, saliva, etc. O patrimônio genético forma uma parte da biodiversidade.

[5] Merece crítica o termo escolhido pela lei. Como se percebe, o termo "comunidade tradicional" é apenas espécie do gênero "populações tradicionais", este é mais bem aceito entre os cientistas sociais e ambientais. Conforme Santilli (2005), o termo "população tradicional" não pode ser tão abrangente a ponto de abrigar toda a população brasileira, bem como não pode se restringir a populações cujas formas de vida se repetem por três gerações, por exemplo. São populações cujas formas de vida apresentam baixo impacto ambiental e que têm interesse em manter ou recuperar o controle sobre o território que exploram. Estas populações são marcadas pela simbiose com a natureza e conhecimento de seus ciclos. Para eles, os recursos da biodiversidade apresentam valor simbólico e espiritual. Sobre a expressão "população indígena", Távora *et al* (2015, p. 31), prefere a expressão "povo" ao se referir aos indígenas, por traduzir o reconhecimento da identidade cultural e étnica, bem como de sua autonomia como sujeitos de direitos coletivos, citando a Convenção n.º 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n.º 5.051 de 19 de abril de 2004. Para Távora *et al* (2015, p.31), "o conceito de população aproxima-se da simples somatória de indivíduos que se encontram em um território".

com um certo território. A territorialidade vem a ser o esforço coletivo de um povo para ocupar um ambiente.

A proteção jurídica sobre os conhecimentos tradicionais associados é *sui generis* no Direito de Propriedade Intelectual, pois a Lei de Direitos Autorais (LDA) – Lei n.º 9.610/98 – traz proteção ao autor individual, e a Lei da Propriedade Industrial (LPI) – Lei n.º 9.279/1996 – protege as patentes de invenção e modelo de utilidade, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal. Igualmente os conhecimentos tradicionais não se encaixam dentre os cultivares (Lei n.º 9.456/1997) nem topografia de circuitos integrados (Lei 11.484/2007). Trata-se de um formato de reconhecimento dos direitos autorais coletivos destas populações.

Juliana Santilli (2005, p. 214-222) enumera os pressupostos fundamentais da proteção *sui generis*: 1º) reconhecimento de direitos territoriais e culturais destes povos e populações; 2º) proteção da integridade intelectual e cultural, bem como dos valores espirituais associados ao patrimônio genético; 3º) compatibilização entre a lógica do mercado com os contextos sociais, econômicos e culturais destes povos; 4º) consideração do pluralismo jurídico (nossa sociedade é plural e possui ordenamentos jurídicos paralelos ao oficial, cujos princípios são: valoração dos interesses coletivos em detrimento dos individuais; responsabilidade coletiva, solidariedade e reciprocidade), com o reconhecimento dos sistemas de representação e legitimidade dos povos indígenas e tradicionais; 5º) titularidade coletiva de direitos intelectuais e o livre intercâmbio e troca de informações entre os povos e comunidades tradicionais; e 6º) distinção entre direitos intelectuais coletivos de conteúdo moral (p. ex., sigilo do conhecimento, negar o acesso, direito a indicação e reconhecimento público, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis) e patrimonial, lembrando que o mesmo conhecimento pode pertencer a mais de uma comunidade, não podendo uma impedir o exercício de outra.

Dentre os direitos previstos às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais – previstos no art. 10 da Lei n.º 13.123/2015 destaque-se: ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei; participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na

forma do regulamento; usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das Leis nºs 9.456, de 25 de abril de 1997, e 10.711, de 5 de agosto de 2003; e conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

A Lei trouxe avanço e retrocesso ao mesmo tempo. Avanço no sentido econômico e exploratório, ao flexibilizar o acesso o que corrobora para o incremento das pesquisas e do consequente desenvolvimento da indústria e do comércio. Retrocesso no que diz respeito à proteção aos detentores dos conhecimentos tradicionais associados, pois eleva a quantidade de critérios para a repartição de benefícios, conforme será mencionado no item que segue.

3. REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS NA LEI N.º 13.123/2015

3.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O ACORDO.

A repartição de benefícios está prevista do artigo 17 ao 26, em Capítulo próprio (Capítulo V) da Lei n.º 13.123/2015. O acordo de repartição de benefícios, conforme o art. 2º, XX, da referida lei, consiste em um "instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios", e isso ocorre entre o(s) detentor(es) do conhecimento tradicional associado e o usuário.

A repartição de benefícios é uma obrigação para o fabricante do produto acabado e/ou produtor do material reprodutivo (último elo da cadeia produtiva). A Lei n.º 13.123/2015 define como usuário do conhecimento tradicional no art. 2º, XV, *in verbis*: "pessoa natural ou jurídica que realiza acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado ou explora economicamente produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado".

O instrumento negocial deverá conter condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios (curto, médio e longo prazo) – art. 24, §1º, Lei n.º 13.123/2015 - bem como qualificar as partes que, no caso de conhecimento tradicional de origem identificável, será o provedor do conhecimento (podendo ser representado por mais de uma comunidade, ocasião em que a repartição monetária será feita por meio do Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB, previsto no artigo 24, §2º, Lei n.º 13.123/2015) e aquele que explora economicamente o produto acabado ou o material reprodutivo.

O artigo 26, Lei n.º 13.123/2015, estabelece as cláusulas essenciais da repartição de benefícios, quais sejam: produtos objeto de exploração econômica; prazo de duração;

modalidade de repartição de benefícios; direitos e responsabilidades das partes; direito de propriedade intelectual; rescisão; penalidades e foro no Brasil.

Há duas espécies de repartição de benefícios: a monetária e a não monetária. A modalidade monetária corresponde a uma parcela de 0,1% (um décimo porcento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado ou do material genético reprodutivo (art. 20, Lei n.º 13.123/2015). Para viabilizar o respectivo cálculo, o art. 45, os §§1º e 2º do Decreto n.º 8.772/2016 ordenam que o fabricante do produto acabado ou produtor do material reprodutivo deverá declarar a receita líquida anual de cada ano fiscal ao Ministério do Meio Ambiente, obtida com a exploração econômica de cada produto acabado ou material reprodutivo e apresentar documento apto a comprová-la, no prazo de noventa dias após o encerramento do ano fiscal.

A modalidade não-monetária deverá ser equivalente a 75% (setenta e cinco porcento) do valor previsto para a modalidade monetária[6].

Destaque-se alguns aspectos controvertido atinentes ao Acordo de Repartição de Benefícios.

3.2. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ACORDO DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS NA LEI N.º 13.123/2015.

A Lei n.º 13.123/2015 prevê que a repartição de benefícios ocorrerá de forma justa e equitativa, e o instrumento deverá conter as seguintes características: clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas. Tal previsão é bastante genérica e parece funcionar de modo muito próximo ao contrato de adesão, só que sem as garantias expressas descritas para

[6] A modalidade não monetária envolve: (a) projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição **in situ** ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; (b) transferência de tecnologias; (c) disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; (d) licenciamento de produtos livre de ônus; (e) capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e (f) distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social (art. 19, II, Lei n.º 13.123/2015).Esta modalidade, conforme o art. 51 do Decreto, será destinada a: unidades de conservação; terras indígenas; territórios remanescentes de quilombos; assentamento rural de agricultores familiares; territórios tradicionais nos termos do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007[6]; instituições públicas nacionais de pesquisa e desenvolvimento; áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade brasileira, conforme ato do Ministro de Estado do Meio Ambiente; atividades relacionadas à salvaguarda de conhecimento tradicional associado; coleções **ex situ** mantidas por instituições credenciadas nos termos do que dispõe a Seção V do Capítulo IV e populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

esse tipo contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, conforme será estudado em item posterior.

Em suma, trata-se de um instrumento redigido pelo usuário do conhecimento, não restando aos detentores sequer a liberdade para adesão, pois o acordo é precedido por outro, o consentimento prévio e informado, que, de certa forma, os coloca como obrigados a aceitar o segundo acordo se quiserem receber os benefícios.

Outro ponto consiste no prazo pré-estabelecido no acordo, que pode ser curto, médio ou longo, o que pode representar um retrocesso, pois o produto normalmente permanece por tempo indeterminado no mercado (normalmente por tempo muito superior ao estabelecido no acordo, às vezes durante todo o prazo da proteção da patente). Sem esquecer que quem decide sobre o prazo é o usuário.

Um terceiro ponto: a Lei estabelece como requisito que o conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor. Mas, o que vem a ser um elemento principal de agregação de valor? Na forma do Decreto n.º 8.772/2016, art. 43, §2º, considera-se elementos principais de agregação de valor aqueles cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico. Donde urge a pergunta: quem avalia este critério? E como resposta – certa e ao mesmo tempo evasiva – certamente não são os detentores dos conhecimentos tradicionais, o que os coloca em situação de maior vulnerabilidade, ao invés de funcionarem a Lei e o respectivo Decreto como redutor desta desigualdade.

Ora, conforme Távora *et al* (2015, p. 46), além de ser extremamente difícil a verificação da importância de um elemento para a agregação de valor de um produto acabado, apenas o fabricante terá a real noção do peso de cada componente na definição do valor de seu produto, e normalmente não terá interesse algum em revelar esta informação. Na prática, ainda conforme os autores, isso acarretará sobre os detentores do conhecimento tradicional associado o ônus da prova em uma eventual disputa judicial de que determinado elemento é determinante para o apelo mercadológico do produto para que possam obter o benefício.

Em quarto lugar, a lei prevê várias isenções subjetivas e objetivas quanto à repartição de benefícios, outorgadas a: microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais[7] e agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo[8] da Lei Complementar n.º 123/2006[9]. Diante

[7] Conforme disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conhecida como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

[8] Inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, *in verbis*:

da quantidade de isenções, pode-se chegar a um esvaziamento das possibilidades de repartição de benefícios.

Importante ressaltar, como quinto aspecto, que o acordo de repartição de benefícios é precedido de um primeiro contato entre os provedores e os usuários do conhecimento tradicional, denominado legalmente de consentimento prévio informado, cujas diretrizes constam no art. 16 do Decreto n.º 8.772/2016.

Um dado importante é que, na prática, nem sempre a(s) pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) que se envolveu(ram) no consentimento prévio informado será(ao) a(s) mesma(s) que irá(ão) ser parte no Acordo de Repartição de Benefícios, conforme Bensusan (2015, p. 28-29). Mas o inverso não pode acontecer. Neste caso, somente haverá o acordo de repartição de benefícios com os detentores do conhecimento tradicional que concordaram com o acesso (BENSUSAN, 2015, p. 29), o que pode denotar outro fator que dificulta o recebimento do benefício.

Outro ponto consiste em destacar que a modalidade de repartição de benefícios será escolhida pelo usuário e será livremente negociada entre o usuário e o provedor do conhecimento (art. 47, §3º do Decreto n.º 8.772/2016).

Outro fator a ser destacado é a possibilidade de ocorrerem repetidos acessos ao conhecimento tradicional associado - com sucessivos instrumentos de consentimento prévio por parte das comunidades - e apenas um produto ser gerado, tendo o referido conhecimento como elemento principal de agregação de valor. Neste caso, a repartição de benefícios ocorrerá somente sobre um acesso, pois, conforme a Lei, os acessos serão considerados cumulativamente para fins de cálculo de repartição de benefícios.

"no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)."

[9] O Decreto n.º 8.772/2016, em seu art. 54, isenta da obrigação de repartição de benefícios a exploração econômica dos seguintes objetos: I - produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido pelos agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte e pelos microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado, processo ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por terceiros; produtos intermediários ao longo da cadeia produtiva; material reprodutivo ao longo da cadeia produtiva de material reprodutivo, exceto a exploração econômica realizada pelo último elo da cadeia produtiva; material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado para fins de atividades agrícolas e destinado exclusivamente à geração de produtos acabados e produto acabado ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético de espécies introduzidas no território nacional pela ação humana, ainda que domesticadas, ressalvado o disposto nos incisos I e II do § 3º do art. 18 da Lei nº 13.123, de 2015.

A despeito da regulamentação legal, urgem alguns questionamentos em face à realidade. Um deles é de se saber em favor de quais comunidades seriam repartidos os benefícios, se várias forem as populações tradicionais detentoras do conhecimento associado que deu origem a um produto acabado. Em princípio, a solução seria repartir entre todas as comunidades detentoras do referido conhecimento. Todavia, outra interrogação se impõe: e se alguma população tradicional detentora do conhecimento não concordar com o acesso? Poder-se-ia dizer tecnicamente que tal comunidade não seria beneficiária da repartição.

Outra questão importante a ser enfrentada: a hipótese de único acesso der origem a vários produtos. Em interpretação literal da lei, tem-se que haverá repartição de benefícios de tantos quanto forem os produtos originados a partir de conhecimentos tradicionais associados de origem identificável, desde que sejam os conhecimentos o elemento principal de agregação de valor, ressalvadas as isenções legais.

Buscar-se-á a entre o Acordo de Repartição de Benefícios e a Teoria Geral dos Contratos.

4. O ACORDO DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS TEM NATUREZA CONTRATUAL?

4.1. INSTITUTO CONTRATO E INSTRUMENTO CONTRATO.

Após conhecer acerca das particularidades do acordo de repartição de benefícios sobre conhecimento tradicional associado de origem identificável, surge a questão: será que este Acordo pode ser considerado como de natureza contratual?

Para responder a esta pergunta, insta diferenciar os termos “Acordo” e “Contrato”. Tecnicamente, na órbita civil, o acordo é o elemento subjetivo do contrato, somado à vontade livre. Assim, tem-se que o Contrato contém o Acordo, ou seja, sua definição é mais ampla e dinâmica, por envolver outros elementos, quais sejam: os subjetivos: acordo e vontade livre (sem vícios), os objetivos (objeto lícito, possível determinado ou determinável) e formais (forma prescrita ou não defesa em Lei), conforme as regras do art. 104 do Código Civil de 2002.

Vale destacar que o acordo é espécie do gênero negócio jurídico. O Acordo também é parte do negócio jurídico. Assim, além de parte do contrato, o acordo também está contido num elemento maior: o negócio jurídico.

Nesse sentido, há muitos acordos que não são necessariamente contratos, mas representam outros negócios jurídicos. Isso é pacífico. Sendo o contrato a típica forma de

negócio jurídico bilateral *intervivos*, resta abordar a necessidade do Acordo de repartição de Benefícios ser tratado juridicamente como um contrato em todos os seus termos, o que parece não ocorrer.

A própria bilateralidade pode representar um aspecto controvertido, pois sua definição vai além da quantidade de pólos da relação. A bilateralidade consiste em reciprocidade entre os contraentes, ou seja, as obrigações e direitos são simultâneos e recíprocos, em que ambos contraem direitos e deveres ao mesmo tempo, um em relação ao outro. Esta característica contratual também é denominada sinalagma. O Acordo de Repartição de Benefícios não contém este sentido de bilateralidade, pois o mesmo se trata de uma espécie de relação de adesão com vários requisitos impostos por Lei para a efetiva repartição de benefícios com os detentores de conhecimentos tradicionais.

Com o intuito de solucionar o questionamento, segue um convite para um breve passeio sobre alguns aspectos da teoria geral dos contratos – sem a pretensão de aprofundar o debate, para não fugir do propósito do presente *paper*.

Ulpiano define contrato nos moldes clássicos ressaltando quase que exclusivamente o elemento acordo, para quem: *"est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus"*, que significa o mútuo consenso, ou acordo, de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, conforme Miranda (2017).

Clóvis Beviláqua (1916), o representante da codificação anterior, conceitua contrato como sendo "o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito".

Conforme esta visão clássica ou moderna, contrato é um negócio jurídico bilateral apto a criar modificar ou extinguir direitos e deveres, com conteúdo lícito e patrimonial. No mesmo sentido definem contrato Pereira (2017), para quem contrato o acordo de vontades, na conformidade da Lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos, bem como Gomes (2008). A civilística aponta dois elementos essenciais para a formação do contrato: um estrutural, formado pela alteridade existente no negócio jurídico (originado de pelo menos duas pessoas), e outro funcional, composto por interesses contrapostos (ou divergentes), mas harmonizáveis (DINIZ, 2009, p. 12-15).

Para além desta faceta econômica, o contrato deve conter valores como solidariedade, conteúdo existencial e função social, numa visão mais dinâmica de contrato (NALIM, 2005, p. 255). O viés existencial diz respeito à exaltação da existência humana em todas as suas formas (biológica, cultural, familiar, profissional, etc.), sendo o contrato meio para resguardar tal existência. A visão social de contrato está consubstanciada na idéia de que

o contrato deve servir à sociedade, por estar inserido nela e ser meio de solução de conflitos e satisfação de interesses. Os vieses existencial e social passam a ser, na contemporaneidade, elementos efetivos do contrato, que devem estar presentes em todas as suas fases (formação, execução, adimplemento e extinção).

Ao avaliar o Acordo de repartição de Benefícios, viu-se no item 3.2 vários aspectos controvertidos, que acabam indo de encontro com os valores existencial e social do contrato, a saber: o fato de ser redigido pelo usuário dos conhecimentos tradicionais sem que seja considerado como de adesão, e sem conter regras expressas de proteção ao "aderente".

Outro ponto é o fato do Acordo de Repartição de Benefícios ser antecedido pelo retromencionado Consentimento Prévio e Informado, o que igualmente reduz a livre manifestação de vontade por parte dos detentores dos conhecimentos tradicionais. No mais, são os usuários que definem a modalidade de repartição de benefícios, outro fator que enfraquece a posição dos detentores. Os usuários também impõe o prazo de repartição dos benefícios. Há possibilidade de que ocorram vários acessos e somente um pagamento. A previsão de isenções subjetivas e objetivas igualmente reduz sobremaneira o quantitativo do recebimento efetivo de benefícios.

Some-se que a Lei 13.12/2015 impõe como critério para repartição de benefícios que o conhecimento tradicional acessado constitua-se em principal elemento de agregação de valor, contendo dificuldade em teorizar esta questão (conforme indicado alhures). Com tantas restrições, chega-se a questionar se, de fato, ocorre repartição de benefícios de forma justa e equitativa, e se, de fato, há Acordo.

Se há possibilidade de não haver um acordo propriamente dito na relação entre detentores dos conhecimentos tradicionais e seus respectivos usuários, mais distante se estará de um contrato em seu sentido pleno.

Em outra perspectiva, Tartuce (2014, p. 553) diferencia o instituto contrato do instrumento contrato. Para ele, o instituto contrato diz respeito aos contratos propriamente ditos, em seu sentido material, tais como o civil, consumeirista, empresarial, administrativo, etc., todos objeto da teoria geral dos contratos. Estes não se confundem com o instrumento contratual, sendo este seu aspecto formal. Por vezes, há acordos que encerram contratos unicamente em seu sentido formal e não material, a exemplo do penhor e a hipoteca, que, por natureza, são direitos reais, mas que assumem unicamente o formato contratual.

Desde já há a percepção de que o Acordo de Repartição de Benefícios não pode ser considerado um contrato enquanto instituto, pois falta-lhe o dinamismo do conteúdo social e

existencial dos contratos, reduzindo-se a mero instrumento, sendo formalmente um contrato, mas não materialmente.

No mais, a própria Lei não denomina o instrumento de repartição de Benefícios de Contrato. Ela o intitula "Acordo" porque o mesmo unicamente representa um Acordo em seu sentido formal.

Corroborando com esta linha de argumentação, veja-se os princípios contratuais atinentes à matéria no item que segue.

4.2. ALGUNS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.

Eis os princípios que serão mencionados: princípio da autonomia da vontade, princípio da função social dos contratos, princípio da força obrigatória dos contatos (*pacta sunt servanda)*, princípio da boa-fé objetiva e princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

O princípio da autonomia privada é herança dos romanos e torna o contrato fonte de direito, ou fonte de obrigações jurídicas. Está relacionado à liberdade de contratar (liberdade de escolher com quem contratar e quando, sendo esta liberdade plena) e à liberdade contratual (liberdade de escolher o conteúdo do respectivo negócio jurídico, sendo esta liberdade limitada). A expressão "autonomia privada" significa a liberdade que a pessoa tem de regular seus próprios interesses. Tal expressão vem sendo mais aceita hodiernamente que a expressão "autonomia da vontade", pois a autonomia não é da vontade em si, mas do sujeito. E tal autonomia encontra limitações nas normas de ordem pública e em outros princípios, notadamente o da função social do contrato. O contrato vem deixando de significar exclusivamente a vontade pura dos contratantes, para representar uma soma de fatores psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Constitui autoregulamentação dos interesses privados, como produto da dignidade da pessoa humana, todavia limitada a normas de ordem pública e sociais (TARTUCE, 2014, p. 571).

O Acordo objeto desta pesquisa resulta de autonomia privada, mas tal liberdade não está plenamente garantida aos provedores, pois conforme afirmado no item 3.2 deste *paper*, o instrumento contratual mais se assemelha a uma forma de adesão, em que pouco influi a vontade dos detentores, já que o Acordo é necessariamente antecedido pelo consentimento prévio e informado, cabendo quase que nenhuma escolha aos que já previamente deram seu consentimento ao acesso aos conhecimentos tradicionais.

Segundo o princípio da função social dos contratos[10], estes devem reger-se conforme o contexto da sociedade, voltado à coletividade. Em outros termos, os contratos devem respeito às normas de ordem pública. Tartuce (2014, p. 573-579) divide a função social do contrato em eficácia interna e eficácia externa. A eficácia interna subdivide-se em cinco aspectos, a saber: 1º) proteção aos vulneráveis contratuais (p. ex., trabalhador, aderente, fiador, locatário, consumidor); 2º) vedação da onerosidade excessiva ou do desequilíbrio contratual (o que possibilita anulação, revisão e até a resolução do contrato); 3º) proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato; 4º) nulidade de cláusulas abusivas (vedação ao abuso de direito, que desrespeita a finalidade social, ou que tenha conteúdo ilícito); e 5º) tendência à conservação contratual (o que também é denominado pelos consumeiristas como princípio da manutenção do contrato), ou seja, o contrato somente será extinto como última alternativa.

Já a eficácia externa apresenta dois aspectos, conforme Tartuce: 1º) proteção dos direitos difusos e coletivos (tratando, inclusive, da função socioambiental do contrato); e 2º) possibilidade do contrato atingir terceiros (o que Tartuce chama de "tutela externa do crédito").

Tendo em vista a lista de abusividades possivelmente praticadas nos Acordos de Repartição de Benefícios avaliadas no item 3.2 deste *paper*, verificou-se que a obediência à função social nem sempre ocorre, apesar de ser necessária não somente em contratos propriamente ditos, mas nas relações jurídicas em geral.

O princípio do *pacta sunt servanda* ou da força obrigatória do contato provém do Direito Romano e traduz a necessidade de garantir a segurança jurídica dos contratos, que em regra não comportam alterações e descumprimentos. Entretanto, diante da possibilidade de injustiças contratuais aumentada com a instituição dos contratos de adesão - principalmente a partir da era moderna, já que as cláusulas são impostas por uma das partes - este princípio deve ser mitigado ou relativizado, tendo em vista a possibilidade de revisão e extinção do contrato por onerosidade excessiva, cláusulas leoninas, etc., sobretudo mirando a função social e a boa-fé objetiva. Há que se buscar equilíbrio entre a tutela da confiança, a conservação dos efeitos dos contratos e a boa-fé objetiva.

---

[10] Art. 2.035. CC. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Registre-se que a Lei n.º 13.123/2015 não prevê possibilidade de revisão, alteração ou extinção antecipada do acordo de repartição de benefícios, o que demonstra que seu tratamento jurídico não é de natureza contratual, pois se a proposta do usuário estiver formalmente de acordo com a Lei, pouco ou nada caberá ao provedor reclamar sobre seus direitos materiais possivelmente violados.

O princípio da boa-fé objetiva está vinculado à conduta das partes e não necessariamente à intenção do sujeito, como ocorre na boa-fé subjetiva aplicada na teoria da posse. A boa-fé objetiva exige dos contratantes conduta leal, inserta em deveres implícitos tais como: dever de cuidado em relação à outra parte; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (Tartuce, 2014, p. 582)[11].

Não há exigência expressa de cumprimento de boa-fé objetiva na Lei n.º 13.123/2015, apesar da previsão de que o instrumento do acordo deva ser redigido em linguagem clara e acessível e que a repartição seja justa e equitativa. Obviamente que a interpretação é no sentido de que cada cláusula deva estar comprometida com este princípio, tão fundamental em qualquer relação jurídica.

Conforme o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, este produzem efeitos apenas entre os contratantes, ou seja, *inter partes* ou *res inter alios*. Obviamente tal princípio encontra várias exceções, tais como: as modalidades de intervenção de terceiros previstas no Código Civil (estipulação em favor de terceiro, promessa de fato de terceiro e contrato com pessoa a declarar)[12], além da própria função social do contrato.

Mesmo não se tratando de contato como instituto, o Acordo de Repartição de Benefícios trata-se de um negócio jurídico e por esse motivo deve obediência aos princípios mencionais (notadamente o da boa-fé e da função social), aliás, como toda e qualquer relação jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[11] Sobre o fato da boa-fé objetiva se tratar do cumprimento de deveres secundários ou principais, há doutrinadores que discordam que os deveres impostos pela boa-fé sejam anexos ou secundários, como Flávio Alves Martins (2000), Maria Helena Diniz (2009) e Judith Martins-Costa (1999), dentre outros. Todos os deveres impostos são principais, pois sem tais condutas seria impossível obter um bom funcionamento do contrato.

[12] Código Civil , arts. 436-471.

O Acordo de Repartição de Benefícios consiste em relação jurídica que se formaliza em instrumento negocial escrito, cuja redação é livremente elaborada pelo usuário e, de certa forma, imposta ao detentor do conhecimento tradicional, com vistas à participação dos lucros por este no *quantum* estabelecido pela Lei. Assim, foram alistados alguns benefícios advindos com a Lei – direcionados, notadamente, aos usuários dos conhecimentos tradicionais – bem como algumas incongruências.

Alguns regramentos da Lei n.º 13.123/2015 foram analisados, e algumas possíveis cláusulas do Acordo foram avaliadas, o que leva à conclusão de que não há um sistema material de proteção aos detentores de conhecimentos tradicionais, apenas o reconhecimento genérico de sua propriedade intelectual coletiva. Os documentos legislativos resumem-se a meras previsões técnicas sobre o tema. Longe se está de articular o Direito de Propriedade Intelectual sobre conhecimentos tradicionais com um efetivo sistema de proteção, a exemplo do que ocorre com o consumidor, o trabalhador, o pedestre, a criança e o adolescente, o idoso, etc. Tal como está, o Acordo não viabiliza a concretização de princípios fundamentais em matéria contratual.

Acordo que acaba por se converter em contrato apenas em seu sentido formal, principalmente – destaque-se – por estar insuficiente o sinalagma neste tipo de estipulação, dadas as características comentadas no item 3.2. É necessário redesenhar o Acordo como um contrato, no sentido de conter os princípios fundamentais em matéria contratual.

Porque não dizer – parafraseando Zygmunt Bauman (2008) – que estes portadores de tão importante forma de conhecimento acabam por serem relegados à categoria de "consumidores insuficientes", ou "não consumidores", até porque as isenções e requisitos impostos pela nova lei acaba por afastá-los da liberdade material enquanto direito fundamental e do efetivo recebimento de benefícios, sejam eles monetários ou não.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. O medo líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENSUSAN, Nurit. **Guia de apoio à regulamentação da Lei 13.123/2015** que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: http://www.pacari.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_Lei_13123-1-1.pdf. Acesso em: 26 de julho de 2017.

BRASIL, Lei n.º 13.123 de 20 de maio de 2015.

BRASIL, Decreto n.º 8.772 de 11 de maio de 2016.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 2, de 1994, que aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil anotado.** Rio de Janeiro: Francisco Alves,1916.

BOFF, Salete Oro. **Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo "novo" marco regulatório**. Disponível em: http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3951/2376. Acesso em: 25 de julho de 2017.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DANTAS, Cleide Furtado Nascimento; FERREIRA, Rubens da Silva. **Os conhecimentos tradicionais dos(as) erveiros(as) da Feira do Ver-o-Peso (Belém, Pará, Brasil): um olhar sob a ótica da Ciência da Informação.** Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/pci/v18n2/08.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26 ed. São Paulo: Forense, 2008.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria geral dos contratos.** Disponível em: www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf. Acesso em: 17/08/2017.

NALIM, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil volume III.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Petrópolis, IEB – Instituto Internacional de Educação no Brasil, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil volume único.** 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TÁVORA, F. L. *et al*. **Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 26 de julho de 2017.