

Beatriz Souza Costa
José Antonio Moreno Molina
Roberto Correira da Silva Gomes Caldas
(Coords.)

Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA
Y LA UNIÓN EUROPEA:
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA
Y LA UNIÓN EUROPEA:
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

Beatriz Souza Costa

José Antonio Moreno Molina

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

(Coords.)



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2021

Índice

| | |
|--|-----|
| A atuação dos entes subnacionais no processo de integração regional: a paradiplomacia. <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima</i> | 17 |
| A atuação socio ambiental das empresas transnacionais na ótica dos direitos humanos. <i>Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel Dezem</i> | 35 |
| Avances hacia el derecho global de la contratación pública. <i>José Antonio Moreno Molina</i> | 53 |
| Compliance tributario y contratación pública en España. <i>Pedro José Carrasco Parrilla</i> | 63 |
| El Constitucionalismo Subnacional en los Estados federales. <i>José Adércio Leite Sampaio</i> | 93 |
| El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. <i>Dr. Francisco Puerta Seguido</i> | 115 |
| La economía circular: hacia el completo desarrollo del crecimiento sostenible en la Unión Europea. <i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i> | 135 |
| L'application du principe de precaution par l'arbitre du mercosur. <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i> | 147 |
| La protección del patrimonio cultural inmaterial in Brasil: la fiesta de la vaquejada. <i>Beatriz Souza Costa</i> | 159 |

| | |
|---|-----|
| Los biocarburantes como alternativa energética en el contexto de la Unión Europea y de Brasil. <i>Daniel Amin Ferraz e Izabel Rigo Portocarrero</i> | 175 |
| O papel dos programas de ação ambiental para o aperfeiçoamento do espaço ambiental comum europeu. <i>Jamile Bergamaschine Mata Diz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Bruna Pirfo Lima Fontes</i> | 187 |
| O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil. <i>Rubens Beçak e Guilherme de Siqueira Castro</i> | 199 |

O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil

Rubens Beçak¹
e Guilherme de Siqueira Castro²

https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.12

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país megadiverso,³ responsável por 20% de todo o conjunto de espécies animais e vegetais existentes no mundo. Durante anos o país sofreu com uma série de atos de biopirataria. A casuística é grande, envolve a venda de sementes, frutos e animais brasileiros no exterior. Inclui, ainda, o patenteamento de recursos genéticos,⁴ sem autorização do governo brasileiro, para uso na indústria farmacêutica.⁵

- 1 Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Pós-graduação). Foi Secretário Geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Contato: prof.becak@usp.br.
- 2 Mestrando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Contato: guicastro@usp.br.
- 3 O conceito de país megadiverso refere-se aos países mais ricos em biodiversidade no mundo. Termo cunhado originalmente pela organização não-governamental *Conservancy International* em 1988, logo se disseminou em documentos oficiais da Organização das Nações Unidas – ONU, em relatórios oficiais de governos e em *papers* científicos. O conceito de megadiversidade faz parte de uma estratégia orientada para aumentar a consciência nacional para a conservação da biodiversidade em nações com alta diversidade biológica, com muitas espécies exclusivas. Um país megadiverso deve possuir, necessariamente, ao menos 5.000 (cinco mil) espécies de plantas como endêmicas (espécies botânicas que se desenvolve, naturalmente, em regiões específicas) e um ecossistema marinho em suas fronteiras. Cf. Mittermeier, R. A., Robles Gil, P. & Mittermeier, C. G. Megadiversity: Earth's Biologically Wealthiest Nation. In: McAllister, D.E., A.L. Hamilton and B. Harvery (Eds.). *Global Freshwater Biodiversity*. Sea Wind, Cemex, Mexico City, 11: 1- 140.
- 4 Segundo o artigo 2º, inciso I, da lei n.º 13.123/2016, patrimônio genético é a informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos.
- 5 Nesta toada, o caso emblemático é o do patenteamento da pilocarpina pela Merck, multinacional alemã do ramo farmacêutico, em 1991. A pilocarpina é encontrada no arbusto conhecido como jaborandi (*pilocarpus microphyllus*). A pilocarpina é um alcalóide usado na oftalmologia para contração da pupila, importante em certos procedimentos cirúrgicos, também é usada no tratamento de certos tipos de glaucoma e, em 1994, foi aprovada pela Food and Drug Administration (FDA) norte-americana para o tratamento de xerostomia de pós-irradiação (boca seca) em pacientes com câncer de cabeça e de pescoço. Ocorre que o uso do jaborandi para aumentar a produção de suor e salivação não decorreu de pesquisas da multinacional alemã, mas do uso não autorizado do conhecimento tradicional dos índios tupi-guarani sobre a folha do jaborandi, denominada desde tempos imemoriais como planta que faz babar (yaborã-di). Por

Em linhas gerais, o desenvolvimento de novos fármacos, sementes e técnicas de cultivo por empresas multinacionais, a partir do acesso sem autorização ao conhecimento dos povos indígenas e agricultores tradicionais sobre as propriedades de plantas e microrganismos localizados em países periféricos como o Brasil, reforça uma divisão desigual da riqueza e coloca em risco o uso da biodiversidade para futuras gerações.

A prática da biopirataria fortalece uma especialização produtiva injusta entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento ficam submetidos ao papel de fornecedores de matéria prima e eternos compradores de tecnologia dos países desenvolvidos. A mais valia deste arranjo econômico impede o avanço econômico-social dos países periféricos.

Além disso, o uso do conhecimento tradicional de índios, quilombolas e agricultores tradicionais, sem o devido reconhecimento e consentimento, incentiva a exploração predatória da biodiversidade e a invasão de terras indígenas e quilombos para acesso a matéria prima. No Brasil, o saldo é o incremento de conflitos fundiários, como bem ilustra o litígio constitucional envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol,⁶ e a elaboração de teses racialistas que reforçam estereótipos de vagabundagem e incompetência de índios e quilombolas.

Ocorre que não é possível o desenvolvimento sustentável que se fizer sem ou contra os índios e quilombolas, onde eles se encontrem instalados por modo tradicional. O desenvolvimento deve ser ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena, quilombola e de outras comunidades tradicionais no território brasileiro.

Nesse cenário, é possível inferir que a biopirataria é um problema socialmente relevante no Brasil, que demanda uma ação planejada e coordenada entre governo e todos os segmentos da sociedade diretamente afetados. Dito de outro modo, um arranjo regulatório de exploração sustentável do patrimônio genético da biodiversidade brasileira implica em participação democrática, especialmente das comunidades indígenas e quilombolas detentoras dos conhecimentos tradicionais associados ao uso do patrimônio genético, nos termos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.⁷

2. MARCO TEÓRICO

Para efeitos deste trabalho, adotamos o conceito de políticas públicas como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente

outro lado, o uso do recurso biológico não foi autorizado pelo governo brasileiro e os benefícios resultantes da pesquisa e comercialização da pilocarpina não são compartilhados com o sistema público de saúde brasileiro, que paga pelo uso da droga, tampouco o uso do conhecimento dos índios tupi-guarani se reverteu em alguma remuneração em proveito das comunidades. Cf. PINHEIRO, Claudio Urbano B.. Extrativismo, cultivo e privatização do jaborandi (*Pilocarpus microphyllus* Stapf ex Holm.; Rutaceae) no Maranhão, Brasil Extrativismo, cultivo e privatização do jabo-randi (*Pilocarpus microphyllus* Stapf ex Holm.; Rutaceae) no Maranhão, Brasil. *Acta Bot. Bras.*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 141-150, Apr. 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-33062002000200002&lng=en&nrm=iso>. Access on 29 May 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-33062002000200002>.

6 BRASIL (2009) Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049. Disponível em em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 30 nov. 2017.

7 BRASIL (2004). Decreto. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm. Acesso em 30 nov. 2017.

regulados visando coordenar os meios à disposição dos Estados e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.⁸

Do referido conceito de políticas públicas extrai-se a conclusão que a política pública normalmente se expressa por meio de processos / procedimentos. Aqui se utiliza o vocábulo processo em sentido amplo e polissêmico, não se confundindo com o processo judicial. A processualidade das políticas públicas decorre da visão sociológica de que a sociedade pós-moderna é inerentemente conflitiva e o Estado é o *locus* onde a grande maioria desses conflitos serão dirimidos.

A ideia de processo em políticas públicas liga-se à noção de história institucional da decisão.⁹ A processualidade é uma espécie de racionalização da ação governamental desde a detecção do problema, desenvolvimento e implementação de ações, até o aprendizado institucional e replicação das ações em outros setores.

Na tradição dos estudos sobre democracia, o processo (em sentido amplo) é uma condição básica para que qualquer disputa social possa ser levada a termo sem recorrer a um modelo de coação, valendo-se de um modelo procedimental que engaja as diversas partes do conflito na solução mediante a oferta de certeza de que será tomada uma decisão, com a participação de todos interessados, cujo resultado inicial é incerto ou imprevisível as partes (v. g. processo eleitoral). Deste modo, o processo democrático engaja os diversos atores envolvidos a contribuir na formação da decisão, resultado legítimo do procedimento participativo.

Neste sentido, a deliberatividade é um elemento fulcral para a tomada de decisões no processo democrático.¹⁰ Não existe um modelo teórico unificado da deliberação, mas é possível destacar alguns requisitos comuns de experiências existentes no Brasil e no exterior: os agentes envolvidos estão cometidos nos valores da racionalidade e da imparcialidade, os afetados pela decisão podem tomar parte no processo de deliberação diretamente ou por meio de seus representantes e, finalmente, uma mentalidade dialógica, ou seja, disposição de rever ou alterar crenças, pensamentos e preferências.¹¹

3. CONCEITOS BÁSICOS

Antes de adentrar na questão da participação democrática, imperativo se faz uma breve introdução aos conceitos básicos sobre biopirataria, patrimônio genético, repartição de benefícios e comunidades tradicionais.

A definição mais comum de biosfera é dada como o conjunto de todos os ecossistemas do planeta Terra. Entretanto, a biosfera é mais do que um coletivo de ecossistemas. Cuida-se de uma plataforma de informação que disciplina a vida no planeta, baseada em um código específico: o código DNA – ácido desoxirribonucleico.¹²

A possibilidade de manipulação das informações genéticas implica em dilemas científicos e regulatórios da tecnologia aplicada a vida. O ser humano interfere nessas interações informacionais desde o neolítico, período de desenvolvimento da agricultura, com a domesticação de animais, cruzamento de espécies vegetais, seleção de grãos e técnicas de cultivo do solo.

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. O Governo como Instituição Jurídica – fundamentos para um método de análise jurídica de políticas públicas. Tese de livre docência. São Paulo: FADUSP, 2011, p. 129.

10 BEÇAK, Rubens. Democracia – hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

11 Idem, p. 77-78.

12 GLEICK, James. The information: a history, a theory, a flood. Pantheon Books, New York, 2011, p. 295.

Todavia, a biotecnologia do século XXI e suas técnicas de engenharia genômica representam uma verdadeira revolução com implicações éticas, ecológicas e socioeconômicas.

Nesse sentido, explica-se o motivo do legislador brasileiro definir patrimônio genético como “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos”, conforme artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 13.123/2015.

A Lei n.º 13.123/2015 foi instituída para disciplinar o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios decorrentes desses bens ambientais. A edição da referida lei regulamenta o artigo 225, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que incumbe ao Estado brasileiro o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Em tese, a referida lei estabelece uma política pública de controle da biotecnologia no Brasil, ao regular o uso e acesso da informação genética presente na flora e na fauna brasileira, bem como protege os conhecimentos tradicionais sobre as mesmas, construídos coletivamente e transmitidos de geração a geração pelas comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e de agricultores tradicionais. Ao regular o uso da sua diversidade ecológica, o Estado brasileiro pretendeu oferecer uma resposta adequada ao fenômeno da biopirataria.

Ocorre que não há uma definição clara do conceito de biopirataria no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas vezes, este termo é utilizado de sinônimo para tráfico de animais ou espécimes da flora. Fala-se, ainda, em biopirataria do patrimônio genético humano, o que inclui tráfico de tecidos e órgãos humanos ou pesquisas médicas com seres humanos em desacordo com os princípios da bioética. Esses são casos que a doutrina brasileira denomina de biopirataria *lato sensu* e não serão objeto de nossa análise.¹³

A biopirataria *strictu sensu* pode ser definida como a atividade que envolve o acesso clandestino aos recursos genéticos de determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos, sem a repartição dos eventuais benefícios entre países e comunidades tradicionais. O acesso clandestino é aquele sem cadastro, autorização ou licença do país detentor do recurso genético, ou sem consentimento prévio informado, da população tradicional detentora do conhecimento associado ao uso deste.

O conhecimento tradicional associado é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético. Imperativo consignar que a repartição dos benefícios decorrentes do ato de biopirataria não convalida a extração ilegal da informação genética ou uso desautorizado do conhecimento tradicional associado. Afinal, pode haver pirataria de bens ambientais sem a concretização dos benefícios econômicos esperados.

4. A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA TUTELA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO.

A questão da biopirataria envolve uma polêmica norte-sul e poder ser inserida no âmbito dos estudos pós-coloniais ou decoloniais. Na literatura baseada no paradigma colonial há uma postura negacionista acerca da questão. A grosso modo, as políticas regulatórias de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado são tratadas como barreiras à inovação.

13 PANCHERI, Ivanira. Biopirataria – reflexões sobre um tipo penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 108. Páginas 443-487, jan./dez. 2013, p. 444.

Para se contrapor ao termo biopirataria ou grilagem, esses críticos utilizam o termo bio-prospecção, definida como uma espécie de exploração de recurso bioquímicos e genéticos comercialmente valiosos. Trata-se de uma metáfora emprestada da indústria de prospecção de minérios, tais como ouro e o petróleo.¹⁴

Subjacente ao uso desse tipo de eufemismos, existem ideologias justificadoras que devem ser repudiadas. A teoria jurídica canônica da *terra nullius*, que definia as terras dos povos não europeus como vazias e permitia a colonização, deu lugar ao direito de propriedade intelectual da *bio nullius*: a natureza é definida como uma matéria vazia e os povos tradicionais como bárbaros que não criam, tampouco inovam, em matéria de biotecnologia, o que justificaria o patenteamento das formas de vida.¹⁵

No fundo, entender as demandas dos países megadiversos e suas populações tradicionais no tema da biopirataria exige uma mudança do paradigma eurocêntrico de modernidade e desenvolvimento econômico-social.

Em primeiro lugar, é preciso superar o eurocentrismo exacerbado promovido pela globalização. Deve-se reconhecer que esse modelo de interação social que conecta diversas sociedades ao redor do globo está baseado na imposição de um modelo civilizacional sobre as demais culturas e populações. O universalismo preconizado pelos partidários da globalização é um movimento de sentido único que não se sustenta, eis que os povos colonizados não são povos “sem história”. Portanto, um modelo pós-colonial precisa urgentemente reinterpretar a globalização e suas instituições.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o método científico não é a única forma de explicação da realidade. A sabedoria tradicional das comunidades indígenas, ribeirinhas, pastoris e quilombolas formam um sistema de conhecimento diverso do sistema científico tradicional, mas de uma criatividade ecológica surpreendente.¹⁶ A noção de autor da invenção, conceito relacionado com a tradição individual liberal, deve ser flexibilizada para incluir, além das empresas de biotecnologia com suas patentes e os pesquisadores em universidades, a criatividade e inovação das comunidades tradicionais.

Vale pontuar, ainda, que os defensores do patenteamento da diversidade ecológica entendem que a informação genética é um bem não exclusivo e não rival, ou seja, um bem público, nos termos da teoria econômica.¹⁷ Assim, para os críticos não existe uma razão economicamente justificável para proteger o conhecimento etnobiológico ancestral como propriedade, pois o uso da informação genética não extingue o bem e permite que terceiros continuem usando a mesma informação da maneira que bem entenderem.¹⁸

Todavia, ocorre justamente o contrário do preconizado. A ciência já comprovou que as formas de vida não são meras máquinas, possuem auto-organização e podem se reorganizar.¹⁹ A comoditização de sementes, frutos e animais eleva os riscos de contaminação e extinção de

14 SHIVA, Vandana. *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*. Berkley, California: North Atlantic Books, 2016, p. 72.

15 SHIVA, Vandana. *Idem*, p.08.

16 *Idem*, p. 08.

17 Os bens públicos são o exemplo extremo de externalidade positiva na economia. Os bens públicos são mercadorias em que o custo de estender a prestação a uma pessoa adicional é zero e que o uso não pode ser subtraído a ninguém. Os benefícios dos bens públicos são difusos, o que desestimula os agentes privados a prestar esse serviços. Cf. SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. *Macroeconomía*. 16ª edição. Madrid: McGraw-Hill / Interamericana de España, 2005, p. 36.

18 CHEN, Jim. *There's No Such Thing as Biopiracy...and It's a Good Thing Too*. Publicado originalmente em *McGeorge Law Review*, volume 37, 2006, p. 22. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=781824. Acesso em 30.09.2017.

19 Essa capacidade auto organizacional dos sistemas biológicos é denominada autopoiese. Cf. MATURANA, Humberto. *A Ontologia da Realidade*. Tradução e organização de Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. 2ª edição. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014.

variantes naturais, colocando em risco a biodiversidade. Em outras palavras, a manipulação genética e sua privatização via patente pode extinguir espécies vegetais endêmicas, o que afeta todo ecossistema.

5. O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE USO E ACESSO DA BIODIVERSIDADE BRASILEIRA

É certo que ao introduzir o rico debate sobre biopirataria no plano interno, o Estado brasileiro muitas vezes reproduz o que combate na arena diplomática. O fato é que tanto no processo legislativo que resultou na edição da lei de uso e acesso ao patrimônio genético,²⁰ quanto no desenho do decreto regulamentar expedido pelo Chefe do Poder Executivo,²¹ as comunidades tradicionais do Brasil foram ignoradas, tratadas na perspectiva colonial de bárbaros que não tem nada a acrescentar ao marco regulatório do uso do patrimônio genético.

Em linhas gerais, o projeto de lei que resultou na lei n.º 13.123/2015 teve início na Câmara dos Deputados, foi revisto em parte no Senado Federal, para depois retornar para a Câmara dos Deputados. Neste trâmite, houve apenas 01 (uma) audiência pública com representantes das comunidades indígenas realizada em Brasília.²²

A Câmara Alta do parlamento brasileiro deliberou sobre o projeto sem consultar o grupo social diretamente interessado na decisão. Não se trata de mero desrespeito à forma do processo legislativo, supostamente convalidado pela ocorrência de 01 (uma) audiência pública na Câmara dos Deputados. Pelo contrário, trata-se de uma oportunidade perdida. A deliberatividade do processo legislativo implica em forma e conteúdo.

A forma inclui um processo de consulta da população indígena e quilombola potencialmente afetada pelo advento da lei, com audiências públicas no Congresso Nacional para dialogar com os diversos representantes desta comunidade. O aspecto substancial implica no compromisso com a racionalidade e imparcialidade a que referimos anteriormente, disponibilidade de dialogar e mudar de opinião, algo diametralmente oposto à mentalidade personalista do presidencialismo latino-americano.²³

Uma das marcas deste modelo é a valorização da figura do governante e suas políticas em detrimento das instituições e do debate plural, o que torna muitas vezes inviável a deliberatividade da decisão política, já que imparcialidade e personalismo são mutuamente excludentes. Neste contexto personalista, a participação da comunidade indígena e quilombola é interpretada como um entrave burocrático e foi manipulada para tornar-se meramente homologatória da decisão do governo. Não se trabalha com a possibilidade de aperfeiçoamento decisório por meio da participação de todos os atores sociais envolvidos.

Há quem vislumbre que a solicitação de regime de urgência para o trâmite do projeto de lei foi um empecilho que dificultou a participação das comunidades indígenas e quilombolas.²⁴ Todavia, a proposta que deu origem ao projeto foi basicamente elaborada pelos

20 BRASIL (2015). Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 30 nov. 2017.

21 BRASIL (2016). Decreto n.º 8.772, de 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em 30.09.2017.

22 TÁVORA, F.L. et al. Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, (Texto para Discussão nº 184), p. 23. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 30 set. 2017.

23 BEÇAK, Rubens. A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988. Campinas: Millennium, 2008, p. 61.

24 TÁVORA, F.L. et al. Comentários à Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, (Texto para Discussão nº 184), p. 23. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 30 set. 2017.

Ministérios de Meio Ambiente e de Ciência e Tecnologia, em trezentas reuniões com o setor empresarial, representado por um grupo de lobistas autodenominado Coalizão Empresarial pela Biodiversidade, conforme denunciado pelos movimentos sociais.²⁵

Carlos Santiago Nino define a democracia como um processo de discussão moral sujeito a um limite de tempo,²⁶ mas não se trata no caso de falta de tempo e sim de disponibilidade para o diálogo. Deste modo, a discussão da regulação do patrimônio genético à revelia das comunidades indígenas contaminou todo o processo, inclusive na fase embrionária do projeto, antecedente a formalização de projeto de lei.

No processo de elaboração do decreto regulamentar, o Ministério do Meio Ambiente tentou, de início, estabelecer um processo de consulta regionalizado, por meio da realização de 06 (seis) oficinas regionais com representantes dos povos tradicionais, em Rio Branco (AC), Belém (PA), Montes Claros (MG), Porto Alegre (RS), Campo Grande (MS) e Salvador (BA). Curiosamente, as oficinas foram realizadas sem a divulgação da minuta do decreto, o que prejudicou a interlocução com a sociedade e gerou um movimento de boicote a audiência pública nacional, realizada em Brasília.²⁷

A doutrina aponta ao menos três insatisfações dos povos indígenas com o marco regulatório do patrimônio genético: um aspecto conceitual referente ao termo “população indígena”, o consentimento prévio informado e a repartição dos benefícios.²⁸

O aspecto conceitual é o uso do termo “população indígena” ao invés de “povos indígenas” utilizado na lei e no decreto regulamentar. Para o movimento indígena, o conceito de “população” é discrepante do termo “povo”, conota o prolongamento da assimilação forçada das nações indígenas pelo colonizador europeu. Subjacente a crítica, está a ideia de proteger o legado das diversas nações indígenas que existiam antes da colonização europeia e o plurinacionalismo dos Estados latino-americanos.²⁹

Em relação ao consentimento prévio informado para o uso ou acesso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade, as críticas são direcionadas a flexibilização das hipóteses de consentimento, pois a lei brasileira diferencia conhecimento tradicional associado de origem identificável daquela de origem não identificável (conhecimento em que não há possibilidade de vincular a sua origem a um grupo ou população indígena ou quilombola).

No caso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade de origem identificável, a lei brasileira oferece segurança jurídica ao grupo provedor do conhecimento, exigindo consentimento prévio informado, o direito de negar acesso a terceiros e a liberdade de pactuar termos e condições. Ocorre que esses direitos não existem no caso do conhecimento tradicional

25 SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito, p. 117. In: Moreira, Eliane Cristina Pinto (Org.). A “nova” lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017.

26 NINO, Carlos Santiago. La constitucion de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 167

27 MACHADO, Carlos José Saldanha. GODINHO, Rosemay Sampaio. VILANI, Rodrigo Machado. Decreto 8.772/2016: riscos e retrocessos na proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Revista de Direito Ambiental. Volume 86/2017 p. 327-344.

28 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a teoria discursiva do direito em Habermas. Revista de Direito Ambiental, vol. 87 / 2017, p. 301-326, jul-set de 2017.

29 O chamado novo constitucionalismo latino-americano advoga a construção democrática de regras de reconhecimento recíproco entre identidades e culturas distintas, para que os povos originários possam viver de acordo com suas regras e costumes, uma espécie de autogoverno sem separatismo, tal como a Constituição boliviana de 2009. Cf. RODEGHERI, Leticia Bodanese. Um novo olhar sobre o constitucionalismo moderno: a possibilidade do plurinacionalismo no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 04 dez. 2017.

associado de origem não identificável, o que à primeira vista parece proporcional. Todavia, a transmissão do conhecimento nas culturas indígenas e quilombolas é feita de maneira oral, sem registros históricos detalhados, muitas vezes não se sabe a origem destes conhecimentos que são utilizados há séculos pela comunidade.

A dificuldade de catalogar a origem do conhecimento tradicional associado permite, na prática, flexibilizar a necessidade do consentimento prévio. A insegurança sobre a titularidade abre excessiva margem para a discricionariedade administrativa e judicial, enfraquecendo a finalidade da lei de assegurar a participação dos povos indígenas e quilombolas neste processo. Ante esta dificuldade, razoável seria vincular a exigência do prévio consentimento aos povos identificados como simples usuários deste conhecimento, independentemente de aos mesmos atribuir-se a qualidade de descobridores ou criadores desta sabedoria ancestral.

Em relação a repartição justa e equitativa dos benefícios as críticas são direcionadas a isenção da cadeia produtiva, posto que somente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo estará sujeito a repartição, dispensando-se desenvolvedores e fabricantes de produtos intermediários, conforme artigo 17 da Lei n.º 13.123/2015. Outro ponto de descontentamento foi o estabelecimento de um teto para a repartição de benefícios ao invés de um piso mínimo. Será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) pela União, a pedido do interessado para garantir a competitividade setorial da indústria brasileira.

Não é o caso de entrar no mérito de todas as críticas do movimento indígena neste texto. Entretanto, é imperativo reconhecer que a expectativa dos povos indígenas de participar do debate público não foi atendida. Os povos indígenas não puderam deliberar sobre o destino dos conhecimentos relativos à biodiversidade de que são detentores há gerações, com oportunidade de expor suas razões e influenciar no resultado decisório.

A consulta aos povos indígenas foi protocolar, uma tentativa de legitimar uma decisão previamente tomada sobre a regulação do uso do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, o que viola a norma insculpida no artigo 6º da Convenção n.º 169 da OIT. Cuida-se de norma jurídica devidamente incorporada ao ordenamento brasileiro que garante as comunidades indígenas e quilombolas o direito à consulta prévia e de se manifestar tempestivamente sobre quaisquer leis ou regulamentos que possam afetar seus direitos.

O mecanismo de consulta prévia está previsto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT, quando consagra que os governos deverão consultar os povos indígenas e tradicionais, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Considerando que a referida convenção trata de questões de direitos humanos, tem força supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.³⁰ Noutros termos: a Convenção 169 da OIT, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Constituição, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a elaboração de medidas legislativas que impactam modo de vida, cultura ou economia dos povos indígenas sem prévia consulta democrática aos atores sociais impactados.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 94013, Relator: Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396. Recurso Extraordinário n.º 349703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

Não é norma constitucional, ante a falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite o acesso ou uso dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas quando editada sem participação substancial de representantes dos povos originários, quilombolas ou agricultores tradicionais. A força supralegal do dispositivo jurídico em questão permite o controle judicial de convencionalidade da Lei 13.123/2015, com a possibilidade de declaração de nulidade da lei.

Ao problema de validade jurídica da Lei 13.123/2015 no ordenamento brasileiro soma-se a inoperância administrativa dos órgãos de participação criados pela Lei 13.123/2015 para garantir a gestão democrática do patrimônio genético brasileiro: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen e o conselho gestor do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB.

O primeiro está previsto no artigo 6º da lei. Cuida-se de um órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal e representação da sociedade civil, oriundos do setor empresarial, do setor acadêmico e das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

O segundo, previsto no artigo 30 da Lei 13.123/2015, cuida do gerenciamento do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB. O referido fundo, criado pela mesma lei, é um instrumento jurídico de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, criado com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável.

Parte da doutrina aventou a possibilidade que o déficit democrático do processo legislativo poderia ser sanado com a participação das comunidades tradicionais nos conselhos criados pela Lei 13.123/2015.³¹ Todavia, os órgãos de participação democrática previstos na legislação jamais foram instalados. O decreto que regulamenta o funcionamento destes órgãos é de 2015, mas os conselhos mal funcionam e no FNRB jamais foi depositado qualquer centavo.³²

Em 2016 houve o impeachment da presidente Dilma Rousseff, cujo governo tratou a questão da participação democrática na gestão da política pública de combate à biopirataria de maneira paradoxal. Por um lado, elaborou a Lei 13.123/2015 à revelia da sociedade civil e regulamentou a lei com rapidez de modo a evitar a participação dos povos indígenas, a despeito do disposto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT. Por outro lado, o governo garantiu no texto da lei a participação das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado ao uso deste patrimônio.

O governo sucessor, de Michel Temer, tampouco realizou alguma medida concreta para instalação destes órgãos de participação democrática, apesar dos contribuintes brasileiros terem gastado, no ano fiscal de 2017, o valor de R\$ 69.576,00 para custear passagens e diárias para as reuniões CGen e do Conselho Gestor do FNRB.

31 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. BRITO, Nathalia Bastos do Vale. *Idem*.

32 BRASIL (2017). Protocolo n.º 02680002094201721. e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão. Requerente: Guilherme de Siqueira Castro. Requerido: Ministério do Meio Ambiente – MMA. Resumo da solicitação: funcionamento e instalação do Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB e Programa Nacional de Repartição de Benefícios – PNRB, previstos na Lei 13.123/2015. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/DetalhePedido.aspx?id=5GBkR8tkqCQ=>. Acesso em 04 dez. 2017.

O atual governo, do presidente Jair Bolsonaro, optou por extinguir todos os conselhos, comissões e colegiados da Administração Pública Federal, sob o argumento de desburocratizar o Estado, o que atingiu CGen e do Conselho Gestor do FNRP.³³ A decisão governamental foi questionada perante a Corte Constitucional brasileira (STF), que considerou, em recente decisão, que a competência presidencial de organização e funcionamento da administração federal outorgada pela Constituição não permite a extinção de conselhos, comissões e colegiados criados por lei, sob pena de transgressão do princípio da separação dos poderes.³⁴

6. CONCLUSÃO

Decorre de todo este cenário a necessidade de revisão das políticas públicas de combate à biopirataria, tanto do ponto de vista legislativo, como na atuação do Poder Executivo. Neste sentido, a deliberatividade do processo decisório deve ser vista como uma forma de aperfeiçoamento democrático, não um entrave burocrático.

A positivação da participação democrática apenas para atender critérios de constitucionalidade formal, destituído de um grau mínimo de performance social, só deslegitima a democracia e suas instituições. Não basta realizar uma audiência pública ou deliberar sobre a regulamentação de um decreto sem um texto base a disposição de todos os interessados, tal como feito pelo governo brasileiro no presente caso.

As necessidades dos povos indígenas devem ser discutidas quando da edição ao marco regulatório de acesso ao patrimônio genético, mediante um processo de participação democrática de nítidas características deliberativas, assegurando-se a efetiva participação dessas comunidades. Infelizmente, os conselhos previstos na legislação para o debate não foram instalados, o que retroalimenta o déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria.

Na prática, não foi efetivamente construído um ambiente público propício para o debate equilibrado entre setor público, o setor privado e os povos indígenas. Quando a razão deliberativa falha, a judicialização do conflito é o remédio que resta. No presente caso, há espaço para intervenção judicial no impasse político com a declaração de nulidade da lei, com base no artigo 6º da Convenção 169 da OIT.

33 BRASIL (2019). Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em 13 de junho de 2019

34 BRASIL (2019). Supremo Tribunal Federal. Supremo suspende regra de decreto presidencial que extingue conselhos federais previstos em lei. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413987&caixaBusca=N>. Acesso em 13 de junho de 2019