

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO
III**

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

NORMA SUELI PADILHA

LEONARDO ESTRELA BORGES

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 Napolini 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

D598

Direito ambiental e socioambientalismo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza, Leonardo Estrela Borges, Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-154-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros.
2. Direito Ambiental.
3. Socioambientalismo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

Apresentação

Na atualidade, as questões ambientais congregam as grandes discussões planetária, que envolvem desde a maximização do PIB de um país, até a possibilidade de inviabilidade de crescimento de outros.

Neste contexto, os temas ambientais interessam tanto à sociedade, como à ciência. No âmbito jurídico, o papel do Direito Ambiental tem sido marcado, de forma expressiva, pela tentativa de conciliar a relação homem e natureza, pela via da preservação da natureza, do desenvolvimento socioeconômico e da proteção da dignidade da vida humana. Desta maneira, cada vez mais nos deparamos com situações que exigem uma resposta imediata do Direito, seja regulamentando novos temas que possuem consequências no mundo prático, seja criando instrumentos efetivos de proteção e prevenção de danos ecológicos.

A diversidade dos desafios ambientais atuais reflete-se na heterogeneidade dos temas e trabalhos apresentados no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizado em Brasília-DF, no período de 6 a 9 de julho de 2016. De fato, no Grupo de Trabalho – Direito Ambiental e Sócioambientalismo III -, que tivemos a honra de coordenar, os artigos analisam desde temas axiológicos e com forte fundamentação epistemológica até temas extremamente específicos da prática ambiental.

Ressalta-se, desse modo, a importância do CONPEDI como fomentador da produção de conhecimento jurídico visando ao desenvolvimento de uma doutrina sólida e coesa do direito ambiental no país.

Nesse sentido, os artigos apresentados podem ser divididos em blocos. O primeiro, tendo como pano de fundo a ética e a educação ambiental, com o objetivo de analisar os vínculos do homem com a natureza, temos o artigo de Ana Christina de Barros Ruschi Campbell Penna e Lorena Machado Rogedo Bastianetto que discorrem sobre A NOVA ÉTICA AMBIENTAL CONTEMPLANDO UM OLHAR PARA O “OUTRO”. Por sua vez, Augusto Antônio Fontanive Leal apresenta artigo sobre A POSSIBILIDADE DA ALFABETIZAÇÃO AMBIENTAL DA COLETIVIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. Destacam-se, também nesta temática, os artigos SOCIOBIODIVERSIDADE E BIODEMOCRACIA. UMA (RE) APROXIMAÇÃO DO HOMEM COM A NATUREZA,

de Micheli Capuano Irigaray e Evilhane Jum Martins, e VIDA BOA, IGUALDADE E SOLIDARIEDADE EM UM MUNDO GLOBALIZADO. REPERCUSSÕES NO DIREITO AMBIENTAL, de Yuri Nathan da Costa Lannes e José Fernando Vidal De Souza.

Na sequência, encontramos discussão ainda que recorrentes sobre os princípios ambientais que foram objeto de estudo em quatro artigos: PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO. PRECAVIDO OU PREVENIDO, de Beatriz Rolim Cartaxo; PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E O DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL FRENTE AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, de Luciana Ferreira Lima e Cláudia Maria Moreira Kloper Mendonça; e TEORIA DA EQUIDADE INTERGERACIONAL. REFLEXÕES JURÍDICAS, de Marcelo Antonio Theodoro e Keit Diogo Gomes.

O viés axiológico, ainda se reflete nos artigos que analisam a estreita relação entre meio ambiente e economia, propondo uma reestruturação dos padrões de produção e consumo com o objetivo de propiciar o desenvolvimento sustentável em âmbito nacional e internacional. Nesse sentido, destacamos os artigos A NECESSIDADE DE NOVOS PADRÕES E AÇÕES PARA CONSUMO E PRODUÇÃO SUSTENTÁVEIS ATRAVÉS DO PROCESSO DE MARRAKECH, de Rosana Pereira Passarelli e Frederico da Costa Carvalho Neto e A JURISDIONALIZAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL NO CONTEXTO CAPITALISTA. O DIREITO PLANETÁRIO E A RELAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O MEIO AMBIENTE, de Caroline Vargas Barbosa e Carolina Soares Hissa.

A discussão e apontamentos para a solução de conflitos ambientais também foi objeto de algumas apresentações no Grupo de Trabalho. Desta forma, tendo como pano de fundo os problemas de escassez de água, Rogério Borba, em seu artigo MUITA SEDE PARA POUCA ÁGUA. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DA ÁGUA E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, que analisa o papel da mediação como meio de solucionar conflitos decorrentes deste grave problema ambiental e social. No âmbito civil, Tatiana Fernandes Dias da Silva, em seu artigo O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO FORMA ALTERNATIVA A JURISDIONALIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS AMBIENTAIS, analisa importante instrumento extrajudicial utilizado para a reparação de danos ambientais. Por fim, Carolina Medeiros Bahia propõe uma nova perspectiva de abordagem da teoria civilista de responsabilização para fazer face aos desafios de reparação ambiental, em seu artigo A UTILIDADE DA INCORPORAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE COLETIVA PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE.

Em outro bloco de discussões, o problema da proteção efetiva a determinados grupos sociais foi objeto de análise dos trabalhos apresentados. Com efeito, os povos indígenas foram objeto de estudo do artigo O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS NO BRASIL. O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS, de Elaine Freitas Fernandes Ferreira. A tutela jurídica das comunidades tradicionais recebeu a atenção de Juliana Soares Viga e Cristine Cavalcanti Gomes em A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA SALVAGUARDA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS. Já Luana Nunes Bandeira Alves e Girolamo Domenico Treccani voltaram sua atenção para os problemas fundiários enfrentados pelos quilombolas, em REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO. A CRIAÇÃO DE TERRAS QUILOMBOLAS EM ÁREAS PERIURBANAS. O conhecimento destas comunidades tradicionais foi igualmente objeto de estudo, inicialmente por João Paulo Rocha de Miranda, em O MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, e por Romina Ysabel Bazán Barba e Nivaldo dos Santos, em PROCESSOS DE DESENVOLVIMENTO A PARTIR DOS SABERES TRADICIONAIS E SABERES CIENTÍFICOS - ATUAL PROTEÇÃO NO PROTOCOLO DE NAGOYA.

De outro lado, a biodiversidade brasileira, em especial a amazônica mereceu expressivo destaque de artigos apresentados tendo como objeto a sua proteção. Três artigos tratam especificamente de instrumentos voltados à proteção deste ecossistema, considerado pela Constituição Federal como patrimônio nacional: PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO VIA INDIRETA PARA PROTECIONISMO DE MERCADO. ANÁLISE DO SETOR PRODUTIVO FLORESTAL AMAZÔNICO, de Stephanie Ann Pantoja Nunes; PROGRAMA BOLSA FLORESTA. CONSTRUINDO UMA AMAZÔNIA SUSTENTÁVEL, de Artur Amaral Gomes; e SOCIOAMBIENTALISMO NA AMAZÔNIA. POLÍTICAS PÚBLICAS, IGUALDADE E CARBONO SOCIAL, de Cyro Alexander de Azevedo Martiniano e André Lima de Lima. Por sua vez, Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro e Paulo Fernando de Britto Feitoza, em seu artigo UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. RELEVÂNCIA DA CRIAÇÃO E EFETIVAÇÃO DE TAIS ESPAÇOS PROTEGIDOS PARA A PRESERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, abordam especificamente um dos instrumentos criados para a preservação da biodiversidade e conservação dos recursos ambientais: o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Além disso, o acesso à água, especificamente no que se refere ao saneamento básico no país, foi o tema do trabalho O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SUSTENTABILIDADE LOCAL, de Cleide Calgaro e Paulo Roberto Polessso.

Por fim, três artigos versam sobre dois dos principais instrumentos administrativos da Política Nacional do Meio Ambiente, o estudo de impacto ambiental e o licenciamento. Em seu trabalho **QUESTÃO CONTROVERSA DA COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL**, Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto demonstra o clima de insegurança jurídica e a falta de eficácia do licenciamento ambiental decorrente dos conflitos de competência envolvendo órgãos ambientais das três esferas da federação. No trabalho **O PAPEL DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS**, Lívia Cristina Pinheiro Lopes e José Claudio Junqueira Ribeiro analisam como as medidas compensatórias são utilizadas pelos órgãos públicos durante o processo de licenciamento de determinadas atividades. Por fim, Renata Soares Bonavides, em seu artigo **NECESSIDADE DE ESTUDOS DE IMPACTOS NA INSTALAÇÃO DE UNIDADES PRISIONAIS**, analisa como os estabelecimentos prisionais devem respeitar, além das normas do direito penal, todas as exigências do direito ambiental a fim de mitigar os prejuízos e assegurar medidas compensatórias diante dos efeitos danosos resultantes da edificação desses estabelecimentos.

Diante da diversidade dos artigos apresentados desejamos que todos possam ter uma agradável leitura dos trabalhos ora apresentados.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – UNINOVE

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UNISANTOS / UFMS

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges – IDP

O MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

THE LEGAL FRAMEWORK OF BIODIVERSITY AND CONTROL CONVENTIONALITY

João Paulo Rocha De Miranda ¹

Resumo

Este trabalho visa estudar o marco legal da biodiversidade, Lei 13.123, contudo sem concentrar apenas no aspecto positivo, mas principalmente fazendo uma crítica ao conflito desta com tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, inicialmente, é abordado o instituto da consulta prévia das comunidades tradicionais. Na sequência são discutidos os instrumentos internacionais, com destaque para a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica. No decorrer da exposição é tratado sobre o marco legal da biodiversidade. Por fim, procura-se demonstrar a incompatibilidade desta norma com os tratados internacionais, demonstrando assim a “inconvencionalidade” e inaplicabilidade da Lei 13.123.

Palavras-chave: Comunidades tradicionais, Biodiversidade, Marco legal, "inconvencionalidade"

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to study the Law 13.123, but without focus only on the positive, but mostly doing a critique of this conflict with international human rights treaties. Therefore, initially, it is addressed the consultation of the institute of traditional communities. In the sequence are discussed international instruments, especially the Convention 169 of the ILO and the Convention on Biological Diversity. During the exhibition, is treated on the legal framework of biodiversity. Finally, it seeks to demonstrate the incompatibility of this standard with international treaties, thus demonstrating the “unconventionality” and inapplicability of Law 13.123.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Traditional communities, Biodiversity, Legal framework, “unconventionality”

¹ Professor do curso de Direito UFMT/CUA. Doutorando em Direitos Humanos e Meio Ambiente (UFPA). Mestre em Direito Agroambiental (UFMT). Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa GPDBio/CNPq

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho encontra justificativa socioambiental e jurídica dentro do contexto jurídico-político vigente de proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, tanto no âmbito internacional, quanto no nacional. Por este motivo é necessário iniciar definindo povos e comunidades tradicionais:

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

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; [...]¹

Além da definição dada pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, é importante ressaltar o conceito de conhecimento tradicional associado disposto no marco legal da biodiversidade. Contudo, a Lei 13.123/15 cria uma subcategoria de conhecimento tradicional associado não identificável, o que pode ser entendido como um retrocesso desta lei.

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

[...]

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

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

IV - comunidade tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição; [...]²

Partindo destes conceitos, é importante visualizar que o contexto de proteção das comunidades e conhecimentos tradicionais é dicotômico. Isto porque, ao mesmo tempo em que as normas internacionais tutelam a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais, reconhecendo a necessidade de consulta de povos e comunidades diretamente afetados, a legislação pátria procura flexibilizar estes direitos e, até mesmo, permite a apropriação e utilização destes bens ambientais contra interesses socioambientais e difusos de países megadiversos, como o Brasil, que possuem a maior parte da biodiversidade do planeta:

O Brasil possui a maior cobertura de florestas tropicais do mundo, especialmente concentrada na Região Amazônica. Por esta razão, aliada ao fato de sua extensão territorial, diversidade geográfica e climática, nosso país abriga uma imensa diversidade biológica, o que faz dele o principal entre os países detentores de

megadiversidade do Planeta, possuindo entre 15% a 20% das 1,5 milhão de espécies descritas na Terra.³

Neste diapasão, o marco legal da biodiversidade brasileira possui várias incompatibilidades com alguns tratados internacionais que regulam a matéria. Tais questões põem em risco a segurança alimentar, farmacológica, agrícola e genética do Brasil, e, quiçá, do planeta. Isto porque “a humanidade retira alimento, remédios e produtos industriais da biodiversidade, entre os 10 milhões de seres que formam a fantástica riqueza biológica do Planeta, localizada principalmente nas suas florestas tropicais”⁴.

Desta forma, o objeto desta pesquisa está inserido no contexto de um debate atual e global, que envolvem questões de inconveniências, bem como de limitações socioambientais, perda de biodiversidade, erosão genética, *biopirataria*, *pirataria* de patrimônio genético e conhecimentos tradicionais, patentes agrícolas e medicinais, entre outras. Por este motivo, esta pesquisa é bibliográfica e adota os métodos dedutivo e dialético.

Assim, este cenário tem ocorrido por causa de uma revolução biotecnológica, que tem desvinculado as plantas, os animais e os microorganismos da terra. Assim, desterritorializa as formas de vida, reduzindo-as a fragmentos genéticos, que são prontamente apropriados pelas grandes corporações, que se fundamentam no direito de propriedade intelectual para tal⁵.

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

A biodiversidade foi redefinida como ‘invenções biotecnológicas’, para tornar o patenteamento de formas de vida aparentemente menos controvertido. Essas patentes são válidas por 20 anos e, portanto, cobrem gerações de plantas e animais. No entanto, mesmo quando cientistas em universidades embaralham genes, eles não ‘criam’ o organismo que a seguir patenteiam.⁶

Diante disso, quinhentos anos depois, parece haver uma nova forma de colonialismo, sendo a cultura e a biodiversidade os novos produtos de exploração, como comenta Vandana Shiva:

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos príncipes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresas transnacionais, apoiadas pelos governantes contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizada do mundo ocidental⁷.

Destarte, esta possibilidade, quase que colonial, de apropriar-se da biodiversidade e conhecimentos tradicionais independentemente de consulta aos povos e comunidades interessadas, tem gerado grande polêmica. Isto porque, tal processo parece não ser adequado

para a tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados, mas extremamente interessante para as empresas de biotecnologia, principalmente dos países desenvolvidos, que buscam se apropriar da biodiversidade dos países megadiversos, em uma espécie de novo colonialismo.

Desta forma, se evidencia a importância de investigar como o direito regula a apropriação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados frente o direito de acesso e a consulta prévia, livre e informada, bem como se o marco legal da biodiversidade brasileira se coaduna com os tratados internacionais em que o país é signatário.

Assim, internacionalmente há um cenário de disputa do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, traduzido nos diferentes tratados internacionais. Enquanto alguns buscam introduzir uma lógica comercial que desconsidera as populações tradicionais e beneficia as grandes potências mundiais em detrimento dos países megadiversos, outras procuram garantir os direitos dos povos e comunidades tradicionais de serem consultados e participarem do processo. Neste sentido a professora Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira enumera e comenta sobre os Tratados Internacionais que tratam, cada um na sua esfera, sobre os conhecimentos tradicionais associados:

Dentre os principais cenários de disputa sobre os conhecimentos tradicionais associados destacam-se a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), o Acordo TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Tratado de Recursos Fitogenéticos da FAO, a Convenção sobre Patrimônio Imaterial da UNESCO e a Convenção 169 da OIT. Cada um deles está vinculado a uma arena distinta, embora existam interações que permitam identificar encaixes em relação àqueles que se destinam à proteção dos conhecimentos tradicionais, embora não seja possível apontar essa mesma característica em relação aos que versam sobre propriedade intelectual [...] ⁸

Contudo, nesta investigação, será feito um recorte epistemológico nos tratados internacionais que tratam sobre a consulta prévia, livre e informada, notadamente a Convenção sobre diversidade biológica (CDB) e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

2 CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA

Desta maneira, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que é fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92, realizada no Rio de Janeiro, trabalha com a lógica de direito de acesso e repartição de benefícios. Assim, a CDB em seu artigo 8º, j, reconhece que os conhecimentos e práticas de comunidades locais e populações indígenas devem ser respeitadas, e que a aplicação destes

conhecimentos deve passar pela aprovação e participação de seus detentores, bem como seus benefícios devem ser repartidos com as comunidades locais e indígenas.

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

[...]

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; [...]⁹.

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

A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 1992, reconheceu a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas, com estilo de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes¹⁰.

Neste mesmo sentido, comenta Dinah Shelton:

A COP da CDB inseriu os direitos indígenas no contexto de implementação da convenção, protegendo os conhecimentos tradicionais e as práticas consistentes com o desenvolvimento sustentável (...) a COP VI enfatiza a necessidade de diálogo c/ representantes de comunidades indígenas e tradicionais, particularmente as mulheres, para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica¹¹.

Contrariando os países desenvolvidos do norte, que almejavam o reconhecimento da biodiversidade enquanto patrimônio comum da humanidade, as nações megadiversas, em geral do hemisfério Sul, mobilizaram-se junto à Organização das Nações Unidas por uma normatização internacional que reconhecesse os povos e comunidades tradicionais. Desta maneira, surgiu a CDB, que, apesar de impor limites às soberanias nacionais sobre a diversidade biológica, estabelece que embora a conservação da diversidade biológica seja uma preocupação comum à humanidade, cabe aos Estados regular a forma pela qual irão gerir seus recursos naturais, assim como regulamentar o regime jurídico adequado para o acesso destes quando em territórios de populações indígenas e comunidades locais e que envolvam os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético.¹²

Contudo, ao mesmo tempo em que a CDB, em seu artigo 8º, prevê a repartição dos benefícios com as comunidades tradicionais, como anteriormente comentado, reconhece, em seu artigo 16, os direitos de propriedade intelectual, de forma semelhante ao Acordo TRIPS, sistema extremamente “monopolista”, que permite a apropriação da biodiversidade independentemente de consentimento:

Artigo 16 Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia

[...]

2. O acesso a tecnologia e sua transferência a países em desenvolvimento, a que se refere o § 1 acima, devem ser permitidos e/ou facilitados em condições justas e as mais favoráveis, inclusive em condições concessionais e preferenciais quando de comum acordo, e, caso necessário, em conformidade com o mecanismo financeiro estabelecido nos arts. 20 e 21. **No caso de tecnologia sujeita a patentes e outros direitos de propriedade intelectual, o acesso à tecnologia e sua transferência devem ser permitidos em condições que reconheçam e sejam compatíveis com a adequada e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual.** A aplicação deste parágrafo deve ser compatível com os §§ 3, 4 e 5 abaixo.[...] (grifo nosso).¹³

Destarte, alguns autores entendem que a CDB não resolveu os problemas referentes à repartição e apropriação dos recursos da biodiversidade, uma vez que legitimou os direitos de propriedade intelectual¹⁴. Entretanto, uma análise mais apurada deste mesmo dispositivo da CDB leva a exegese de que o direito de propriedade intelectual apesar de reconhecido deve apoiar, e não se opor, aos objetivos da CDB:

Artigo 16 Acesso à Tecnologia e Transferência de Tecnologia

[...]

5. As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para **garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção.**¹⁵

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

Quanto ao instituto da consulta prévia, livre e informada, a CDB dispõe sobre o consentimento prévio fundamentado. Embora a CDB não mencione os mecanismos internos para obtê-lo, determina que cabe aos Estados-membros da Convenção fornecer tal consentimento, conforme disposto em seu Art. 15:

Artigo 15 Acesso a recursos genéticos

[...]

5. O acesso aos recursos genéticos deve estar **sujeito ao consentimento prévio fundamentado** da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte. [...] (grifo nosso).¹⁶

Já no tocante ao consentimento prévio e informado das comunidades indígenas e locais, este deve ser obtido com relação aos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas, que, de acordo com o Art. 8, j, da CDB, devem ser respeitadas, preservadas e mantidas “[...] com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a **aprovação e a participação dos detentores** desse conhecimento, inovações e práticas [...]”(grifo nosso).¹⁷

3 CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

Corroborando com a tutela da biodiversidade a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) trata sobre direitos dos povos¹⁸ indígenas e tribais. Assim, a Convenção é aplicada a povos considerados indígenas, em países independentes, uma vez que seus habitantes descendem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização. Além disso, estes povos são considerados indígenas porque também conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Vale ressaltar também que a convenção possui aplicabilidade a povos tribais, que possuam condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros segmentos da população nacional. É importante frisar ainda que as identidades indígena ou tribal provêm de autoidentificação, como critério subjetivo. Assim, ninguém, Estado, grupo social ou indivíduo, pode negar a identidade a um povo indígena ou tribal, que assim se reconheça.¹⁹

Quanto à competência da matéria, em uma análise prévia, pode surgir certa estranheza quanto à regulamentação desta matéria ao âmbito da OIT. Entretanto, ao se observar mais detalhadamente, é possível verificar que esta Organização, desde a sua criação, em 1919, tem considerado a situação das populações indígenas enquanto força de trabalho nos domínios coloniais. Neste sentido, em 1926 a OIT, a partir de estudos realizados desde 1921, instituiu a Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais. Entre muitas que se sucederam, é possível destacar a Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçado (1930), bem como a Convenção nº 107, de 1957, do Pós-Guerra, que tratava precipuamente sobre os direitos a terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação.²⁰

Contudo, no bojo da revolução social e cultural das décadas de 60 e 70, do século passado, a Convenção nº 107, até então considerada um marco no processo de luta histórica dos povos indígenas, passou a ser criticada por ser integracionistas e paternalistas. Diante disso, a OIT, procurando garantir a preservação e sobrevivência dos modos e sistemas de vida das comunidades indígenas e tribais, bem como sua ativa e efetiva participação, revendo a Convenção nº 107, adotou na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, a Convenção nº 169, sobre povos indígenas e tribais, baseando-a na consulta, na participação dos povos indígenas e tribais e no direito destes povos definirem suas próprias prioridades.²¹

Os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a consulta e a participação dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam.²²

Diante disso, é importante frisar que não se trata de uma “mera questão indígena”, que de simples não tem nada, como pode parecer para um desconhecedor da matéria. Isto porque a tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais indígenas associados à biodiversidade, e, portanto, da própria diversidade biológica, é uma matéria de direito dos povos indígenas, mas sobre tudo trata-se de uma questão de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, simultaneamente, em fim, de Direitos Humanos. Isto porque os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade são indissociáveis da própria diversidade biológica utilizada para a produção de medicamentos e alimentos, por exemplo. Portanto, formam um conjunto incorpóreo, essencial para a sustentabilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como para a proteção da própria biodiversidade e dos modos de criar, fazer e viver destas comunidades tradicionais. Desta forma, como os fitoterápicos e alimentos possuem uma natureza econômica e a biodiversidade da qual o origina possui aspectos sociais, culturais e ambientais, não há como separá-los.

Neste sentido, é importante compreender que os conhecimentos tradicionais estão inseridos dentro do conceito de patrimônio biocultural imaterial de comunidades tradicionais, sejam elas indígenas ou locais. Assim, é importante frisar que a expressão *patrimônio biocultural imaterial* surge da associação entre os termos *patrimônio biocultural*, utilizado no Código de ética da Sociedade Internacional de Etnobiologia, e *patrimônio cultural imaterial*, disposto pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, que será abordada a seguir. Desta maneira, o *patrimônio biocultural imaterial* enquanto gênero compreende três espécies: conhecimentos tradicionais, recursos da biodiversidade e expressões culturais tradicionais.²³ Assim a noção de *patrimônio* remete a aspectos econômicos e sociais, enquanto a expressão *biocultural imaterial* faz referências às questões culturais e ambientais. Portanto, estes direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais devem ser tutelados mediante obrigações positivas, pelas as quais passa o direito das comunidades tradicionais serem previamente consultadas, como prevê o Art. 6º da Convenção nº 169 da OIT.

Destarte, Víctor Abramovich ao fazer a distinção dos direitos civis e políticos em relação aos econômicos, sociais e culturais, afirma que os primeiros possuem um caráter de obrigatoriedade negativa, enquanto os demais implicam em obrigações positivas. Desta forma, a natureza dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) se consubstancia na obrigação positiva do Estado fazer, isto é, de proteger os DESCAs.²⁴

Desta forma, ao ratificarem a Convenção nº 169 da OIT, os Estados membros assumem a obrigação positiva de garantirem aos povos indígenas os direitos e princípios fundamentais do trabalho, bem como as mesmas condições de trabalho decente e justiça social desfrutadas pelos demais trabalhadores. Entre estas condições, destaca-se o direito à igualdade de tratamento e de oportunidades, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva. Além disso, é importante frisar o direito de não estarem sujeitos, por dívida, a trabalho forçado ou escravo, sem dizer na proteção das crianças indígenas contra quaisquer formas de exploração.²⁵

Neste sentido comenta Christian Curtis que a Corte Interamericana ao identificar o não cumprimento por parte dos Estados de obrigações positivas oriundas da Convenção nº 169 da OIT, tem condenado estes Estados por violações do direito à vida²⁶.

Além do cumprimento destas obrigações positivas, a Convenção nº 169 da OIT, em seu Art. 6º, também impõe o dever de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas diante de medidas legislativas e/ou administrativas capazes de afetá-los diretamente²⁷.

Desta forma, o Art. 6º da Convenção nº 169 da OIT, enquanto cláusula geral, também se aplica à tutela do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e, portanto, da própria diversidade biológica. Isto ocorre diante da obrigação de consulta prévia aos povos indígenas para acesso de seus conhecimentos tradicionais. Além da cláusula geral da consulta prévia, o Art. 15 também estipula a obrigação de consulta em algumas situações específicas, quase que exemplificando e detalhando o princípio geral. Dessa forma, dispõe a obrigatoriedade da consulta quando se trata de explorar recursos naturais pertencentes aos povos indígenas, mesmo quando estes recursos sejam de propriedade dos Estados, como no caso de recursos minerais²⁸.

4 O MARCO LEGAL DA BIODIVERSIDADE E SUAS INCONVENCIONALIDADES

Diante da exposição do instituto da consulta prévia, livre e informada, faz-se necessário investigar a presença deste instrumento no marco legal da biodiversidade. Assim, embora a Lei 13.123/15 preveja um tipo de consulta prévia, cria várias isenções à consulta, colidindo com a Convenção nº 169 da OIT.

Ademais, a total ausência de consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais no processo legislativo da Lei 13.123/15, caracteriza a inconvenção do referido dispositivo legal, que está totalmente viciado frente ao princípio da consulta prévia da Convenção nº 169 da OIT, bem como da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB),

comentado anteriormente. Destarte, o marco legal da biodiversidade se torna inaplicável diante do conflito existente com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB, que, por serem tratados de direitos humanos, ratificados sem o quorum qualificado, previsto no § 3º, do Art. 5º, do texto constitucional, possuem status supralegal, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o que já gerou inclusive súmula vinculante²⁹:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (grifo nosso).³⁰

Neste sentido, comenta o Professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

[...] a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com quorum qualificado previsto expressamente na Constituição (art. 5º, §3º). Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma do controle difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após a sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, §3º, tais

tratados serão materialmente e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade.³¹

Desta forma, a tese de MAZZUOLLI confere status constitucional a qualquer tratado de direitos humanos, independentemente do quorum qualificado de três quintos para aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, disposto no §3º, do art. 5º, do texto constitucional. Assim, o referido jurista entende que os tratados de direitos humanos que não sejam aprovados pelo quorum qualificado possuem natureza de norma materialmente constitucional, enquanto os aprovados pela maioria qualificada, por serem equivalentes às emendas constitucionais, são materialmente e formalmente constitucionais. Assim, no primeiro caso, os tratados estariam sujeitos ao controle de convencionalidade difuso, enquanto no segundo, ao concentrado.

Contudo, embora a referida tese seja uma tentação para os jushumanistas, uma vez que confere natureza constitucional para qualquer tratado de direitos humanos, não é este o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, conforme transcrito acima. Embora não seja unânime, prevalece nesta Corte que apenas os tratados de direitos humanos aprovados com o quorum qualificado do §3º, do art. 5º, do texto constitucional, possuem status constitucional. Portanto, os demais tratados, aprovados sem a maioria qualificada, possuem natureza supralegal, o que torna “[...] inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”³², caracterizando assim a inconvenção das leis que se opõem aos tratados internacionais de direitos humanos.

Destarte, apenas o fato do processo legislativo da Lei 13.123/15 não ter garantido a consulta prévia às comunidades tradicionais já seria suficiente para declarar a inconvenção do marco legal da biodiversidade. Entretanto, ainda existem mais incongruências entre esta lei e outros tratados de direitos humanos.

O Art. 9º, da Lei 13.123/15, condiciona o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável à obtenção de consentimento prévio informado, que, segundo o inciso VI, do Art. 2º, da referida lei, se caracteriza por um “[...] consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”³³. Entretanto, cria regras diferenciadas de consentimento, criando subcategorias de conhecimentos tradicionais, o que é incompatível com a Convenção nº 169 da OIT:

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

[...]

§ 2º O **acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado.**

§ 3º O **acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável** que deu origem à variedade ou à raça e não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça (grifo nosso).³⁴

Desta maneira, o marco legal da biodiversidade subdividiu o conhecimento tradicional em duas espécies, a saber: conhecimento tradicional associado; e conhecimento tradicional associado de origem não identificável. O primeiro consubstancia-se em “[...] informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético [...]”³⁵, conforme inciso II, do Art. 2º. Já o segundo é o “[...] conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional [...]”³⁶, de acordo com o inciso III, do Art. 2º. Ao fazer esta subdivisão, o legislador isentou a segunda categoria de consentimento prévio para seu acesso. Ademais, considera que o acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas corresponde ao acesso de conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça, isentando assim o consentimento das comunidades tradicionais, segundo §3º, do Art. 9º, da Lei 13.123/15³⁷.

Desta forma, a isenção dos conhecimentos tradicionais associados de origem não identificável conflita com a Convenção nº 169 da OIT e a CDB. Além disso, a isenção para agricultura do consentimento para o acesso de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula confronta-se tanto com as supracitadas convenções, quanto com o Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura da FAO (TIRFA).

O TIRFA é baseado em um sistema multilateral de acesso e repartição de benefícios, de forma que os países signatários disponibilizam seus recursos fitogenéticos para os outros Estados-partes. Entretanto, este tratado não regula qualquer recurso fitogenético, mas apenas aqueles elencados no anexo 1 do referido tratado e mantidos em coleções públicas *ex situ*, conforme comenta MIRANDA:

Desta forma, este tratado não cria um regime jurídico de acesso e repartição de benefícios irrestrito, válido para todos os recursos fitogenéticos, mas sim um sistema multilateral, que regula apenas os intercâmbios e remessas externas, entre instituições de diferentes países. Contudo, apesar de muitos dispositivos deste tratado terem aplicabilidade para a totalidade dos recursos fitogenéticos para

alimentação e agricultura, este sistema multilateral só se aplica à coleções públicas *ex situ* e de determinados recursos fitogenéticos, elencados no anexo 1 deste tratado, tais como, beterraba, citrus, coco, cenoura, cara, morango, girassol, cevada, batata-doce, lentilha, maçã, mandioca, banana, arroz, feijão, ervilha, centeio, batata, berinjela, trigo, milho, entre outras espécies alimentares e forrageiras.³⁸

Desta maneira, o sistema de isenção de consentimento para acesso de variedades crioulas, criado pela Lei 13.123/15, irá confrontar com o TIRFA, quando a isenção do acesso em questão for de uma variedade descrita no anexo 1 do referido tratado. Contudo, apesar da discordância de parte da doutrina jusambiental, o TIRFA não é considerado um tratado de direitos humanos. Por este motivo teria o mesmo status de lei infraconstitucional do que a Lei 13.123/15. Diante deste conflito, à luz do princípio *in dubio pro nature*, o TIRFA deveria prevalecer uma vez que seu sistema confere maior proteção ambiental, enquanto a isenção preconizada pelo marco legal da biodiversidade proporcionaria uma erosão genética de variedades³⁹ e raças crioulas⁴⁰, como atualmente já ocorre.

Outra questão a ser ressaltada são os meios de prova da obtenção do consentimento prévio informado, dispostos no §1º, do Art. 9º, da Lei 13.123/15:

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

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

I - assinatura de **termo de consentimento prévio**;

II - **registro audiovisual** do consentimento;

III - **parecer do órgão oficial** competente; ou

IV - adesão na forma prevista em **protocolo comunitário**. [...] (grifo nosso).⁴¹

Ora, o consentimento prévio não é apenas um papel assinado, mas um processo mais amplo e complexo no qual deve ser garantida a ampla participação das comunidades tradicionais a serem afetadas. Assim, as consultas devem ser feitas em particular às suas instituições representativas, por meio de procedimentos adequados, conduzidos de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, a fim de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado. Portanto, cada caso é um caso. Nenhum consentimento é igual ao outro, pois os povos tradicionais também são diferentes em suas crenças, valores e culturas. Assim, um simples documento, um evento isolado, um vídeo fora de contexto ou o parecer de uma autoridade, não caracterizam o consentimento prévio e informado previstos na Convenção nº 169 da OIT e na Convenção sobre Diversidade Biológica.

A consulta é um processo de diálogo, de conversas justas e de boa-fé que garante a participação dos povos diretamente afetados, respeitando suas particularidades culturais, seu jeito e seus planos de vida e de futuro. Não se trata de um evento isolado, mas sim de conhecer as razões de todos os envolvidos, para que os

Governos tomem decisões que considerem e respeitem a diversidade cultural. Nesse processo, cada um deve ceder um pouco, tentando chegar a um acordo, e não dizer simplesmente sim ou não.⁴²

Neste sentido, Deborah Duprat comenta sobre o processo de consulta prévia, lembrando que a consulta faz parte do processo decisório do Estado, e, que, portanto, uma consulta, onde tudo já está previamente decidido, apenas como um instrumento legitimador, logicamente não se caracteriza na consulta prévia e informada prevista nos tratados internacionais em questão:

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão.⁴³

Por este motivo uma mera assinatura de termo de consentimento prévio não comprova a realização de um processo de consentimento de fato, nem, muito mesmo, dos parâmetros de boa-fé, transparência, ciência dos riscos e benefícios e o amplo fornecimento de informações que subsidiem a tomada de decisão.

De igual forma, não comprova o consentimento o parecer do órgão oficial competente. Ora, o consentimento deve ser dos povos e comunidades tradicionais e não de um órgão. Caso contrário, se estaria ferindo o direito de autodeterminação das comunidades tradicionais, também previsto na Convenção nº 169 da OIT e, de forma mais expressa nos Arts 3º e 4º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴⁴.

Por sua vez, o registro audiovisual do consentimento deve ser visto com parcimônia. Um vídeo, por exemplo, do momento do consentimento, pode estar fora do contexto com inúmeras edições. Entretanto, se este registro for de todo o processo de consentimento e este tiver sido realizado adequadamente, poderá constituir em prova.

Portanto, o meio mais eficaz de prova do consentimento prévio, livre e informado é justamente a adesão em protocolos comunitários. Isto porque, os protocolos comunitários são de fato a melhor forma de comprovar o consentimento prévio, uma vez que é um processo participativo de tomada de decisões que expressa o pluralismo jurídico e a autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais. Desta forma, os protocolos comunitários se consubstanciam em:

[...] protocolo comunitário - norma procedimental das populações indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios de que trata esta Lei; [...].⁴⁵

Assim, o protocolo comunitário também é um instrumento de tomada de decisões, como comentado anteriormente. Contudo, o consentimento dos povos e comunidades tradicionais, expressos no protocolo comunitário, nem sempre é essencial, mas deve sempre influenciar e vincular a decisão do Estado.

Neste sentido, é relevante comentar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do caso Saramaka, distinguiu consulta de consentimento:

La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.⁴⁶

Assim, o consentimento é exigido nas hipóteses de grandes projetos de empreendimentos que causem perda de território ou que comprometa gravemente o acesso, uso e gozo do território e dos recursos imprescindíveis à manutenção física, espiritual e cultural das comunidades tradicionais, conforme entendimento do Art.13.1, da Convenção nº 169 da OIT:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.[...].⁴⁷

Portanto, o consentimento é essencial sempre que as comunidades tradicionais tiverem que ser retiradas do seu território, pois este não significa apenas um pedaço de terras, mas traz consigo aspectos axiológicos, culturais e espirituais, significando um genocídio a perda territorial, como comenta Deborah Duprat:

Nesse sentido, a desterritorialização forçada corresponde a verdadeiro genocídio, pois se suprime ao grupo espaço identitário dentro do qual a sua existência faz sentido. Daí por que a Convenção 169 expressamente dispõe, em seu art. 16.1, que “os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam”. E, nos itens seguintes, faz de retirada e reassentamento medidas absolutamente excepcionais, a dependerem de consentimento livre e informado, com garantia de retorno tão logo cessem as razões que fundamentaram a transferência⁴⁸.

Desta forma, o consentimento é essencial sempre que as comunidades tradicionais tiverem que ser retiradas do seu território, nas outras situações a consulta vincula as decisões do Estado, devendo este superar as objeções com o diálogo e composição ou estas objeções devem levar a mudança parcial ou total do projeto⁴⁹.

5 CONCLUSÕES

Destarte, no tocante à consulta prévia, livre e informada, fica claro as diversas incompatibilidades do marco legal da biodiversidade com vários tratados internacionais de direitos humanos. Entre estes, destacam-se, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção nº 169 da OIT. Tais inconveniências levam a inaplicabilidade da Lei 13.123/15, uma vez que estes tratados de direitos humanos têm caráter supralegal, não podendo a norma infraconstitucional prevalecer.

REFERÊNCIAS

-
- ¹ BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 fev 2007.
- ² BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.
- ³ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade brasileira: Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade nos biomas brasileiros*. Brasília: MMA, 2002. p.12.
- ⁴ MMA. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade brasileira: Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade nos biomas brasileiros*. Brasília: MMA, 2002. p.12.
- ⁵ GARCIA, Laymert. Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos? In: ARAÚJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (orgs). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: ISA, 1996. p. 23-24.
- ⁶ SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p.42. ISBN 85-326-2508-8.
- ⁷ Ibid., p.24.
- ⁸ MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa. In: BARROS, Benedita da Silva; GARCÉS, Claudia Leonor López; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PINHEIRO, Antônio do Socorro Ferreira (org.). *Proteção aos Conhecimentos das Sociedades Tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006. p:309-332.
- ⁹ MMA. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre diversidade biológica**. Brasília: MMA, 2000. p.11-12.
- ¹⁰ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2 ed, rev, atual, Rio de Janeiro: Thex, 2002. p. 130-131.

¹¹ SHELTON, Dinah. Global legal instruments and jurisprudence on landscape, nature and culture. In *CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL*, 9, vol. 1, 2005, São Paulo. *Anais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005. p. 67-78;

¹² PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009. p. 189.

¹³ MMA. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre diversidade biológica**. Brasília: MMA, 2000. p.15-16.

¹⁴ PACKER, Larissa Ambrosano. *Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa*. 2009, 351 f.. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2009. p. 189.

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

¹⁶ *Ibid.*, p.15.

¹⁷ *Ibid.*, p.11-12.

¹⁸ A Convenção traz uma inovação que é a distinção entre o termo “populações”, que denota transitoriedade e contingencialidade, e o termo “povos”, que caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam. Vale ressaltar, porém, que o emprego do termo “povos”, nessa acepção, limita-se exclusivamente ao âmbito das competências da OIT.

¹⁹ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.7-8.

²⁰ *Ibid.* p.5-7.

²¹ *Ibid.* p.5-7.

²² OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.8.

²³ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. ISBN 978-85-352-3831-0.

²⁴ ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 2, 2005, p. 189-190.

²⁵ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.10.

²⁶ COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 10, 2009, p. 69-70.

²⁷ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.18-19.

²⁸ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.24-25.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Sessão Plenária de 16/12/09, *DJe* de 23/12/09.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/08, *DJe-104* de 05/06/09.

³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p.137.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/08, *DJe-104* de 05/06/09.

³³ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

³⁴ Ibid.

³⁵ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

³⁶ Ibid.

³⁷ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

³⁸ MIRANDA, João Paulo Rocha de. *As dimensões de apropriação do bem ambiental sobre a agrobiodiversidade: uma análise à luz da função socioambiental*. 2011, 189 f.. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, 2011. p.147-148.

³⁹ Cf. [MIRANDA, João Paulo Rocha de](#); ALBUQUERQUE, Marcos Prado . O direito de propriedade intelectual positivo x um sistema sui generis: uma história de ameaça ao caxiri e erosão genética do milho em comunidades tradicionais indígenas. In: XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2011, BELO HORIZONTE. Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. FLORIANÓPOLIS: Fundação Boiteux, 2011. p. 11382-11401.

⁴⁰ Cf. [MIRANDA, João Paulo Rocha de](#); et. al.. Empregos verdes e conservação dos recursos genéticos animais. *Revista CFMV*, Brasília-DF, v. 1, p. 8-10, 2013.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória

nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

⁴² YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lucia Alberta Andrade (Orgs.). *A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada*. Brasília: Funai: GIZ, 2013. p.13.

⁴³ DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niteroi, RJ, Vol. 1, nº 1, p.51-72, 2014. p.64.

⁴⁴ ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: ONUBR: UNIC, 2008. P.8.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

⁴⁶ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. p.44. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

⁴⁷ OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília-DF: OIT, 2011. p.23.

⁴⁸ DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niteroi, RJ, Vol. 1, nº 1, p.51-72, 2014. p.68.

⁴⁹ Ibid.