

Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva do Direito em Habermas

The law on the access to genetics resources and the traditional communities' participation: a dialogue with the Discursive Theory of Law in Habermas

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro(1); Nathalia Bastos do Vale Brito(2)

1 Doutor (2008) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina/IT. Atualmente é professor de Direito Penal do curso de Graduação e de Direito Penal Ambiental do curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

E-mail: gustian@terra.com.br

2 Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais.

E-mail: nathaliabvbrito@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 149-175, Jan.-Abr., 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Dez. 22, 2016; Aceito: Mar. 28, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1712>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

Resumo

O presente artigo visa analisar a participação das comunidades tradicionais no processo legislativo que culminou na edição da Lei nº 13.123/2015, sobre o acesso aos recursos genéticos, bem como verificar se as disposições desta lei atendem aos interesses de tais comunidades. Para tanto, dialoga-se com a teoria discursiva do Direito em Habermas, marco teórico do artigo. Por meio da utilização do método de pesquisa bibliográfica e análise legislativa, percebeu-se que às comunidades tradicionais não foi proporcionado o direito de participação efetiva no processo legislativo, o que retira a legitimidade da Lei 13.123/2015, nos moldes da teoria de Habermas. Entretanto, a lei e o seu regulamento apresentam aspectos importantes para a garantia da autodeterminação desses povos, em que pese a existência de alguns retrocessos e relativização de institutos como a repartição de benefícios.

Palavras-chave: Legitimidade. Participação. Comunidades tradicionais. Recursos genéticos. Consentimento prévio informado. Repartição de benefícios.

Abstract

The present article aims to analyze the participation of traditional communities in the legislative process that culminated in the edition of Law 13.123/2015, on the access to genetic resources, as well as to verify if the law's provisions comply with the interests of such communities. In order to do so, the discursive theory of law in Habermas is the article's theoretical framework. Through the use of bibliographical research and legislative analysis as methodology, it was noticed that the traditional communities were not given the right to effective participation in the legislative process, which removes the legitimacy of law 13.123/2015, according to Habermas' theory. However, the law and its regulation present important aspects for guaranteeing the self-determination of these peoples, despite the fact that there are some setbacks and relativization of institutes such as benefit-sharing.

Keywords: Legitimacy. Participation. Traditional communities. Genetic resources. Prior informed consent. Benefit sharing.

1 Introdução

A legitimidade do Direito, para Habermas, depende de um debate que envolva a participação de todos os atores envolvidos, em paridade de oportunidades e em autonomia política para que estes se sintam como os verdadeiros autores das leis. Neste âmbito, o reconhecimento e a participação das minorias é essencial para que o consenso seja construído através da harmonização de interesses conflitantes.

As comunidades tradicionais são uma minoria no Estado Brasileiro, e sua voz deve ser devidamente ouvida nos debates políticos. Um dos aspectos de maior interesse dessas comunidades é a conservação da biodiversidade, com a qual estabelecem relações muito próximas, que são essenciais à manutenção de seus modos de vida e de subsistência. Assim, em uma sociedade na qual a biodiversidade passa a ter um valor econômico, principalmente no que tange aos recursos genéticos, o acesso a estes passa a ser um objetivo de pesquisadores e grandes indústrias biotecnológicas e farmacêuticas.

Assim, demanda-se uma regulamentação sobre acesso de modo a preservar os interesses do setor empresarial e das comunidades tradicionais, que são detentoras de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e aos recursos genéticos que apresentam um grande valor para o desenvolvimento de pesquisas e atividades de bioprospecção. E, neste sentido, o artigo visa discorrer sobre a seguinte problemática: No Brasil, o processo legislativo refletiu a importância da participação das comunidades tradicionais na nova lei sobre o acesso a recursos genéticos? E indo além do processo legislativo, a nova lei de acesso aos recursos genéticos possibilita uma condição ideal de fala, ou pelo menos possibilita a participação das comunidades de forma satisfatória nos processos de acesso aos recursos genéticos?

Assim, o artigo tem como objetivo analisar se a nova lei de acesso aos recursos genéticos (Lei 13.123/2015) possibilita uma verdadeira participação das comunidades tradicionais nos procedimentos de acesso. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica e análise da legislação. Utiliza-se como marco teórico a teoria discursiva do Direito desenvolvida por Jürgen Habermas.

O tema justifica-se pelo fato de que no contexto atual em que se discute a inclusão de minorias, a análise da participação das comunidades tradicionais, que fazem parte da sociedade, no processo legislativo de normas que dizem respeito a aspectos de seu interesse, se faz necessária. Deve-se pensar as comunidades como integrantes da sociedade e não como grupos isolados, assim, a participação e a integração entre as diferentes comunidades devem estar abertas, devendo-se proporcionar um espaço para debate onde os interesses serão considerados, criticados, argumentados e inseridos num consenso.

No primeiro tópico busca-se fazer um breve resgate da teoria discursiva do Direito em Habermas. No segundo tópico, visa-se compreender o que são as

comunidades tradicionais e seu papel na proteção dos recursos genéticos. No último tópico, faz-se a análise da participação das comunidades tradicionais no processo legislativo da Lei nº 13.123/2015 e das implicações das novas disposições no tocante à participação das comunidades tradicionais nos processos de acesso, verificando se esta Lei atendeu às reivindicações dessas comunidades.

2 Razão comunicativa e validade do direito em Habermas: a necessária participação das minorias no debate de legitimação do direito

A importância da linguagem como instrumento viabilizador da integração social e a democracia baseada na participação popular para a legitimação do Direito são pontos cruciais da teoria de Jürgen Habermas.

A partir do reconhecimento do fracasso da razão prática em seu objetivo de emancipar o homem em sua autonomia e autodeterminação, os pensadores da Escola de Frankfurt passaram a empreender a teoria crítica da sociedade. Habermas se insere na segunda geração desta Escola e busca romper com o pessimismo perpetuado pelos seus pensadores, influenciados pelo contexto da época, marcado pelas consequências das Guerras Mundiais, do Nazismo, da Guerra Fria, os impactos da ciência tecnicista que explora e domina e a hegemonia do capital que possibilitou o nascimento da cultura consumista.

Habermas entende que a sociedade vive o esgotamento de um modelo de racionalidade que se tornou predominante e que esta não trouxe consequências benéficas, já que por ser reducionista e instrumental, possibilitou um processo de opressão e dominação, no qual a razão é utilizada como meio para controlar a natureza e submetê-la aos domínios técnicos-científicos.

A proposta de Habermas é repensar a razão de forma a que esta volte a ser um mecanismo para uma verdadeira emancipação do ser humano, o que pode ser alcançado através da comunicação. Assim, Habermas desenvolveu a teoria da razão comunicativa que, fundamentada na filosofia da linguagem, busca repensar a razão e o direito, lançando bases para um modelo mais democrático e participativo da sociedade.

A linguagem é de importância central para a teoria de Habermas, pois o mundo só pode ser apreendido por meio da linguagem e, por consequência, o conhecimento é desenvolvido nos indivíduos por intermediação da linguagem, através de representações e pensamentos. Nesta seara, o papel do outro, da sociedade entendida como comunidade de interlocutores, é essencial, pois a construção do conhecimento, das noções sobre o que é válido e verdadeiro depende das asserções que são feitas por cada um dos indivíduos e são submetidas à comunidade para a realização de um juízo de validade, que depende da interpretação. Em suas palavras, “[...] o mundo como

síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente” (HABERMAS, 2012, p. 31-32).

A razão comunicativa, baseada na linguagem, não está vinculada a um sujeito individual, mas a uma comunidade de interlocução. O médium linguístico é o instrumento que possibilita a estruturação das formas de vida, através da interação comunicativa entre sujeitos. É necessário que os sujeitos adotem um enfoque performativo, no qual eles aceitam certos pressupostos, que perpassam tanto pelo reconhecimento de que os atores da comunicação utilizam a linguagem de forma pragmática, para atingir certos fins e que é necessário o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade que podem ser criticadas para que se atinja um consenso sobre algo no mundo da vida (HABERMAS, 2012).

Assim, o consenso sobre as pretensões de validade passa a ser essencial para as ações adotadas na sociedade, tanto individualmente pelos sujeitos, quanto no sentido de coordenação de interações de uma comunidade. E a razão comunicativa, neste sentido, não tem a pretensão de dizer aos sujeitos a forma como devem agir, a razão comunicativa apenas cria condições limitadoras e possibilitadoras da linguagem. A razão comunicativa, materializada no agir comunicativo, possibilita a integração social e o surgimento de padrões sociais, pois a comunicação, o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade são utilizados como coordenadores de ação entre os indivíduos.

Há que se reconhecer que a sociedade contemporânea é bastante complexa, compreendendo diversos atores e grupos sociais que desenvolvem diferentes papéis e que possuem modos de vida e pontos de vista diversos. A sociedade também é formada por grupos sociais que se constituem em minorias que, em muitos casos como o das comunidades tradicionais, possuem uma forma de vida bastante diferente, o que pode dificultar ou inviabilizar, muitas vezes, o diálogo, principalmente pela falta de reconhecimento de seu pertencimento à comunidade de interlocução. Entretanto, os grupos sociais excluídos não podem ser marginalizados numa sociedade em que se busca um agir comunicativo. Portanto, é necessário que se dê voz à todas as comunidades para que elas também participem do processo de construção de um consenso.

Para Habermas (2012), o agir comunicativo pressupõe que, aos indivíduos, deve ser possibilitado o direito de discordar e, assim, as ações comunicativas enfrentam sempre o risco de dissenso. Este, na sociedade atual, pode ser mitigado por meio do direito, que deve reconhecer os seus destinatários na construção da sua legitimidade. Ou, por outras palavras, os destinatários da norma devem reconhecer-se como autores desta.

O direito tem a pretensão de ser racional e deve garantir a liberdade e ser legítimo. O direito possui dois aspectos, que são a validade social, que compreende a sua aceitação pela sociedade e o grau que ele se impõe na comunidade e a legitimidade,

que é a resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, ou seja, se suas normas respeitaram um processo de elaboração, ou legislação, legítimo. Essa legitimidade advém da garantia de liberdades iguais a todos os integrantes da sociedade, além da existência de normas que possibilitem a autonomia e participação política (HABERMAS, 2012).

Na teoria discursiva do Direito, a participação popular é essencial ao processo de legislação, pois os indivíduos são participantes na construção da norma, sendo orientados pelo entendimento e pela busca de consenso, compreendendo-se que todas as normas estão abertas a um exame crítico que se dá por meio de um debate. O direito é, portanto, um mecanismo que alivia as tensões existentes no processo de entendimento do agir comunicativo para a integração social sem anular o espaço da comunicação (HABERMAS, 2012).

É importante salientar que o debate para a legitimação do direito para todos os componentes da sociedade compreende a existência de uma esfera pública de debate, ou seja, da possibilidade da presença dos atores para empreender a discussão. Ou seja, é necessário que se crie condições para que os atores possam efetivamente dar voz a suas pretensões, mesmo que representados por outros. A esfera pública é o local adequado para a atuação comunicativa, com o debate que visa a tematização e problematização de questões e interesses sociais, na busca de um consenso que reflita os anseios da sociedade (FURLAN, 2013).

Neste âmbito, a concepção das “condições ideais de fala” é essencial, no sentido de que a política deliberativa requer que todos os participantes do debate possuam as mesmas oportunidades de se expressar. São necessários mecanismos institucionalizados de equidade de fala, como a igualdade de chances de discursar, capacidade de expressar ideias, ausência de coação, conhecimento amplo sobre o tema e tempo ilimitado para a busca do consenso, ou seja, o discurso deve ser mais acessível a todos (FURLAN, 2013).

A acessibilidade do discurso e a esfera pública depende, muitas vezes, de políticas públicas que assegurem, primeiramente, o mínimo existencial à sociedade, e em segundo plano a educação adequada e mecanismo de integração social para comunidades excluídas e inclusão de minorias, além de mecanismos para um maior acesso à participação popular nas discussões de interesse às comunidades. Essas medidas são necessárias pois a razão comunicativa e seus pressupostos destinam-se a todos os integrantes da sociedade. Todas as comunidades devem ter a possibilidade de comunicar-se e a suas pretensões de validade devem ser verdadeiramente colocadas em pauta nas discussões em busca de um consenso.

Partindo desta perspectiva, o artigo propõe analisar se às comunidades tradicionais foi garantido o direito de participação na elaboração da lei brasileira sobre o acesso aos recursos genéticos e se esta lei possibilita a participação dessas

comunidades no debate sobre as medidas públicas e políticas que concernem diretamente à utilização e pesquisa sobre os seus conhecimentos, tendo a teoria de Habermas como fundamento.

3 Comunidades tradicionais e recursos genéticos

A biodiversidade, compreendida como o elemento que evoca a noção de vida no complexo do meio ambiente, engloba o conjunto de todos os seres vivos existentes no planeta. Contudo, não se constitui em uma noção apenas quantitativa, pois se refere também, além do conjunto matemático de espécies, às relações que existem entre os indivíduos das diversas espécies entre si e as suas interações com os ecossistemas, compreendendo todo o nexos orgânico que permite a manutenção e o equilíbrio da vida nos diversos ambientes.

A biodiversidade constitui-se em verdadeiro patrimônio que deve ser protegido já que a manutenção do equilíbrio de seus processos naturais é essencial para a perpetuação da vida. Mais do que a noção de patrimônio, a biodiversidade se reveste também como um recurso, compreendendo o valor de uso para o ser humano, ou seja, como recurso a biodiversidade passa a ter uma carga valorativa que também é econômica.

No contexto de desenvolvimento biotecnológico, no qual percebe-se as inúmeras possibilidades de aplicação e a lucratividade do setor, atenta-se para o valor econômico e monetário que a biodiversidade apresenta como matéria-prima essencial, especialmente quando se trata do patrimônio genético como recurso. O interesse nas propriedades químicas, biológicas e genéticas dos componentes da biodiversidade está crescendo exponencialmente, principalmente para suprir necessidades e explorar inovações nos setores da indústria farmacêutica, da alimentícia, da cosmética, da agricultura e a consequente busca pela proteção dos direitos de propriedade por meio de patentes de invenção.

A conservação dos elementos da biodiversidade também deve levar em conta o elemento cultural e a relação dos povos com a biodiversidade, pois esta constitui o nível cultural da biodiversidade. Neste sentido,

A biodiversidade tem uma forte relação com a sociodiversidade, ou seja, com a diversidade de sociedades e culturas e suas formas únicas de interação e interdependência com os elementos da biodiversidade acima. Além de moldarem de forma determinante a biodiversidade, e serem moldados por ela, os seres humanos fazem parte dos processos evolutivos, especialmente dos organismos domesticados, criando a agrobiodiversidade (WEIGAND JÚNIOR; SILVA; SILVA, 2011, p. 3).

A evolução do ser humano foi e é possibilitada pela sua relação com os ecossistemas nos quais está inserido, pois através do estudo e da exploração foram sendo formadas culturas em torno dos recursos naturais e biológicos, essenciais à manutenção da vida, sendo que desses recursos são retirados os meios de alimentação, vestuário, combustíveis, medicamentos, produtos industriais, tecnologia e moradia. Percebe-se que, com o desenvolvimento da ciência, pautada na razão instrumental, objeto de crítica de Habermas, houve uma transformação da relação do ser humano com a natureza, que passa a basear-se na prevalência do ser humano sobre os demais componentes da biodiversidade, e na objetificação da natureza, que possibilita uma atuação de dominação e exploração.

Entretanto, nem toda relação ser humano-natureza pode ser reduzida à fórmula da dominação. Ainda existem comunidades que enxergam a natureza sob um ponto de vista diferente do que é considerado como padrão da sociedade dita ocidental. E dessa relação entre as comunidades tradicionais e a natureza podem ser retiradas valiosas lições sobre conservação da biodiversidade. Portanto, não é sábio discutir sobre conservação de recursos biológicos e genéticos sem considerar as comunidades tradicionais.

Segundo o marco regulatório brasileiro, Lei nº 13.123/2015, as comunidades tradicionais se referem a um

[...] 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. (BRASIL, 2015).

A concepção de comunidades tradicionais não se refere apenas a grupos culturais isolados da vida urbana e do sistema econômico, ela é ampla o suficiente para abranger grupos culturais que possuem modos de vida baseados em tradições, o que não quer dizer que tais tradições são imutáveis, e em costumes que podem estar adaptados, em certo grau, com os costumes da sociedade contemporânea urbana. Neste sentido, Lorena Fleury e Jalcione Almeida (2007) explicam que o termo “populações tradicionais” não pode ser associado a uma conotação pejorativa relativa à noção de atraso e subdesenvolvimento, ao contrário, deve ser compreendida como um novo paradigma da modernidade, aliada ao desenvolvimento sustentável, especialmente pela vinculação entre conhecimentos tradicionais e conservação de elementos da natureza.

A concepção de “tradição” no conceito de comunidades tradicionais não se refere à manutenção passiva e acrítica de costumes e rituais, mas sim à capacidade das comunidades e culturas de se modificar conforme as intempéries do contexto presente mantendo um forte vínculo com o passado, através de uma reinterpretação

de costumes que são passados de geração para geração, ou seja, a tradição pode ser considerada como um resgate dinâmico de princípios e valores do passado (FLEURY; ALMEIDA, 2007).

O modo de vida baseado no resgate constante das tradições é um critério relevante para a definição de comunidades tradicionais e, mais importante que este, é o reconhecimento dos indivíduos como pertencentes àquele grupo cultural particular. “Esse critério remete à questão fundamental da identidade, um dos temas centrais da Antropologia” (DIEGUES, 2008, p. 90).

Antonio Carlos Diegues (2008) apresenta algumas características gerais sobre as comunidades tradicionais. A primeira delas é a dependência com a natureza e o respeito pelos ciclos naturais e recursos naturais, por meio dos quais é construído os diversos modos de vida, sendo que o conhecimento sobre os elementos e processos da natureza se refletem em modos de gestão e conservação dos recursos, saberes que são transmitidos oralmente através das gerações. Por este motivo, o modo de vida é simples e considerado de baixo impacto ao meio ambiente.

A noção de território está bastante presente nas comunidades tradicionais que se reconhecem a partir da terra onde vivem e que foi ocupada previamente pelos seus ancestrais, e onde reproduzem seu modo de vida. As comunidades tradicionais possuem atividades de subsistência, o que não quer dizer que elas estão alheias ao mercado, mas a sua integração com o mercado econômico é pequena. E neste sentido, a acumulação de capital é baixa, sendo que em muitas comunidades a noção de compartilhamento e de propriedade coletiva dos bens é praticada. E por fim, as comunidades tradicionais possuem também um vínculo com simbologias, mitos e rituais que estão agregados às várias atividades (DIEGUES, 2008).

Os modos de vida peculiares das comunidades tradicionais geram uma diversidade de saberes de grande valor não somente cultural, mas social, científico e econômico. Neste sentido,

Essas comunidades, povos ou sociedades tradicionais, guardiãs de um rico e quiçá ameaçado saber, compartilham estilos de vida particulares, fundados na natureza, no conhecimento sobre ela e nas melhores práticas para conservá-la e utilizá-la sustentavelmente, respeitando desse modo sua capacidade de recuperação e conservação. Diferentemente das sociedades capitalistas, não cobiçam a acumulação de riquezas materiais se não que a acumulação de conhecimentos sobre o mundo natural – e também sobrenatural – com o fim de sobrevivência, os quais são transmitidos oralmente de geração a geração, constituindo um legado cultural e coletivo indispensável ao equilíbrio do Planeta e à promoção da justiça socioambiental das presentes e futuras gerações (BERTOLDI, 2014, p. 564-565).

Os conhecimentos tradicionais englobam o conjunto complexo de concepções construídas coletivamente por uma comunidade, apoiados na tradição e expressos por meio de rituais, mitos, narrativas orais, sendo perpetuados por meio da comunicação oral entre as gerações. “Os conhecimentos tradicionais resultam de um longo processo, transmitido de geração em geração, sendo que esse conhecimento é criado, desenvolvido e transformado coletivamente e, por isso, considerado parte da identidade do povo” (ALONSO, 2005, p. 298).

As comunidades tradicionais possuem uma grande vinculação com o meio ambiente, sendo que para muitas delas, a vida constitui-se numa rede de ligações entre homem, natureza e espiritualidade sendo que, neste âmbito, os conhecimentos e os recursos biológicos são uma extensão de sua própria sociedade e “[...] uma emanção do mundo espiritual no mundo material” (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 41)

Assim, muitos saberes produzidos e perpetuados pelas comunidades tradicionais estão associados à natureza e seus recursos biológicos. A observação de fenômenos naturais e dos recursos biológicos, por meio de um saber não científico, mais ligado ao misticismo e à intuição, possibilitaram o desenvolvimento de um conhecimento que, apesar de não ser técnico, é extremamente rico sobre as propriedades das mais diversas plantas, animais e outros recursos naturais. Tais conhecimentos, que são extensos, podem ser aplicados a diversas áreas como saúde, alimentação, agricultura e cosmética. Assim, o interesse das indústrias, principalmente a biotecnológica, é grande, o que incentiva as atividades de bioprospecção¹ em territórios onde existem comunidades tradicionais, para a busca de compostos genéticos úteis para utilização em escala industrial.

O contato com os conhecimentos tradicionais através das atividades de bioprospecção proporciona à comunidade científica uma série de informações que podem ser utilizadas no desenvolvimento de produtos que possivelmente virão a ser patenteados, revelando um grande interesse econômico por trás do contato cientista – comunidade tradicional. Márcia Dieguez Leuzinger (2009) explica que, pelo fato de os conhecimentos tradicionais servirem como elementos facilitadores das pesquisas sobre o patrimônio genético, gera a necessidade de previsão de repartição de benefícios econômicos da exploração e proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Contudo, pela imperiosidade de observação de certas normas burocráticas sobre acesso ao patrimônio genético e pelos encargos econômicos gerados pela necessidade de repartição de benefícios, o contato entre pesquisadores e comunidades tradicionais pode se dar de forma ilegal, ferindo os direitos das comunidades tradicionais e as leis de proteção aos recursos genéticos, situação que constitui a denominada biopirataria.

Ademais, os conhecimentos tradicionais são desvalorizados como conhecimento em si, pois são considerados primitivos e com pouca cientificidade, fazendo com que seu valor seja medido pelo seu potencial de uso como matéria-prima para a indústria,

1 A bioprospecção se refere às atividades científicas de pesquisa, coleta e análise de compostos biológico e genéticos visando a descoberta de novos compostos químicos (BURELLI, 2013).

principalmente a biotecnológica, sendo transformados, por meio de patentes, em propriedades particulares, desvinculando-se da comunidade tradicional que lhe deu origem (SOUZA et al., 2009).

Portanto, frente a existência da ameaça da biopirataria e da crescente mercantilização forçada dos conhecimentos tradicionais que implicam em sua desvalorização, a proteção dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados é de grande interesse para as comunidades tradicionais, que são sujeitos legítimos a reivindicar leis que os representem e que atendam aos seus interesses e necessidades. Sendo necessário, também, o consentimento das comunidades tradicionais e que estas sejam devidamente informadas sobre as pesquisas que pretendem ser realizadas e suas repercussões, fato este que ainda é considerado um aspecto controverso.

Há, portanto, que se analisar a importância da participação das comunidades tradicionais na construção dos marcos legais internacional e nacional quanto à proteção dos recursos genéticos e se essa participação é verdadeiramente propiciada pela atual legislação.

4 Recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados: a questão da participação das comunidades tradicionais na legitimação do marco regulatório brasileiro

A Constituição da República de 1988 assegura proteção às comunidades indígenas, reconhecendo a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente, conforme o artigo 231 de seu texto (BRASIL, 1988).

A proteção constitucional não apresenta explicitamente o reconhecimento da autodeterminação das comunidades indígenas, mas demonstra a preocupação com a garantia dos direitos dessas comunidades, especialmente no tocante às terras e à sua cultura. Em decorrência desta disposição constitucional, foi-se formando um arcabouço infraconstitucional para a proteção dos povos indígenas, destacando-se o Decreto n. 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O objetivo geral deste Decreto é a promoção do desenvolvimento sustentável das comunidades tradicionais, com o reconhecimento e fortalecimento da garantia dos seus direitos territoriais, sociais, econômicos, ambientais e culturais, respeitando e valorizando a sua identidade e as suas formas de organização política (BRASIL, 2007).

Um dos aspectos essenciais para a garantia do desenvolvimento sustentável dessas comunidades é a problemática do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, pois ligada à utilização de seu saber e dos recursos vinculados a

seus territórios, o que demanda que exploração científica e econômica possibilitem, em contrapartida, a repartição de benefícios.

Neste âmbito, a legislação sobre a biodiversidade, seus recursos biológicos e genéticos, é de interesse de todas as comunidades tradicionais, conforme explicitado em tópico anterior, englobando, a título de exemplo, os indígenas, os quilombolas, os seringueiros, os sertanejos, os caiçaras, os varzeiros, os ribeirinhos, os ciganos. No tocante à esta legislação, é notável que “[...] o advento da Lei n. 13.123/2015 (lei da biodiversidade) trouxe alguns avanços e novas perspectivas. Todavia, o diploma normativo é bastante criticado, principalmente, pela ausência de consulta prévia aos povos tradicionais durante o processo legislativo” (SCHIOCCHEI; SILVA, 2016, p. 11).

Assim, considerando-se a teoria discursiva do Direito em Habermas, na qual a participação popular no debate da construção das leis é imprescindível para a garantia da legitimação do Direito, cabe analisar a lei 13.123/2015 em dois momentos: o primeiro, relacionado à sua tramitação e verificação da participação das comunidades tradicionais no processo legislativo, para averiguar se essa lei, pode ser considerada realmente legítima perante essa parcela da sociedade. E, num segundo momento, analisar se a lei válida, que entrou em vigor em 2015, juntamente com o seu Regulamento de 2016, apresenta algum mecanismo que viabilize a autodeterminação das comunidades indígenas, muito mais do que a simples participação, nos processos referentes ao acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados.

4.1 Tramitação do Projeto de Lei nº 7.735/2014 e a (in)existência da participação das comunidades tradicionais

Em âmbito internacional, a questão da proteção da biodiversidade e dos recursos genéticos está regulada pela Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992, que traz normas para a conservação e uso sustentável da biodiversidade, e pelo Protocolo de Nagoya, de 2010, que traz normas mais específicas sobre o acesso aos recursos genéticos e sobre a repartição justa e equitativa de benefícios. Ambos documentos normativos internacionais apresentam diretrizes e normas mínimas que devem ser obrigatoriamente observadas pelos países que os ratificaram, demandando a atualização legislativa quanto a este tema.

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi ratificada em 1994, mas somente em 2001 foi promulgada a primeira regulamentação brasileira acerca da proteção e o acesso à biodiversidade e ao patrimônio genético, por meio da Medida Provisória nº 2.186-16/2001.

A regulamentação foi bastante criticada, especialmente pela sua estrutura de medida provisória e não de lei, que impossibilitou uma expressiva participação popular no seu processo de elaboração. Ademais, as disposições legais, além de obscuras e de difícil entendimento, eram bastante restritivas para os pesquisadores que visavam

acessar a biodiversidade, sendo que, ao mesmo tempo, não trazia mecanismos legais adequados para combater a biopirataria. Além disso, a alta burocracia não incentivava o desenvolvimento de produtos biotecnológicos, o que dificultou a repartição de benefícios com as comunidades tradicionais (COSTA, 2013).

Em decorrência dessa insatisfação, instauraram-se, a nível político, debates que reivindicavam um novo marco regulatório, sendo protagonizados principalmente pelo setor empresarial ligado à agropecuária e à indústria farmacêutica, prejudicados pela alta burocracia da medida provisória que dificultava o desenvolvimento de pesquisa sobre recursos biológicos e genéticos.

Assim, o legislativo foi mobilizado para elaborar uma nova regulação do patrimônio genético, tendo sido apresentados diversos projetos de lei para tal. Somente em 2014, com o Projeto de Lei nº 7.735/2014, no qual contou com o envolvimento do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Ciência e da Tecnologia, do Ministério da Indústria e Comércio Exterior e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, é que houve uma efetiva tramitação legislativa, sendo que posteriormente o referido projeto tornou-se o novo regulamento para os recursos genéticos.

A proposta do novo marco regulatório brasileiro visa a atender a tais desafios e propõe: simplificar e desburocratizar a bioprospecção; assegurar os direitos das comunidades tradicionais; regular a repartição de benefícios. Ou seja, de um lado, temos a proposta do desenvolvimento da bioindústria; e de outro, a necessidade de conservação da biodiversidade (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 208).

Entretanto, a tramitação deste projeto não foi considerada adequadamente democrática pois, apesar da intensa participação do setor empresarial, houve baixa manifestação das Universidades e das comunidades tradicionais, fazendo com que este processo legislativo fosse altamente criticado pelos movimentos sociais.

Outro aspecto que dificultou a participação popular foi a solicitação de urgência constitucional para a tramitação do Projeto. Na Câmara dos Deputados, o projeto foi apreciado por uma Comissão Especial que, entretanto, não se reuniu e nem abriu espaço para audiências públicas. No Senado Federal, houve a realização de audiência pública, sendo que alguns atores da sociedade civil foram convidados a participar, contudo, a complexidade da matéria inviabilizou a existência de posicionamentos uniformes, dificultando o atendimento dos diversos interesses (TÁVORA et al., 2015).

Em que pese a existência formal da audiência pública durante a tramitação no Senado, houve deficiência na discussão pública do projeto, pois a participação dos representantes de agricultores familiares e das comunidades tradicionais, foi baixa em

relação à intensidade que era demandada, segundo o Secretário Executivo do Ministério do Meio Ambiente. Este, inclusive, admitiu que o regime de urgência da tramitação foi imposto pelo Palácio do Planalto em resposta à demanda do setor privado, não tendo sido uma proposta do Ministério do Meio Ambiente (SOUZA, 2015).

A falta de possibilidade de participação não foi bem aceita pelas comunidades tradicionais, que buscaram formalizar o seu repúdio ao Projeto de Lei por meio de uma Carta Circular Aberta que foi entregue ao Secretário Executivo do Ministério do Meio Ambiente, tendo sido assinada por oitenta entidades da sociedade civil, que demonstraram o seu apoio ao conteúdo da carta. Em uma de suas passagens, as comunidades tradicionais alegaram que,

Especificamente em relação ao PL n.º 7.735/2014, que pretende anular e restringir nossos direitos, repudiamos a decisão deliberada do Poder Executivo de nos excluir do processo de sua elaboração, sem qualquer debate ou consulta, em violação à Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), à Convenção da Diversidade Biológica (CDB), ao Tratado Internacional dos Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura/FAO (TIRFAA) e à Constituição Federal. Em contraste a isso, denunciemos o amplo favorecimento dos setores farmacêutico, de cosméticos e do agronegócio (principalmente sementeiros), a ponto de ameaçar a biodiversidade, os conhecimentos tradicionais associados e programas estruturantes para a segurança e soberania alimentares, a exemplo do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), com a possibilidade inclusive de legalização da biopirataria. (AMIGOS DA TERRA BRASIL et al., 2015).

Percebe-se que a forma como a tramitação do Projeto de Lei se deu impossibilitou a existência de uma “condição ideal de fala”, tanto no quesito tempo, que foi bastante escasso para a instauração de um debate apto a discorrer sobre o complexo tema em pauta, quanto para os atores envolvidos e interessados na regulamentação da lei, pois diminuiu-se o espaço de discussão, havendo primazia para o protagonismo de apenas um setor: o empresarial.

Não foram proporcionadas as mesmas oportunidades de expressão para todos os atores, as possibilidades de discursar na esfera onde ocorreu o debate do projeto de lei foram restringidas a alguns atores, situação que fez as comunidades tradicionais formalizarem um apelo na forma de uma carta.

Uma carta não é suficiente para caracterizar um debate, pois ela não permite a dinâmica de contraposições de argumentos, ela é estática, ela não dialoga. Ademais, a carta de repúdio das comunidades tradicionais não foi suficiente para influenciar no processo decisório de tramitação da lei.

Assim, nos moldes da teoria de Habermas, não foi possível a existência de um consenso entre os atores interessados no projeto de lei, pois a esfera pública não foi devidamente caracterizada e as reivindicações das comunidades tradicionais não foram realmente debatidas de uma forma democrática, na qual a pretensão de validade do discurso tivesse possibilidades reais de influenciar a tomada de decisão.

Mesmo com a visível falta de participação, o projeto foi aprovado, a Lei n. 13.123/2015 foi promulgada e entrou em vigor em 2015. Alega-se que a nova lei apresenta um avanço em relação à Medida Provisória, atendendo as demandas econômicas, sociais e ambientais vinculadas à exploração da biodiversidade (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015).

Entretanto, há que se questionar se esse avanço que se entende estar presente na nova lei é suficiente para legitimá-la perante à sociedade. Nos moldes da teoria discursiva do direito, essa pretensa legitimidade não foi alcançada, pela falta de um efetivo debate que incluísse os atores interessados, de forma a que estes pudessem sentir-se como verdadeiros autores da lei, ou seja, que seu posicionamento auxiliasse ou influenciasse no processo de construção do consenso que, posteriormente, viesse a concretizar-se em lei.

Em que pese a falta de uma legitimidade democrática, a Lei 13.123/2015 é válida perante o ordenamento jurídico. Assim, cabe analisar suas proposições para verificar se os interesses das comunidades tradicionais, mesmo que estes não tenham sido explanados diretamente por eles, foram atendidos e se a nova lei possibilita a sua participação nos processos relacionados ao acesso a recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados.

4.2 As comunidades tradicionais frente ao marco regulatório da biodiversidade

A questão da participação das comunidades tradicionais assim como da representatividade de seus interesses na Lei 13.123/2015, assim como em seu regulamento, Decreto n. 8.772/2016, será analisada a partir de três eixos, que são os aspectos conceituais, o consentimento prévio informado e a repartição de benefícios. Estes traduzem os pontos mais controversos e de maior insatisfação das comunidades, percepção que pode ser extraída, dentre outras manifestações, da carta aberta que foi direcionada ao Ministério do Meio Ambiente.

Quanto aos aspectos conceituais, o principal motivo de insatisfação das comunidades tradicionais foi a substituição do termo “povos” por “populações” quando há referência aos povos indígenas (AMIGOS DA TERRA BRASIL et al., 2015).

Esta nomenclatura apresenta-se como um retrocesso à identificação desses indivíduos, andando na contramão no que já foi estabelecido na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, e na Declaração das Nações Unidas

sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, que utilizam o termo povo. O termo população não é adequado, pois não traduz toda a profundidade do conceito povo, expressão que representa o reconhecimento não só da identidade cultural e étnica dos indivíduos, mas também da sua autonomia como sujeitos de direitos coletivos (TÁVORA et al., 2015).

O segundo ponto de insatisfação está relacionado à maneira como foi delineado o consentimento prévio informado. Segundo as comunidades tradicionais, o projeto de lei flexibiliza aspectos do consentimento prévio informado e sua comprovação, inviabilizando a sua negativa e dispensando esse consentimento em algumas situações.

A questão do consentimento prévio informado está regulada tanto na lei quanto no Decreto 8.772/2016, sendo que algumas das suas disposições apresentam um reconhecimento da autodeterminação das comunidades tradicionais, constituindo-se, em grande parte, em uma resposta positiva aos anseios dessas comunidades.

O primeiro ponto positivo encontrado na Lei n. 13.123/2015 é o reconhecimento do direito dos povos indígenas, das comunidades e dos agricultores tradicionais de participar, em âmbito nacional, da tomada de decisões sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do Brasil (BRASIL, 2015). Ou seja, a participação, neste caso, é nos processos de tomada de decisões, ou seja, é imprescindível que os posicionamentos adotados por essas comunidades sejam devidamente reconhecidos e dotados de poder de influência no debate.

Uma das inovações da Lei 13.123/2015 possibilitou a existência de um mecanismo viabilizador do direito de voz das comunidades tradicionais, que consiste na reestruturação da composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), que necessariamente deverá ter, como membros, uma quota mínima de 40% de participação dos setores da sociedade civil, englobando o setor empresarial, acadêmico e povos indígenas, comunidades e agricultores tradicionais, em paridade. O Decreto 8.772/2016 regulamenta esse artigo, determinando que, dos 20 membros do CGEN, deverão haver

[...] três representantes de entidades ou organizações representativas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, sendo:

- a) um indicado pelos representantes de povos e comunidades tradicionais e suas organizações da (sic) Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT;
- b) um indicado pelos representantes de agricultores familiares e suas organizações do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável - Condraf; e
- c) um indicado pelos representantes de povos e organizações indígenas integrantes do Conselho Nacional de Política Indigenista - CNPI (BRASIL, 2016).

Percebe-se, portanto, um aparato regulamentado que garante a participação das comunidades tradicionais, por meio de representantes que darão voz às suas pretensões.

Entretanto, não só a participação indireta na tomada de decisões em âmbito nacional é suficiente para garantir a autodeterminação dessas comunidades. A concretização da autodeterminação é mais efetiva quando são garantidos às comunidades o direito de, individualmente, tomar decisões a respeito dos processos de acesso aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos que estejam vinculados a ela, ou seja, a participação deve ser direta e específica. O mecanismo legal que possibilita essa tomada de decisão direta e específica é o consentimento prévio informado.

O consentimento prévio informado está previsto no artigo 9º da Lei, que condiciona o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável à obtenção do consentimento nos moldes legais. Neste âmbito, é imprescindível a comprovação do consentimento prévio, que pode ser feito por meio de assinatura de um termo, registro audiovisual, parecer de órgão oficial ou adesão prevista em protocolo comunitário, sendo que cabe à comunidade detentora do conhecimento tradicional escolher, mediante seus próprios critérios, a forma de comprovação que mais lhe pareça adequada.

Em que pese a determinação do consentimento prévio informado, e a necessária comprovação, como condição ao acesso, a Lei n. 13.123/2015 não deixou claro um dos seus aspectos essenciais, que é o direito de dizer não por parte das comunidades tradicionais. A falta de previsão expressa da possibilidade de negativa de consentimento foi um dos pontos que mais trouxe insatisfação para as comunidades tradicionais e isso é uma questão reivindicada a nível internacional, a respeito do Protocolo de Nagoya. Fernanda Costa (2013) explica que o consentimento prévio fundamentado, no Protocolo de Nagoya, apenas estabelece que cabe ao Estado soberano decidir sobre o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, viabilizando instrumentos para a participação das comunidades tradicionais, mas é silente quanto ao livre consentimento prévio informado que envolve a possibilidade de negativa por parte das comunidades tradicionais. Assim,

De acordo com a posição das comunidades tradicionais e povos indígenas, os referidos instrumentos manifestam a obrigação dos Estados-membros garantirem o consentimento livre, prévio e informado, em termos mutuamente acordados, bem como a participação plena e efetiva dos povos indígenas e das comunidades locais nos assuntos que lhes são pertinentes. Todavia, muitas vezes falta vontade política de implementar instrumentos internacionais relativos aos direitos dos povos indígenas já que se relacionam com seus territórios e conhecimentos (COSTA, 2013, p. 12223).

Entretanto, a posição brasileira apresentou um grande avanço com relação às diretrizes do Protocolo de Nagoya, em que pese o país ainda não o ter ratificado. A Lei 13.123/2015, assim como o Protocolo, é silente sobre a possibilidade da negativa de consentimento, mas a redação do Decreto 8.772/2016 traz normas mais claras e específicas sobre o consentimento, trazendo maiores garantias às comunidades indígenas quanto a seu direito de escolha e participação efetiva, o que se apresenta como uma viabilização da autodeterminação desses povos.

Nos termos do artigo 13, “[...] a população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional poderá negar o consentimento ao acesso a seu conhecimento tradicional associado de origem identificável” (BRASIL, 2016). Juntamente com essa garantia expressa do direito de negar o acesso, o regulamento ainda determina que o provedor do conhecimento tradicional negociará livremente seus termos e condições.

A referida disposição possibilita uma potencialização no protagonismo das comunidades tradicionais nas relações que envolvem contato direto com seus conhecimentos tradicionais. Interessante salientar que o regulamento assegura a participação de órgãos e entidades federais de proteção de direitos e de assistência a comunidades tradicionais nos processos de acesso ao conhecimento tradicional, consentimento prévio e repartição de benefícios, mas subordinada a pedido expresso das comunidades tradicionais, não havendo uma imposição por parte da legislação, mas garantindo um direito de escolha, que traduz a autodeterminação dessas comunidades.

Ademais, o Decreto estabelece que o pretense usuário deve respeitar as formas tradicionais de organização e representação da comunidade tradicional, e respeitar algumas diretrizes para obter o consentimento:

Art. 16. O usuário deverá observar as seguintes diretrizes para a obtenção do consentimento prévio informado:

I - esclarecimentos à população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre:

- a) os impactos sociais, culturais e ambientais decorrentes da execução da atividade envolvendo acesso ao conhecimento tradicional associado;
- b) os direitos e as responsabilidades de cada uma das partes na execução da atividade e em seus resultados; e
- c) o direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado;

II - estabelecimento, em conjunto com a população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, das modalidades de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, derivadas da exploração econômica; e

III - respeito ao direito da população indígena, comunidade tradicional e agricultor tradicional de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado, durante o processo de consentimento prévio (BRASIL, 2016).

Essas diretrizes apresentam garantias às comunidades tradicionais, pois determinam a imperiosidade de realizar esclarecimentos acerca das finalidades do acesso e o valor do conhecimento tradicional. Este Decreto é bastante recente e, pelo menos neste aspecto, apresenta uma garantia maior do direito de participação de autodeterminação das comunidades indígenas. Contudo, cabe a estas analisar a adequação dessas normas às suas pretensões e avaliar se elas realmente viabilizam a concretização de seus direitos e interesses.

Em que pese o avanço da Lei 13.123/2015, complementada com seu regulamento, existe um ponto com relação ao consentimento prévio informado que traz, além de um retrocesso, uma dificuldade interpretativa.

No art. 9º existem duas ressalvas quanto à necessidade do consentimento prévio informado, que são:

§ 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 (BRASIL, 2015).

Ambas disposições estão relacionadas à existência de um conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Este, conforme conceituação da lei, corresponde ao “[...] 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” (BRASIL, 2016). Ou seja, há um conhecimento de origem desconhecida e a consequência prática disto é a retirada da necessidade de obtenção de consentimento prévio.

Pedro Gustavo Andrade e Gabriela Grandi (2015) explicam que esse conceito é uma construção normativa brasileira que não possui correspondência a nenhum instrumento internacional de proteção da biodiversidade, tanto a CDB quanto o Protocolo de Nagoya não diferenciam conhecimentos tradicionais de origem identificável ou não identificável. Esta é uma expressão problemática, no sentido em

que pode se assemelhar à noção de domínio público, pois a autoria do conhecimento é desconhecida, o que representa um retrocesso ao reconhecimento das diversas identidades das comunidades tradicionais.

Esta construção conceitual é problemática pois, em muitos casos concretos, os próprios membros dos grupos tradicionais não conseguem identificar a origem de um conhecimento ou de uma prática. Em verdade, a maioria das tradições não são passíveis de ter suas origens identificadas, uma vez que são imemoriais (ANDRADE; GRANDI, 2015, p. 125).

A previsão deste conceito representa uma notável insegurança jurídica, dificultando o reconhecimento da titularidade desses conhecimentos tradicionais, pois sua determinação dependerá de interpretação judicial, que é variável e não uniforme. Ademais, pode constituir um mecanismo a ser utilizado pelos usuários para não ter que comprovar o consentimento prévio informado, pois a dificuldade em se determinar a origem de um conhecimento pode ser interpretada como origem desconhecida, o que desnatura todo o arcabouço de proteção aos conhecimentos e às comunidades tradicionais.

Não se pode haver uma flexibilização do instituto do consentimento prévio informado e por consequência, a origem não identificável não pode ser confundida com conhecimento público.

Se um determinado conhecimento puder ser atribuído, mesmo que remotamente, a uma série de saberes, práticas ou representações mantidos e reproduzidos por um povo ou grupo específico ao longo de sua história, ele não poderá ser considerado um “conhecimento de origem não identificável”, pois sua origem seria, de alguma forma, determinável (ANDRADE; GRANDI, 2015, p. 128).

Assim, a questão do consentimento prévio informado, apesar dos avanços no tocante ao reconhecimento da possibilidade de negativa do consentimento, ainda possui pontos controversos e que dependem, para concretizar-se, de uma análise puramente interpretativa a ser realizada majoritariamente pelo judiciário, o que representa uma incógnita, pois somente nos casos concretos que virão é que será possível analisar se os direitos das comunidades tradicionais foram garantidos ou não.

O último eixo de reivindicação das comunidades tradicionais refere-se à questão da repartição de benefícios. Dentre os aspectos citados na carta, destaca-se:

No que tange à repartição de benefícios: a) Prevê que apenas produtos acabados serão objeto de repartição de benefícios, excluindo os produtos intermediários; b) Restringe a repartição de benefícios aos casos em que o patrimônio genético ou conhecimento tradicional for qualificado como elemento principal de agregação de valor ao produto; [...] e) Estabelece teto, ao invés de base, para o valor a ser pago a título de repartição de benefícios; [...] f) Deixa a critério exclusivo das empresas nacionais e internacionais a escolha da modalidade de repartição de benefícios nos casos de acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional de origem não identificável; g) Isenta microempresas, empresas de pequeno porte e micro empreendedores individuais de repartir benefícios; (AMIGOS DA TERRA BRASIL et al., 2015).

Todos estes aspectos de insatisfação estão presentes na Lei 13.123/2015 e são fatores problemáticos à concretização de uma adequada repartição de benefícios.

São muitas as isenções para a realização da repartição de benefícios e o seu caráter é vago, já que a definição deixa margem para muitas interpretações.

Cita-se, especialmente, o artigo 17, que estabelece que a repartição de benefícios se dará nos casos em que o conhecimento tradicional associado é um dos elementos principais de agregação de valor, expressão que não possui um sentido determinável de antemão.

Nesse âmbito, o decreto regulamentador da lei estabelece alguns critérios para a determinação dos elementos principais de agregação de valor. Para ser considerado como tal, os elementos presentes no produto acabado devem ser determinantes para existência das características funcionais, ou seja, aquelas que determinam ou ampliam as finalidades do produto e aprimorem sua ação; ou são determinantes para a formação do apelo mercadológico, ou seja, o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado devem ser referenciados no produto ou na marca, em qualquer tipo de meio de comunicação e nas campanhas de marketing.

Mesmo que os critérios apresentem um certo balizamento para a determinação da agregação de valor, eles ainda demandam interpretação posterior, apresentando uma insegurança jurídica. Ademais, há que se questionar também a escolha desses determinados critérios, pois não está claro qual o seu fundamento e nem o porquê de eles serem mais adequados do que outros. Este seria um aspecto no qual a relevância da participação das comunidades tradicionais seria imprescindível, mas, ao contrário, foi determinado arbitrariamente pela autoridade legislativa.

Mesmo que a lei 13.123/2015 tenha regulado a repartição de benefícios de uma forma mais detalhada, prevendo até mesmo a existência de um Fundo Nacional de Repartição de Benefícios para gerir a receita e beneficiar os atores envolvidos nos processos de acesso, e também prever que os termos da repartição de benefícios serão

acordados diretamente entre usuários e detentores dos conhecimentos tradicionais, os moldes nos quais ela está delineada e as várias exceções estabelecidas são, de fato, elementos que dificultam a caracterização de uma situação em que a repartição de benefícios seja devida. Neste sentido, “[...] na prática, a nova lei estabelece um sistema que cria uma série de lacunas para que, de fato, uma empresa interessada possa se eximir do dever de repartição de benefícios” (ANDRADE; GRANDI, 2015, p. 130).

Percebe-se que a efetivação das disposições legais depende de uma fiscalização adequada e eficiente, pois esta é um aspecto essencial à garantia dos direitos das comunidades. Portanto, a efetividade da lei depende da realização de políticas públicas específicas voltadas à disponibilização e capacitação de pessoal para analisar a legalidade do acesso, a idoneidade da comprovação de consentimento prévio informado e a adequação dos termos mutuamente acordados no tocante à repartição de benefícios.

A Lei 13.123/2015 juntamente com seu regulamento foram elaborados em completa dissociação com a participação efetiva das comunidades tradicionais, o que representa uma falta de legitimidade no processo legislativo. Entretanto, suas disposições legais apresentam um nível satisfatório de proteção e de atendimento à reivindicação das comunidades tradicionais, principalmente no tocante à possibilidade de negativa de consentimento, apesar de que, em alguns casos, ela apresenta um retrocesso. Cabe, portanto, a realização de pressão política para que as reivindicações entrem em pauta nos debates, o que pode ser feito utilizando-se dos próprios instrumentos instituídos na lei, como a representação das comunidades tradicionais no âmbito do CGEN, e desta forma, caminhar para que as mudanças necessárias sejam concretamente realizadas.

5 Considerações finais

A legitimidade do Direito perante a sociedade perpassa necessariamente pela participação desta nos debates relacionados ao processo legislativo. A sociedade deve sentir-se não só como destinatária das normas, mas como autora das mesmas. Segundo Habermas, o debate ocorre na esfera pública e demanda a existência de condições ideais de fala, que possibilitarão um debate equilibrado entre os atores interessados.

Há que se lembrar que a sociedade atual é bastante complexa e abrange diversos grupos sociais e minorias. Estas também são atores sociais e devem sentir-se como autores das normas que regem a sociedade, ou seja, o debate também deve ser estendido aos grupos sociais excluídos e que eventualmente tenham interesses diferentes da maioria, pois este é um dos pilares da democracia.

Neste âmbito, as comunidades tradicionais são um exemplo de uma minoria que, além de possuírem modos de vida extremamente diferentes da sociedade ocidentalizada, detém interesses próprios e vinculados à necessária conservação

da biodiversidade e do meio ambiente como um todo. Um dos aspectos de grande interesse dessas comunidades é a questão do acesso aos recursos genéticos. As comunidades, pelo seu modo de vida, possuem uma relação muito íntima com a biodiversidade, e desenvolveram conhecimentos e saberes vinculados a elementos destas. Esse conhecimento é de grande valor cultural, mas também econômico, haja vista que o acesso a estes facilita e proporciona que pesquisadores “descubram” diversas utilidades dos componentes genéticos da biodiversidade, que podem ser exploradas por diferentes indústrias.

É óbvio que, quanto ao acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, os interesses do setor privado, principalmente o biotecnológico, são conflitantes e, portanto, as normas que regulam esse acesso devem buscar harmonizar esse conflito. Para tanto, é necessária a participação de ambos os setores para haver uma autêntica legitimidade normativa nos moldes de Habermas.

No caso brasileiro, o processo legislativo não possibilitou um debate efetivo, que considerasse a participação de todos os setores envolvidos e interessados, deu primazia apenas ao setor empresarial. Este fato levou ao descontentamento das comunidades, que, inclusive buscaram através de uma carta, demonstrar a sua insatisfação e os pontos os quais deveriam ser modificados na lei, na tentativa de abrir verdadeiramente um debate. Entretanto, uma carta não se apresenta como um instrumento idôneo ao debate, pois não possibilita um diálogo efetivo, ela apenas apresenta unilateralmente um ponto de vista, sem a possibilidade de contraponto e discussão. Assim, falta à lei 13.123/2015, legitimidade normativa nos moldes de Habermas.

Entretanto, a lei, juntamente com seu regulamento, apresentaram alguns aspectos relevantes e importantes para assegurar não só a participação das comunidades tradicionais no debate à nível nacional, com a configuração atual do CGEN, e também a autodeterminação desses povos, ao estabelecer que o consentimento prévio informado também envolve a negativa deste e a possibilidade de negociação direta entre as comunidades e o interessado em acessar os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos.

Em que pese a existência de aspectos positivos, a lei e o regulamento possuem retrocessos, como a denominação “populações” ao invés de “povos”, e alguns pontos negativos, especialmente no tocante às normas sobre a repartição de benefícios, já que estas possibilitaram uma verdadeira relativização do instituto, que será aplicado somente em casos bastante específicos.

Percebe-se que não houve um total atendimento às demandas das comunidades tradicionais, mas há que se lembrar que, conforme Habermas, um dos aspectos que traz legitimidade às normas é a sua validade limitada no tempo, ou seja, as leis podem ser modificadas ou revogadas a qualquer momento, a depender das demandas e do debate político que se instaura na sociedade. Assim, cabe às comunidades tradicionais

o exercício de uma pressão política, situação que será viabilizada pela sua obrigatória participação no CGEN, pois o debate e a construção de um consenso que possibilitarão a modificação da situação e o atendimento de suas pretensões.

Referências Bibliográficas

ALONSO, Margarita Flórez. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*, v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 287-316.

AMIGOS DA TERRA BRASIL et al. *Carta circular aberta: povos indígenas, povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares repudiam projeto de lei que vende e destrói a biodiversidade nacional*. Brasília, 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/carta_do_pcts_e_camponeses_ao_governo_federal1-2.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes; GRANDI, Gabriela Machado Coelho. Conhecimentos tradicionais: uma análise da Lei de biodiversidade à luz da Convenção sobre Diversidade Biológica e do Protocolo de Nagoya. In: TOLEDO, André de Paiva. *A Amazônia no direito internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 108-136.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Saberes tradicionais como patrimônio cultural imaterial dinamizador do desenvolvimento sustentável. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 2 mai./ago., p. 559-584. 2014. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6018/pdf_1>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016.

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*, Brasília, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BRASIL. Lei n. 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 §§ 3o e 4o do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BURELLI, Thomas. La bioprospection dans l'outre-mer français: opportunités et limites des dispositifs de régulation émergents dans l'outre-mer français. *Revue de la Recherche Juridique: Droit Prospectif*, Marseille, n. 04, p. 1745-1787. 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478410>. Acesso em: 21 out. 2016.

COSTA, Fernanda Bianco de Lucena. O Protocolo de Nagoya e o quadro legislativo brasileiro de acesso aos recursos genéticos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 2, n. 11, 2013, p. 12.213-12.274. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_12213_12274.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. 6. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2008. 198p.

FLEURY, Lorena; ALMEIDA, Jalcione. Populações tradicionais e conservação ambiental: uma contribuição da teoria social. *Revista Brasileira de Agroecologia*, v. 2, n. 3, p. 3-19. 2007. Disponível em: <<http://www.aba-agroecologia.org.br/revistas/index.php/rbagroecologia/article/view/6270/4578>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jurgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Coleção Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Volume V. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 91p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. 354p.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Populações tradicionais e conhecimentos associados aos recursos genéticos: conceitos, características e peculiaridades. In: Kishi, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 217-238.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; ALBUQUERQUE, Leticia. A quem pertence a biodiversidade? Um olhar acerca do marco regulatório brasileiro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 195-216, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/533/445>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, jul-dez. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 513p.

SCHIOCCHET, Taysa; SILVA, Rodolfo Souza da. Acesso aos recursos genéticos da biodiversidade: análise dos limites e possibilidades de sua tutela jurídica a partir da lei brasileira. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FERNANDES, Fabíola Ramos, NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso do (coords.). *Repercussões éticas e jurídicas da genética: apontamentos sobre os impactos na saúde e no meio ambiente (Coleção diálogos sobre meio ambiente)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 11-22.

SOUZA, Gabriela Coelho de, et. al. Conhecimentos tradicionais: aspectos do debate brasileiro sobre a quarta dimensão da biodiversidade. In: Kishi, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 69-86.

SOUZA, Oswaldo Braga. Movimentos sociais e sociedade civil condenam projeto sobre recursos genéticos. *Instituto socioambiental*, 2 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/movimentos-sociais-e-sociedade-civil-condenam-projeto-sobre-recursos-geneticos>>. Acesso em: 29 out. 2016.

TÁVORA, F. L. et al. *Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade*. (Texto para Discussão nº 184). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 29 out. 2016.

WEIGAND JR., Ronaldo; SILVA, Danielle Calandino da; SILVA, Daniela de Oliveira e. *Metas de Aichi: situação atual no Brasil*. Distrito Federal: UICN, WWF-Brasil e IPÊ, 2011. 67p. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metas_de_aichi_situao_atual_no_brasil__2011_download_147.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.