

A LEI N. 13.123/2015 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Eliane Cristina Pinto Moreira

Doutora em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido
pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Professora de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA).
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.
E-mail: moreiraeliane@hotmail.com

Leandro Barbalho Conde

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).
E-mail: leandroconde@gmail.com

RESUMO

Este artigo propõe uma análise da Lei n. 13.123, de 21 de maio de 2015, que dispõe, entre outros aspectos, sobre regras de acesso, uso e repartição de benefícios decorrentes do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Inicialmente, o artigo narra breve histórico da regulamentação sobre a temática no ordenamento jurídico nacional. Em seguida, expõe a relação dos conhecimentos tradicionais associados à cultura dos povos e de comunidades tradicionais e identifica os retrocessos aportados pelo novo regime jurídico, traçando um paralelo comparativo com a legislação nacional que, anteriormente, dispunha sobre o assunto, e com o arcabouço jurídico internacional. Mais à frente, são avaliados os retrocessos da lei que atingiram os conhecimentos tradicionais associados, sob a ótica do princípio da progressividade, e a sua interface com o princípio do não retrocesso, demonstrando-se a violação desses princípios. Ao final, conclui-se que as regras da Lei n. 13.123/15 analisadas são inconventionais, devendo sua aplicação ser afastada do ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa é abordada de forma descritiva, utilizando, como técnica de pesquisa, material bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Biodiversidade; Conhecimentos Tradicionais Associados; Cultura. Direitos Humanos; Progressividade.

*LAW N. 13.123/2015 AND THE SETBACK IN THE TRADITIONAL
KNOWLEDGE PROTECTION*

ABSTRACT

This article proposes an analysis of the Law n. 13.123/15 that disposes, among other aspects, about the rules of access, use and partition of the benefit sharing from the genetic resources of biodiversity and traditional knowledge associated. Initially the article narrates the brief history of the regulation about the theme in the national legal order. Then, it exposes the relationship of traditional knowledge associated with the culture of traditional peoples and communities and identifies the setbacks conducted by the new legal regime by drawing a comparison with the national legislation which, previously, disposed about the subject and the international legal outline. Ahead the law setbacks that reached the traditional knowledge associated are evaluated from the perspective of the progressiveness principle and its interface with the principle of prohibition of retrogression, demonstrating the violation of these principles. At the end, we concluded that the rules of Law n. 13.123/15 are considered unconventional, and its application should be removed from the practical legal order. The research is conducted descriptively, using bibliographic and documentary material as research techniques.

Keywords: *Biodiversity; Traditional Knowledge Associated; Culture; Human Rights; Progressivity.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise da Lei n. 13.123, de 21 de maio de 2015, que dispõe sobre regras de acesso, uso e repartição de benefícios decorrentes do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados (CTA), entre outros aspectos.

Neste estudo é feita uma apreciação do mencionado instrumento legislativo no que tange à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, os quais têm como titulares de direitos os povos indígenas, as comunidades tradicionais e os agricultores tradicionais. A apreciação desses dispositivos será realizada à luz do princípio da progressividade dos direitos humanos e de sua interface com o princípio do não retrocesso, previsto no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no art. 1º do Protocolo de San Salvador.

A partir dessa análise, buscar-se-á demonstrar que a Lei n. 13.123/15 regrediu em relação aos padrões jurídicos que eram assegurados no instrumento normativo que a antecedeu. A nova lei retrocedeu na proteção dos conhecimentos tradicionais associados, especialmente quanto aos direitos culturais dos povos e das comunidades tradicionais, o que configura o descumprimento do direito fundamental à cultura, previsto no art. 14 do Protocolo de San Salvador.

Ao final, conclui-se que a aplicação das normas analisadas deve ser afastada em razão das graves violações de direitos humanos por ela aportados, mediante o exercício do controle de convencionalidade, que, por sua vez, segundo Sarlet,

busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são - ou não - hierarquicamente inferiores (CONJUR, 2015).

1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO E USO DOS RECURSOS GENÉTICOS DA BIODIVERSIDADE E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS NO BRASIL

A temática que envolve o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade e ao uso desses, bem como o acesso aos conhecimentos tradicio-

nais associados (CTA) e ao seu uso, é discutida há muitos anos no Brasil.

A primeira tentativa de regulamentação foi proposta por meio do Projeto de Lei - PL - n. 306, de 1995, de autoria da então senadora Marina Silva, na época filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT). Outros projetos de lei sobre essa temática foram apresentados até que o tema foi regulamentado pela primeira vez no Brasil, com a edição da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, cuja primeira edição se deu sob o número 2.052/00.

A MP n. 2.186-16/01 suscitou polêmica durante todo o seu período de vigência, porque setores industriais e científicos alegavam ser a lei excessivamente burocrática e reclamavam da imposição de sanções em face de seu descumprimento. Foi “nesse contexto de insatisfação do setor industrial com a normativa anterior que, em 2014, a discussão da biopirataria ganha fôlego” (DALLAGNOL, 2015, p. 4), motivando a apresentação de um projeto de lei, em 24 de junho de 2014, pelo Poder Executivo, e iniciando um processo legislativo que culminou com a publicação da Lei n. 13.123/15.

No mesmo ano em que o governo enviou ao Congresso o projeto supramencionado, o Protocolo de Nagoya, um dos instrumentos internacionais mais esperados sobre o tema, obteve o número mínimo de ratificações e entrou em vigor em outubro de 2014, durante a 12ª Conferência das Partes. O Brasil, todavia, não ratificou esse protocolo até o momento.

De fato, o texto da MP n. 2.186-16/01 apresenta vários pontos que mereceriam aprimoramento, para assegurar, de forma ampla, os direitos de povos e das comunidades tradicionais. Entretanto, esses pontos não foram alvo das modificações necessárias pela Lei n. 13.123/15.

Fruto de um processo longo de muitas idas e vindas de elaboração de anteprojetos de lei na esfera do governo federal, essa nova lei não resultou de um processo amplo e participativo e, menos ainda, permitiu o efetivo debate e a consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais afetados, sendo possível afirmar que se trata de um processo legislativo viciado perante os pressupostos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a obrigatoriedade de consulta prévia sempre que existam propostas medidas legislativas que afetem os direitos por ela assegurados.

A tramitação da matéria iniciou-se na Câmara dos Deputados (CD), com a proposição do PL n. 7.735/14, de autoria do governo federal, que o apresentou sob solicitação de urgência constitucional.

“Em consequência, por força do § 2º do art. 64 da Constituição Federal, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal (SF) passaram a dispor, cada qual sucessivamente, de até 45 dias para se manifestar sobre a proposição” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

Em razão do disposto no inciso II do art. 34 do Regimento Interno da CD, formou-se uma Comissão Especial para avaliar o PL n. 7.735/14; porém, conforme foi noticiado,

A Comissão Especial criada na CD para avaliação do PL não se reuniu, o que resultou na votação da matéria pelo plenário da CD. Esse fato, sem dúvida, causou maior complexidade na análise do projeto, uma vez que a matéria não foi previamente instruída, sobretudo com maior discussão, por meio de audiências públicas na Comissão Especial (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

Ainda assim, o PL n. 7.735/14 foi aprovado em 4 de fevereiro de 2015.

Já no Senado Federal, esse projeto de lei da Câmara dos Deputados foi recebido sob número 2 de 2015. Nessa Casa Legislativa, “foram realizadas duas audiências públicas com o objetivo de instruir o PLC n. 2, de 2015” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22).

Durante a tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, “foram apresentadas 394 emendas ao projeto” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22). Ao final, foram “12 emendas aprovadas” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 27).

A Presidência da República vetou 4 matérias, e o Congresso manteve os vetos. “Como os vetos foram mantidos na Câmara dos Deputados, não foi necessário o envio à avaliação do Senado Federal” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 30) e, após o período de 180 dias de vacância, a nova lei entrou em vigor em 15 de novembro de 2015, com o número 13.123/15, sendo regulamentada pelo Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016.

Entre as 4 matérias vetadas pela Presidência da República, destacam-se as razões dos vetos aos §§ 3º e 4º do art. 13 da Lei n. 13.123/15, que previam, respectivamente, a necessidade de autorização prévia por parte do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, para atividades de pesquisa; e por parte do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), para atividades de desenvolvimento tecnológico. Conforme a Mensagem de Veto n. 417, de 20 de maio de 2015, os vetos ocorreram pelas seguintes razões:

Os dispositivos faziam referência a outro contexto no Projeto de Lei original. Assim, no texto aprovado pelo Congresso Nacional, o § 3º restaria assistemático, e o § 4º estaria em conflito com o teor do inciso I do *caput* do artigo. Além disso, da forma disposta, tais procedimentos poderiam resultar em mero entrave burocrático, contrariamente à lógica da medida (Mensagem de Veto n. 417, de 20 maio de 2015).

Durante todo esse processo de tramitação, os povos e as comunidades tradicionais manifestaram-se expressando seu inconformismo com o processo legislativo e regulamentador que, de forma geral, excluiu a participação efetiva desses atores, privilegiando a oitiva do setor industrial.

Com efeito, o Instituto Socioambiental (ISA) noticiou, em seu sítio eletrônico, que

Povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares decidiram boicotar a audiência pública em protesto contra a forma como o governo vem conduzindo a formulação e regulamentação da lei. Eles também divulgaram carta aberta em que repudiam e pedem a revogação da lei, por ela ferir princípios constitucionais e seus direitos básicos (ISA, 2016).

2 OS RETROCESSOS DA LEI N. 13.123/15 EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS

Os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético da biodiversidade (CTA) integram o patrimônio cultural brasileiro e são direitos coletivos especialmente protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88, como se depreende da leitura de seus arts. 215 e 216, que tratam do direito fundamental à cultura.

Cunha Filho (2000, p. 34) conceitua os direitos culturais como

Aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes no futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

Essa visão coaduna-se com o disposto na Declaração Universal

sobre a Diversidade Cultural, que, em seu preâmbulo, destaca:

A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.

Sendo assim, os conhecimentos tradicionais formam uma categorização de direito humano cultural necessário para o livre desenvolvimento dos povos e comunidades tradicionais, com vistas a uma vida digna e intrinsecamente vinculada ao direito à identidade cultural.

Segundo Santilli, apud Barros *et al.* (2007, p. 284),

Os chamados conhecimentos tradicionais estão intimamente conexos à forma que aquela comunidade vê o mundo, podendo, inclusive, ter um caráter sagrado, algo que tem valor simbólico, mas não tem preço. De maneira clara, eles são processos, práticas, atividades, saberes e hábitos, passados ao longo dos anos, de geração em geração, pertencentes a uma coletividade altamente relacionada ao meio ambiente.

Já em relação ao conhecimento tradicional associado, Santilli (2005, p. 136) ensina que “inclui toda a informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e micro-organismos, independentemente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica”.

A partir da ótica dos direitos humanos aplicada aos CTA, é possível vislumbrar as falhas intrínsecas à lei em análise, que os reduziu a mero insumo para o sistema de ciência, tecnologia e inovação, amesquinhando sua importância. Apesar de a lei declarar direitos voltados à proteção dos CTA, uma leitura mais atenta de seu texto demonstra que foram criados mecanismos que reduziram a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, chegando ao ponto de estabelecer hipóteses em que o acesso aos CTA pode efetivar-se sem a exigência do consentimento prévio e informado e sem a obrigação de repartição de benefícios.

Para demonstrar os retrocessos trazidos pela nova lei em relação à proteção dos CTA, inicia-se a análise da Lei n. 13.123/15 no que tange a esse aspecto. Conforme proposto por este artigo, a apreciação dos dispositivos que abordam a proteção dos CTA será realizada mediante a comparação de seus dispositivos com o texto da então vigente MP 2.186-16/01 e

com as regras dispostas nos principais tratados internacionais que cercam a temática.

Será traçado um paralelo comparativo entre o arcabouço jurídico que envolve o tema, confrontando-se o papel do Estado no contexto do acesso, do uso e da repartição de benefícios relacionados aos CTA, previsto na atual legislação em relação à antiga previsão constante da mencionada MP.

Em que pese o fato de tanto a antiga quanto e nova legislação nacional preverem o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético como órgão central neste cenário, é notório o seu enfraquecimento, transitando do papel de um órgão que outrora aferia a regularidade dos processos para o papel de mero receptor de cadastros. Com efeito, o atual modelo baseia-se em meras declarações do usuário, que é pessoa natural ou jurídica que realiza a atividade de acesso, uso e/ou a exploração econômica dos CTA. Tais declarações são realizadas mediante preenchimento de formulário eletrônico no Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen), que é o sistema eletrônico criado para esse fim, regulamentado pelo art. 20 e seguintes do Decreto n. 8.772/16.

Dependendo da atividade que o usuário pretenda desenvolver, a nova lei impõe a necessidade de um ou mais atos declaratórios a serem cumpridos. Em linhas gerais, para a atividade de acesso, é necessário apenas que o usuário realize o cadastro no Sisgen, declarando o acesso. Se o acesso pretendido pelo usuário for em uma área indispensável à segurança nacional ou em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, é também necessário demonstrar, além do cadastro, a autorização da União; e, se a atividade for de exploração econômica, é necessário que o usuário realize ainda, após o cadastro, a notificação do produto, que consiste no instrumento declaratório que antecede o início da atividade de exploração econômica no qual o usuário declara o cumprimento dos requisitos dessa lei.

Para fins de acesso aos CTA e de exploração econômica dos CTA, a lei - como se verá mais à frente, neste estudo - exige, surpreendentemente, somente em casos excepcionais, a demonstração da obtenção do consentimento prévio e informado e da apresentação do acordo de repartição de benefícios, que são os dois instrumentos mais importantes para fins de proteção dos CTA.

O marco legal objeto deste artigo traz em seu bojo o conceito

desses dois instrumentos. No inciso VI do art. 2º da lei em questão, o consentimento prévio e informado como “consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional, segundo seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”, que permite o acesso aos CTA; e no inciso XX do mesmo artigo, define-se o acordo de repartição de benefícios como o “instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefício” oriundo da exploração do CTA acessado.

A estrutura de gestão dos conhecimentos tradicionais, prevista no art. 11 da MP n. 2.186-16/01, atribuía competência ao Cgen para deliberar sobre a autorização das atividades de acesso e de remessa, mediante anuência prévia do titular do CTA ou do patrimônio genético, bem como para dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURB). No atual modelo, nos termos do inciso IV do art. 6º do Decreto n. 8.772/16, o Cgen tem competência apenas para atestar a regularidade do acesso aos CTA combinado com o art. 12 da Lei n. 13.123/15 e com os arts. 22 e 23 do Decreto n. 8.772/16, mediante a emissão automática de comprovante de cadastro, após preenchimento do formulário eletrônico disponível no Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), sistema eletrônico que está sendo implementado e operacionalizado pela Secretaria-Executiva do CGEN.

Da mesma forma, no caso de exploração econômica dos CTA, nos termos dos arts. 34 e 35 do Decreto n. 8.772/16, o CGEN apenas gera automaticamente o comprovante de notificação depois do mero ato declaratório de notificação do produto; ou seja, para sustentar a estrutura de gestão do conhecimento tradicional associado, baseada em autodeclarações do usuário, a Lei n. 13.123/15 enfraqueceu o poder de polícia da União e menosprezou a obrigação imposta nos arts. 23 e 225 da CR/88, qual seja, a de proteção do patrimônio socioambiental.

Desse modo, a estrutura de gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, criado pela Lei n. 13.123/15, representa um retrocesso aos direitos de proteção dos CTA, visto que, na legislação anterior, havia um controle do Estado mais amplo quanto ao acesso, ao uso e à exploração econômica desses bens e, conseqüentemente, menos vulnerável, por exemplo, à biopirataria e ao uso irregular de patentes, uma vez que o controle do Estado ocorria antes do acesso.

Tanto a MP n. 2.186-16/01 quanto a nova lei tratam, no Capítulo

III, dos CTA. Todavia, enquanto o nome do título que a MP conferia a esse capítulo era “DA PROTEÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO”, a Lei o rebatizou apenas de “DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO”. Com efeito, a retirada da expressão “DA PROTEÇÃO” denota a mitigação das garantias legais anteriormente asseguradas aos CTA pela MP.

Nos dispositivos do Capítulo III da Lei n. 13.125/15 verifica-se, nos arts. 8º e 10, que a lei estabelece direitos aos povos e às comunidades tradicionais voltados à proteção dos CTA contra a utilização e a exploração ilícita dos conhecimentos tradicionais; entretanto, esses direitos não revelam avanços na proteção legal dos povos e das comunidades tradicionais.

O § 2º do art. 8º da Lei n. 13.123/15, assim como a MP n. 2.186-16/01 fazia, prevê que “o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica”, como, por exemplo, no Decreto n. 3.551/00, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e que possibilita que os CTA sejam registrados no Livro de Registro dos Saberes.

Contudo, além de a nova Lei da Biodiversidade não vincular a atividade de acesso ao registro, Cunha Filho (2000, p. 125) afirma que o registro é “uma perenização simbólica dos bens culturais. Essa perenização dá-se por diferentes meios, que possibilitam às futuras gerações o conhecimento dos diversos estágios por que passou o bem cultural”.

Dessa forma, o direito estabelecido no § 2º do art. 8º da Lei n. 13.123/15 não tem efeito prático para fins de proteção dos CTA e de proteção dos direitos culturais dos povos e comunidades tradicionais em relação, por exemplo, ao direito de concessão de patentes de invenção.

Do mesmo modo, a nova lei, no § 4º de seu art. 8º, que reproduz parte do texto da MP n. 2.186-16/01 em relação ao direito de intercâmbio e de difusão dos CTA - em que pese prever que “o intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, praticados entre si por populações indígenas¹, por comunidade tradicional ou por agricultor tradicional, para seu próprio benefício, e baseados em seus usos, costumes e tradições, são isentos das obrigações”, por exemplo, de reparti-

¹ A lei, lamentavelmente, adotou a terminologia “populações indígenas” em vez de adotar a terminologia “povos indígenas” consagrada na Convenção 169 da OIT. Como neste trabalho se pretende realizar um cotejo do texto legal, será utilizada a terminologia adotada na Lei n. 13.123/15, ressaltando sua inadequação.

ção de benefícios e consulta prévia informada -, não oferece instrumentos para esse intercâmbio e difusão. A diferença do § 4º do art. 8º da Lei n. 13.123/15 para a redação da MP revogada é que essa lei, ao condicionar a isenção dos povos e comunidades tradicionais das obrigações previstas no texto legal à necessidade de que o intercâmbio e a difusão dos conhecimentos tradicionais praticados somente ocorram entre populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional; e de que o intercâmbio e a difusão de conhecimentos sejam somente para o próprio benefício desses povos e baseados em seus usos, costumes e tradições, revela que o novo marco legal, nesse aspecto, restringiu direitos dos povos e comunidades tradicionais, haja vista que a MP não previa tal condicionante.

O novo marco legal, a Lei n. 13.123/15, reconhece direitos às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais - que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimentos tradicionais - de “ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento sustentável e a conservação do patrimônio genético” (art. 10, incisos I e II), bem como, a exemplo da MP em análise, o direito de “ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações”. Nos incisos V e VI de seu art. 10, a Lei n. 13.123/15 prevê o direito dos provedores de CTA de usar ou vender livremente produtos que contenham conhecimento tradicional associado; prevê ainda o direito de conservar, manejar, guardar, reproduzir, trocar, desenvolver e melhorar material reprodutivo que contenha conhecimento tradicional associado. Todavia, no que se refere ao direito de livre uso e venda de produtos, a nova lei, mais uma vez, restringe direitos em relação à MP revogada, quando dispõe, no inciso V de seu art. 10, que os povos e comunidades tradicionais podem “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”, que tratam da proteção das cultivares e do sistema de sementes.

Em relação ao direito de decisão dos povos e comunidades tradicionais sobre o uso de seus CTA, identifica-se considerável retrocesso, tomando-se por referência a legislação revogada. Apesar de a lei atual prever, no art. 6º, o direito de participação dos povos e comunidades tradicionais na composição do Cgen, em grau de igualdade com os setores empresarial e acadêmico, o que não ocorria na MP, e de prever ainda, no § 1º, do art. 8º, e no inciso IV, do art. 10, respectivamente, o direito desses

povos de participar de tomadas de decisão sobre assuntos relacionados à conservação, ao uso sustentável e ao acesso aos seus conhecimentos, não ficou previsto na nova legislação o direito de os povos e comunidades tradicionais decidirem sobre o uso dos seus CTA, como previa a MP no §1º de seu art. 8º, devendo-se extrair a permanência desse direito dos ditames da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 143/02 e promulgada pelo Decreto n. 5.051/04, reconhece, ainda no seu preâmbulo, o direito de autodeterminação dos povos e comunidades internacionais, ao lembrar das “aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico, e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito do Estado onde moram”.

De toda sorte, a omissão sobre o direito de os povos e comunidades tradicionais decidirem em relação ao uso dos seus CTA vulnera direitos que precisariam estar claramente dispostos; veja-se, por exemplo, no que diz respeito ao direito de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas, exploração, relacionados aos CTA, bem como de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem CTA, outrora previsto no inciso II do art. 9º da MP e não reproduzido na Lei n. 13.123/15.

Nesse contexto, fica evidente que a nova legislação regrediu na defesa dos direitos socioambientais, prejudicando o desenvolvimento dos grupos sociais titulares dos CTA, afetando a sua dignidade e, por via reflexa, retirando a liberdade dos povos e comunidades tradicionais.

Sobretudo, juntamente com as condicionantes impostas para fins de repartição de benefícios que serão analisadas à frente, no próprio Capítulo III da Lei n. 13.123/15, mediante o qual são tutelados os saberes tradicionais associados à biodiversidade das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais, verifica-se um dos maiores retrocessos em relação à MP n. 2.186-16/01, revogada. A nova lei inova negativamente em relação a essa MP, criando o sistema de classificação dos conhecimentos tradicionais sem paralelo com o regime anterior ou com qualquer outro tratado internacional sobre a temática. Esse sistema funciona como um mecanismo de seleção que condiciona a obrigatoriedade da obtenção do consentimento prévio informado dos provedores dos CTA ao fato de o conhecimento tradicional associado ser, segundo prescre-

ve a lei em análise, de origem identificável ou não.

No art. 9º da Lei n. 13.123/15 só há a previsão de obrigatoriedade para o consentimento quando se tratar de acesso a conhecimento tradicional associado classificado como de origem identificável. Em relação ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, que a mencionada lei define, no inciso III, do art. 2º, como aquele em que “não há possibilidade de vincular sua origem a pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”, o acesso independe da obtenção de consentimento prévio informado.

Nesse aspecto, o novo marco legal, a fim de identificar os saberes tradicionais associados até então de origem não identificável, deveria ter criado, no mínimo, instrumentos que condicionassem o acesso à consulta sobre esses conhecimentos, por exemplo, no Livro de Registro dos Saberes, acima comentado. Caso não constasse o registro desse saber nesse Livro, a lei deveria vincular o acesso ao registro, para que uma próxima atividade de acesso estivesse sujeita ao consentimento da população tradicional provedora desse conhecimento antes sem origem identificável.

Dessa forma, a lei obedeceria à previsão do § 1º do art. 216 da CR/88, que atribui ao poder público, com a colaboração da comunidade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A partir dessa perspectiva, é constatação eloquente que a Lei n. 13.123/15 não só regrediu como deixou de progredir na defesa dos CTA.

Ao implementar o sistema de classificação dos CTA, o novo regime jurídico estabeleceu regras, em relação ao consentimento prévio e informado, que se chocam com as previsões da Convenção 169 da OIT, como, por exemplo, com o previsto no art. 6.1, “a”, o qual impõe aos governos o dever de:

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

Nesse contexto, o Grupo de Trabalho de Conhecimentos Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), na Nota Técnica que teve como objeto o projeto e lei que culminou com a publicação da Lei n. 13.123/15, ao tratar da afetação de

direitos e interesses jurídicos relevantes aos povos e comunidades tradicionais, afirmou que

O direito à autodeterminação dos povos está intimamente relacionado ao direito que tais povos têm sobre seus patrimônios materiais e imateriais. Os povos têm direito a gozar com autonomia de seus patrimônios (territoriais, culturais, intelectuais, morais e econômicos etc.), sem serem violados por atos dos Estados ou mesmo agentes privados (MPF, 2014, p. 5).

Ademais, em razão de a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) - ratificada pelo Brasil com a aprovação do Decreto Legislativo n. 02/94 e promulgada em 1998, com o Decreto Presidencial n. 2.519/98 - impor, no art. 8º, “j”, a participação dos povos e comunidades tradicionais nas hipóteses de acesso, a previsão de dispensa da consulta prévia e informada encontrada no novo marco legal é incompatível esse acordo internacional.

A nova lei subordinou o direito à consulta prévia e informada ao mencionado sistema classificatório dos CTA, enquanto na MP o consentimento dos povos e das comunidades tradicionais era condicionante absoluta para o acesso aos conhecimentos tradicionais indistintamente.

Deve-se ressaltar que a nova legislação não deixa claro quem é o responsável pela obtenção do consentimento prévio. Contudo, vale a pena lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ao julgar o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, já firmou entendimento de que o dever de efetivar as consultas prévias e de obter o consentimento é estatal, e, portanto, tal ônus não pode ser delegado a terceiros estranhos à estrutura pública, incumbindo ao Estado demonstrar que esse direito foi garantido em todas as suas dimensões:

El Convenio n. 169 de la OIT se aplica, inter alia, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”¹⁸⁸, y por el cual los Estados “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 44).

Outro retrocesso verificado na lei referente à matéria do consentimento prévio é a previsão do § 1º do art. 9º. A lei considera como meios de prova da obtenção do consentimento prévio informado: a assinatura de termo de consentimento prévio; o registro audiovisual do consentimento; o parecer do órgão oficial competente; ou a adesão na forma prevista em protocolo comunitário. Nesse aspecto, não se observou que o consentimento é apenas o resultado de um processo mais complexo, no qual deve ser garantida a ampla participação das comunidades atingidas. Por esta razão, a mera prova documental consiste em formalidade que não serve de meio de prova plena desse processo, nem mesmo de prova da observância dos parâmetros estabelecidos internacionalmente para esse processo, tais como a boa-fé, a transparência, a ciência dos riscos e benefícios e o amplo fornecimento de informações que subsidiem a tomada de decisão.

No que tange especificamente ao disposto no inciso III do § 1º do art. 9º da lei em questão, que atribui ao parecer do órgão oficial competente meio de prova da consulta prévia, mais uma vez há violação ao direito de autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, consagrado na Convenção 169 da OIT. Ressalte-se que um parecer nesse sentido pode ser complementar ao consentimento prévio, mas jamais poderá suplantá-lo nem servir de prova plena. Daí nasce a grande importância do protocolo comunitário. O inciso VII do art. 2º da Lei n. 13.123/15 define esse instrumento como “norma procedimental das populações indígenas, das comunidades tradicionais ou dos agricultores tradicionais, que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios de que trata esta Lei.”

Com efeito, conclui-se que, caso o protocolo comunitário estabeleça tipo de prova de consulta prévia e informada diversa das provas previstas no § 1º do art. 9º, o tipo previsto na norma procedimental das comunidades tradicionais sobrepõe-se às formas legais, uma vez que expressam o pluralismo jurídico e a autodeterminação dos povos e das comunidades tradicionais.

Portanto, a Lei n. 13.123/15, no Capítulo III, que tutela os CTA, aplica, contraditoriamente, um sistema que excepciona o direito à consulta prévia e informada, configurando-se grave retrocesso aos direitos dos povos e comunidades tradicionais, visto que oportuniza aos interessados o acesso, o uso e a exploração dos conhecimentos tradicionais, bem como a utilização de um bem de valor cultural sem a necessidade de requerer

qualquer permissão aos seus titulares.

No entanto, fora do Capítulo III do novo regime jurídico, encontram-se ainda outros dispositivos que também representam grave retrocesso aos direitos anteriormente garantidos pela MP aos provedores dos CTA. Nesse aspecto, pode-se destacar a criação de outro sistema negativamente inovador, que atinge imediatamente os povos e as comunidades tradicionais. Esse outro sistema está ligado ao direito de repartição de benefícios resultantes da exploração econômica oriunda de acesso aos CTA.

Apesar de a nova lei, a exemplo da medida provisória em questão, continuar vinculada à repartição de benefícios a eventual resultado econômico, a nova legislação restringiu esse direito e, em diversas hipóteses, suprimiu-o. Com isso, o novo instrumento legal, assim como fez com o direito ao consentimento prévio e informado, trata a obrigação de repartição de benefícios como exceção, prejudicando o desenvolvimento e a liberdade dos titulares de conhecimentos tradicionais associados.

A Lei n. 13.123/15 criou um sistema de isenção de repartição de benefícios que condiciona esse direito à finalidade do usuário dentro da cadeia produtiva, à preponderância do conhecimento tradicional para fins mercadológicos e à natureza jurídica do usuário. Esse sistema, ao lado do sistema de classificação ou de hierarquização dos conhecimentos tradicionais, configura um flagrante retrocesso relacionado à proteção jurídica dos povos tradicionais, uma vez que mitiga e, em algumas hipóteses, suprime o direito à repartição de benefícios, que é um dos dois pilares do desenvolvimento sustentável nesse contexto.

Na MP n. 2.186-16/01 não havia qualquer dispositivo que prevísse condicionante, mitigação, lacuna ou exceção ao cumprimento desse instrumento fundamental para a proteção dos CTA. Ao contrário, reconhecendo o valor desse instrumento, a MP previa, no § 4º de seu art. 16, que bastava haver perspectiva de uso comercial do conhecimento tradicional associado para haver a obrigação de firmar, antes do acesso, Acordo de Repartição de Benefício, que era chamado de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (Curb).

A nova lei, no § 1º de seu art. 17, sujeitou à repartição dos benefícios econômicos oriundos da exploração econômica dos CTA apenas “o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso”, isentando dessa obrigação, conforme seu § 2º, “os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos” oriundos de conhecimento tradicional associado,

embora eles tenham auferido lucro por fazerem parte da cadeia produtiva, subvertendo a lógica da responsabilidade civil ambiental solidária.

No caso de produto acabado, ainda que produzido fora do país, o *caput* do mencionado art. 17 determina que só há obrigação de repartir benefícios se o conhecimento tradicional associado for um dos “elementos principais de agregação de valor”, que, por sua vez, conforme definição do inciso XVIII do art. 2º da nova lei, são: “elementos cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico”.

O Decreto n. 8.772-16/01, no § 3º do art. 43, define apelo mercadológico como

Referência a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, a sua procedência ou a diferenciais deles decorrentes, relacionada a um produto, linha de produtos ou marca, em quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva, inclusive campanhas de marketing ou destaque no rótulo do produto.

Nesse mesmo dispositivo do decreto existe a previsão de que características funcionais são aquelas que determinam “as principais finalidades, aprimoram a ação do produto ou ampliam o seu rol de finalidades”.

O § 9º do art. 17 supramencionado impõe o cumprimento de mais uma condição para o direito de repartição de benefícios ser atendido ao prever-se a necessidade de o produto acabado e explorado, sujeito a repartição, constar na Lista de Classificação de Repartição de Benefícios. O Decreto nº 8.772-16/01 trouxe, em seu anexo, essa lista que, por uma questão lógica, certamente não conterà um produto inovador lançado pelo mercado; e desse modo, na maior parte das vezes, os fabricantes de produtos não estarão obrigados a repartir benefícios, numa lógica de exclusão injusta e desarrazoada.

A necessidade de cumprimento desses requisitos para a configuração do direito de repartição de benefícios, além de novamente romper com as determinações da CDB, do Protocolo de Nagoya, do Acordo FAO e da Convenção 169 da OIT, acaba transferindo o risco do negócio da “sociedade de fato” que se forma entre usuário e povos e comunidades tradicionais, exclusivamente aos provedores dos CTA, de modo que, se um usuário acessar tais bens, desenvolver produtos e nunca vier a explorá-los, por problemas econômicos, inviabilidade mercadológica ou estratégia de competição, a repartição jamais se efetivará.

No § 5º do art. 17, a lei em análise prevê ainda a possibilidade de pessoas jurídicas com determinadas naturezas jurídicas acessarem e explorarem os conhecimentos tradicionais sem se obrigar à repartição de benefícios. No inciso I desse § 5º é prevista a isenção de repartição de benefícios entre “as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006”. Já o inciso II dispõe sobre a isenção dos “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 n. 123, de 14 de dezembro de 2006”.

Também são isentas da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do § 4º do art. 17 da Lei n.13.123/15, as pessoas que exploram economicamente o conhecimento tradicional associado e que realizaram 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 conhecimento tradicional associado por terceiros.

Interessante que, para incluir o § 4º do art. 17, o legislador teve que suprimir as alíneas a) e b) do inciso II do art. 9º da MP, que garantiam o direito dos povos e comunidades tradicionais de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas, exploração, divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado.

O § 3º do art. 17, ao prever que, “quando um único produto acabado ou material reprodutivo for o resultado de acessos distintos, estes não serão considerados cumulativamente para o cálculo da repartição de benefícios”, estabelece-se uma hipótese que fomenta o sistema de isenção. Como esse dispositivo permite vários acessos sem cumulação para fins de cálculo de repartição, e a notificação do produto ocorre somente depois do cadastro, um conglomerado de empresas pode realizar vários acessos ao mesmo tempo, sendo cada acesso feito por um “braço” desse conglomerado; porém a pessoa jurídica do grupo que notifica e explora o produto acabado ou o material reprodutivo oriundo do acesso é a que tem uma das naturezas jurídicas previstas no § 5º do art. 17, possibilitando que todo o conglomerado seja isento de repartir benefícios.

A nova lei, em seu art. 18, trata da repartição dos benefícios relacionados com as atividades agrícolas, definidas no inciso XXIV do art. 2º, como “atividades de produção, processamento e comercialização de

alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas”. Esse dispositivo segue a premissa injusta de transferência do risco do negócio para os povos e as comunidades tradicionais e do sistema de isenção de repartição de benefícios.

Ressalta-se que a nova lei, ao incluir como atividade agrícola as atividades de processamento e comercialização, vai de encontro à definição encontrada na Lei n. 8.171/91, que dispõe sobre a política agrícola. O inciso I do art. 2º dessa lei dispõe que

Atividade agrícola compreende processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade.

Com efeito, quando o § 2º do art. 18 do decreto dispõe que “incluem-se no conceito de energia previsto no § 1º os biocombustíveis, tais como etanol, biodiesel, biogás e cogeração de energia elétrica a partir do processamento de biomassa”, fica evidente que a lei e o decreto contextualizam suas regras relacionadas aos CTA e às atividades agrícolas para favorecer as atividades desenvolvidas pelo agronegócio, em detrimento da proteção aos CTA e da biodiversidade.

Outro retrocesso significativo encontrado na nova legislação fora do Capítulo III, sem previsão na MP revogada, que atinge a proteção dos conhecimentos tradicionais, é a criação de um teto para repartição de benefícios econômicos resultantes da exploração de CTA de origem não identificável no percentual de 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica para a repartição de benefícios, que pode ser reduzido até 0,1%, por intermédio da celebração de acordo setorial.

Nas disposições finais, ao normatizar a concessão do direito de propriedade intelectual obtido a partir de acesso a CTA, o novo regime, no art. 47, não repete em seu texto a obrigação imposta no art. 31 da MP, que determinava que, para a concessão do direito de propriedade intelectual, deveria ser observada a anuência prévia e a repartição de benefícios; e que, quando fosse o caso, que o requerente da concessão deveria informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado. A lei, ao invés de manter a redação da MP que embasou durante muito tempo a postura brasileira junto à comunidade internacional, condiciona a concessão da propriedade intelectual apenas ao cadastramento e, excepcional-

mente, à autorização, rompendo a necessidade de observância da função social da propriedade. Nesse sentido Juliana Santilli considera que

O cadastro não oferece nenhuma garantia de que o usuário obteve o consentimento prévio da comunidade detentora (exigido no caso de CTA de origem identificável) ou de que o usuário fez a repartição de benefícios, em qualquer das modalidades previstas na própria lei (SANTILLI, 2015, p. 278).

Assim, no aspecto relacionado à propriedade intelectual, o legislador, sustentou a incoerente postura brasileira perante a comunidade internacional de não ratificar o Protocolo de Nagoya, apesar de o Brasil ter liderado o bloco dos países chamados “megadiversos” no processo de negociação desse protocolo - um acordo que estabelece instrumentos que propiciam maior segurança jurídica tanto para os provedores quanto para os usuários dos CTA.

Nas palavras de Aubertin e Filoche (2011, p. 51) *“In spite of some condemnation and some rather measured responses (for instance, that of the European Union), the Nagoya Protocol is a genuine compromise text, satisfying both supplier and user States”*.

Portanto, a Lei n. 13.123/15 trouxe, em seu texto, diversos dispositivos que mitigaram e suprimiram direitos que já estavam garantidos aos provedores dos CTA na MP n. 2.186-16/01, violando os princípios do não retrocesso ambiental, da progressividade dos direitos humanos e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo lembra Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 8),

A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.

Nesse contexto, ao restringir e suprimir direitos relacionados aos CTA, o novo marco legal viola ainda direitos culturais dos povos e comunidades tradicionais, que são direitos fundamentais em razão de serem indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS PELA LEI N. 13.123/15

O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCs) e dispõe que

Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Essa previsão é complementada pelo art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado de Protocolo de San Salvador (PSS), o qual prevê que

Os Estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Diante da redação dos dispositivos acima, verifica-se que o conteúdo do art. 26 da CADH e do art. 1º do PSS refletem o chamado Princípio da Progressividade dos Direitos Humanos. Esses dispositivos impõem cláusulas gerais, que devem ser observadas pelo Estado-parte a fim de garantir o caminhar rumo ao aprimoramento da proteção à dignidade da pessoa humana, sem retrocessos.

O PSS, cumprindo o papel de complementar a CADH, depois de dispor sobre as cláusulas gerais, enumera os direitos tutelados impondo medidas específicas, de cunho obrigatório, que devem ser cumpridas pelo Estado-parte para assegurar o gozo desses direitos e, conseqüentemente, refletir o respeito ao princípio da progressividade.

Com efeito, impende destacar que, apesar de o princípio da pro-

gressividade previsto na CADH e no PSS estar ligado aos DESCs, esse princípio, em razão da invisibilidade dos Direitos Humanos, permeia os Direitos Humanos como um todo fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Entre as cláusulas específicas de cunho obrigatório, o PSS prevê, em seu art. 14, o direito aos benefícios da cultura como um direito humano sujeito à progressividade, estabelecendo, no art. 14.1, que

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a. Participar na vida cultural e artística da comunidade; b. Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.

O art. 14.2 do PPS determina que, “entre as medidas que os Estados-partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a divulgação da ciência, da cultura e da arte”. Já o art. 14.3 prevê que “os Estados-Partes neste Protocolo se comprometem a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora”.

Por fim, o art. 14.4 estabelece que

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

Para Terezo (2014, p. 114), é necessário compreender o princípio da progressividade:

Diante dos objetivos propostos quando da elaboração e aprovação do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cuja essência da constituição da *Internacional Bill of Rights* está voltada para a realização integral de todos os Direitos Humanos garantida pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Essa percepção é de extrema relevância, ao passo que a redação vaga dos dispositivos que consagram o princípio da progressividade, ao preverem apenas que os Estados-Partes se comprometem a adotar medidas

que visem assegurar progressivamente o pleno exercício dos DESCs, levou ao debate sobre a acionabilidade dos DESCs. No entanto, essa discussão foi superada e, atualmente, a doutrina mais balizada entende que “é possível (para além de ser jurídica) a acionabilidade dos direitos que decorrem das normas de cunho social” (MAZZUOLI, 2015, p. 90). Dessa forma, as normas que refletem o princípio da progressividade são imperativas e de aplicação imediata.

Essa visão é endossada por Abramovich e Courtis (2002, p. 93), ao afirmarem que

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales e culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial em caso de incumplimiento.

A doutrina não costuma conceituar objetivamente o princípio da progressividade, mas analisa o conceito e os desdobramentos do termo *progressividade* para interpretar o alcance da norma. Abramovich e Courtis (2002, p. 93) se posicionam nesse sentido:

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementários: por um lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos em el Pacto supone uma cierta *gradualidad*. (...) De allí que la noción de progresividad implique um segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente em la obligación estatal em mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Da concepção apresentada acima se verifica a interface entre o princípio do desenvolvimento progressivo e o princípio do não retrocesso, objeto de análise deste artigo em face dos dispositivos do novo regime jurídico que trata dos conhecimentos tradicionais associados. Nas palavras de Abramovich e Courtis (2002, p. 93-94),

La obligación mínima assumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regressividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional repectivo, o bien em cada mejora (progresiva)

Nessa mesma linha, Meza Flores (2010, p. 1149), ao analisar o desenvolvimento progressivo considera que

Desde esa perspectiva, al existir como obligación primigenia el “desarrollo progresivo”, se debe entender que hay una prohibición correlativa de “no realización de medidas regresivas” sin justificación, las cuales, de llevarse a cabo, incumplirían con las obligaciones prescritas en el PIDESC y en el artículo 26 de la Convención Americana.

Piovesan (2015, p. 257) destaca a estreita relação da aplicação progressiva dos DESCs com a proibição do retrocesso social, à qual se vincula a “proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação dos direitos sociais”.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2005, ao aprovar a Resolução n. 2.074 (XXXV-O/05), ao fixar as regras de elaboração dos Relatórios Periódicos², atendendo ao disposto no art. 19 do Protocolo de San Salvador, definiu o que são medidas regressivas: “*Se recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido*”.

Desse modo, é possível perceber que o princípio do desenvolvimento progressivo atua como parâmetro para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso e vice-versa, apesar de esse princípio não ser absoluto. Segundo lembra Ramos (2015, p. 15), “o Estado pode optar por políticas sociais menos onerosas ou políticas públicas mais eficientes, desde que o resultado final de maior efetividade aos direitos protegidos seja obtido”. Entretanto, não foi o que ocorreu com a sanção da Lei n. 13.123/15, especialmente no que tange aos dispositivos que tutelam os CTA.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em algumas oportunidades, enfrentou matéria que envolvia o princípio da progressividade, nos termos dispostos no art. 26 da CADH, e as medidas obrigacionais expostas no Protocolo de San Salvador.

Em 2003, no Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru, a CIDH, ao enviar a demanda para a Corte IDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) requereu a condenação do Estado do Peru em razão do

² Na tentativa de reduzir a dificuldade de monitorar o cumprimento do princípio da progressividade, o SIDH criou os Relatórios Periódicos, que é um documento que - pode-se dizer - busca objetivamente demonstrar o grau de respeito as obrigações previstas no Protocolo de San Salvador.

descumprimento do art. 26 da CADH, ressaltando que

La obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 62).

Nesse caso, a Corte, pela primeira vez, pronunciou-se diretamente sobre o direito ao desenvolvimento progressivo, destacando que

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 64).

Em voto concorrente presente no anexo da sentença referente ao caso acima comentado, o juiz Roux Rengifo, apesar de concordar com a sentença pela declaração da não violação do princípio da progressividade, o faz por razões diferentes das expostas na sentença:

Sin embargo, el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer -a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas

determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 4).

Em 2005, o Caso Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai, tratou do direito a propriedade “comunal” da Comunidade, que havia sido expulsa das suas terras. A Corte, seguindo o posicionamento da indivisibilidade dos direitos humanos e do caráter individual e coletivo desses direitos, ao apreciar, a luz do ordenamento jurídico internacional, se o Estado do Paraguai adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer uma obrigação, utilizou o dever do desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH, como parâmetro para o julgamento:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰⁴, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2005, p. 88).

Como se vê, o princípio da progressividade tem-se consolidado na jurisprudência interamericana ao ponto de a Corte, assim como realiza interpretação ampliativa do direito à vida, conceder um caráter transversal a este princípio, o utilizá-lo para balizar violações das várias dimensões de direitos humanos, previstas na CADH e no PSS, seja de cunho individual ou coletivo.

Considerando esse cenário, voltam-se os olhos para a Lei n. 13.123/15 e observa-se com clareza que a sistemática de regresso por ela

aportada em tudo se choca com o art. 26 da CADH, indo de encontro também à jurisprudência da Corte IDH.

O sistema de classificação ou hierarquização dos CTA e o sistema isenção de repartição de benefícios da Lei n. 13.123/15 não refletem a “plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura”, conforme previsto no art. 26 da CADH, ficando evidente que não foram adotadas no âmbito interno providências econômicas e técnicas a fim de assegurar a progressividade dos Direitos Humanos, como o direito à cultura dos povos e comunidades tradicionais provedores de CTA.

Dessa feita, as regras da nova lei que protegem os CTA violam não só as cláusulas gerais que refletem o princípio da progressividade como também a medida de cunho obrigatório prevista no art. 14 do PSS, que impõe aos Estados-partes a garantia ao direito dos benefícios da cultura.

A nova legislação não concede aos povos e comunidades tradicionais o direito de “gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico”, não beneficiam nem protegem esses povos “dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude” de serem titulares dos CTA, não refletem a adoção de medidas para assegurar a conservação e o desenvolvimento da cultura desses povos e não respeitam as liberdades relacionadas à atividade criadora, acabando por não propiciar cooperação internacional no campo da cultura.

Com isso, o Brasil, ao aprovar a Lei n. 13.123/15, não adotou as medidas específicas necessárias para assegurar aos povos e comunidades tradicionais o direito aos benefícios da cultura, violando os arts. 14.1, b), 14.1, c) 14.2, 14.3 e 14.4 do Protocolo de San Salvador.

Importante destacar que, entre as consequências do descumprimento dos tratados internacionais em debate, está a possibilidade de o Brasil ser condenado a reparar os danos causados ao patrimônio e à identidade cultural dos povos e comunidades tradicionais, bem como de ser obrigado, mediante o controle de convencionalidade da lei, a adotar legislação adequada ao art. 26 da CADH e aos arts. 1º e 14 do Protocolo de San Salvador.

Desse modo, certamente, os sistemas de classificação dos CTA e de isenção de repartição de benefícios implantados pela Lei n. 13.123/15, que reduziram significativamente a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados, violando o princípio da progressividade e que já são alvo das mais diversas críticas e questionamentos por parte da socie-

dade civil e dos órgãos que têm o dever de guardar a legislação pátria, devem ser objeto de demandas perante o Poder Judiciário brasileiro e a Corte IDH, a fim de sujeitar esse aspecto da nova lei ao controle de convencionalidade.

CONCLUSÃO

Conforme a análise realizada, é possível observar a inadequação fatal da Lei n. 13.123/15 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Protocolo de San Salvador e das demais normas internacionais citadas anteriormente.

De fato, a nova legislação e seu decreto regulamentador estabelecem um grave quadro de perda de direitos dos CTA que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito, ao qual se impõe a constante progressão das medidas a respeito dos direitos humanos e veda qualquer retrocessão na caminhada rumo à afirmação de fortalecimento de direitos humanos.

Tal circunstância é ainda mais grave ao se perceber que a mencionada legislação fere diretamente grupos vulneráveis, aos quais deveria ser dedicada especial proteção, conforme o cenário vigente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As circunstâncias aqui apontadas levam à forçosa conclusão de que é possível vislumbrar uma norma que traz disposições inconvenientes cuja aplicação deve ser afastada em face de seu caráter restritivo de direitos.

Portanto, para que o novo marco legal deixe a condição de instrumento legal passível de controle de convencionalidade, ele deve, no mínimo, reestabelecer os direitos antes assegurados sobre os CTA, principalmente a necessidade indiscriminada do consentimento prévio informado para acesso aos conhecimentos e a obrigação de repartição de benefícios para a exploração dos CTA de forma incondicionada, de modo que esses dois pilares do desenvolvimento sustentável voltem a ser regra, e não exceção, como se vê na atual legislação.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chirstian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AUBERTIN, Catherine; FILOCHE, Geoffroy. *The Nagoya Protocol on the use of genetic resources: one embodiment of na endless discussion. Sustentabilidade em Debate*. v. 2, n. 1, p. 51-64, jan./jun. 2011.

BARROS, Benedita da Silva et al. *Proteção ao conhecimento das sociedades tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

CONSULTÓRIO JURÍDICO (CONJUR). *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*. Disponível em: <www.scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CP14454S04.doc> Acesso em: 15 maio 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Sentença 27 de junho de 2012*. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru. Sentença 28 de fevereiro de 2003*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Sentença 17 de junho de 2005*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf> Acesso em: 26 nov. 2016.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais com direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.

DALLAGNOL, André. *Biopiratas no controle: uma breve história da aprovação do Marco Legal da Biodiversidade no Brasil*. Boletim Raízes: O Marco Legal da Biodiversidade e a financeirização da natureza. Série Marcos de financeirização de bens naturais comuns e as restrições ao livre uso da agro e biodiversidade. Terra de Direitos. Curitiba, dez. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Comunidades indígenas e tradicionais boicotam audiência do MMA sobre lei de biodiversidade*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/comunidades-indigenas-e-tradicionais-boicotam-audiencia-do-mma-sobre-lei-de-biodiversidade>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). GRUPO DE TRABALHO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DA 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica: Objeto Projeto de Lei nº 7.735/2014*. 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NT_PL7735-2014.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2016.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Forense. 2015.

MEZA FLORES, Jorge Humberto. *La protección de los derechos económicos, sociales e culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a5.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurí-*

dica à diversidade biológica e cultural. Publicado pela Editora Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção*. *Revista de Direito Ambiental*. v. 80, ano 20. p. 259-285. São Paulo: RT, out./dez. 2015.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. *Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental*. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf> Acesso em: 10 maio. 2016.

TÁVORA, F. L. *et al. Comentários à Lei n. 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: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>> Acesso em: 20 fev. 2016.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

Artigo recebido em: 02/03/2017.

Artigo aceito em: 16/08/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A Lei n. 13.123/2015 e o Retrocesso na Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 175-205, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1017>>. Acesso em: dia mês. ano.