

PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO NO CONTEXTO DOS ESTADOS PLURINACIONAIS LATINO-AMERICANOS DO SÉCULO XXI

Miguel Etinger de Araujo Junior¹⁴⁵

Deíse Camargo Maito¹⁴⁶

INTRODUÇÃO

O processo de reconhecimento da importância do meio ambiente equilibrado para todas as pessoas no mundo, seja para as presentes como para as futuras gerações, parece ter encontrado relativo consenso nos mais diversos locais do Planeta. Este sentimento pode ser consequência da constatação fática de que a degradação ambiental causa uma vida inadequada, citando como exemplo a questão da mudança climática, gerando eventos extremos e a consequente massa de refugiados ambientais. Ou ainda uma consequência natural da conscientização do lugar do Homem enquanto elemento constitutivo da Natureza. Independente da concepção adotada, desde a mais pragmática até a mais espiritual, tem-se verificado a construção de diversos mecanismos voltados à proteção ambiental, desde o nível global até a esfera local, impondo-se a necessidade de verificar a adequação destes mecanismos com a diversidade existente no planeta. Diversidade de ordem cultural, econômica, religiosa, política, etc.

No caso da mudança climática, citada acima, tem-se verificado um movimento global voltado à construção de mecanismos que impeçam a ocorrência de

¹⁴⁵ Doutor em Direito da Cidade pela UERJ, Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito Negocial e da Graduação em Direito da UEL - Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogado; miguel.etinge@gmail.com.

¹⁴⁶ Graduanda em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná; dcmaito@gmail.com.

situações limítrofes anunciadas por diversos mecanismos de pesquisa. Tais mecanismos, no entanto, esbarram nas mais variadas dificuldades de implementação, como não aceitação de que a causa da mudança climática decorre da utilização inadequada dos recursos naturais, ou ainda, em questões mais pontuais, como a crise financeira mundial, que impede uma postura mais efetiva na implementação daqueles mecanismos.

O caso do presente estudo envolve a proteção da biodiversidade e ao conhecimento tradicional associado a ela, bem como a verificação sobre a possibilidade de alguns instrumentos de cunho internacional que estão sendo construídos, poderem ser aplicados nos Estados Plurinacionais latino-americanos, na medida em que se utilizam instrumentos clássicos do Direito, como o contrato, para o alcance dos objetivos da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Dentre estes objetivos se destaca a preservação da biodiversidade e a justa repartição dos benefícios econômicos pela utilização do patrimônio genético de determinado elemento da Natureza entre as partes contratante.

Parte-se, portanto, para a análise doutrinária acerca da questão da biodiversidade e da exploração do patrimônio genético com base em documentos internacionais, como a referida Convenção sobre a Diversidade Biológica, o Protocolo de Nagoya, e normas internas brasileiras sobre o tema.

Ato contínuo, é feita uma análise sobre o que vem se convencendo chamar de novo constitucionalismo latino-americano, onde a tônica é o reconhecimento da diversidade cultural dos diversos países do continente, e além deste reconhecimento formal, uma conquista material do poder por parte destes segmentos, contrariando uma lógica de dominação e submissão por setores da sociedade que tradicionalmente os alijaram do poder, inclusive com a utilização do Direito.

A relevância da pesquisa consiste em verificar a validade da utilização de instrumentos internacionais, sabidamente difíceis de serem cumpridos, na preservação tanto da biodiversidade, como da autonomia dos povos originários dos países latino-americanos. Por meio do método hipotético-dedutivo pretende-se, com base em doutrina e legislação brasileira e estrangeira, comprovar a possibilidade da adoção daquelas normas internacionais no âmbito interno desses países, e, nesse sentido, promove-se uma abertura interpretativa na construção e implementação dos contratos relacionados ao tema, fugindo de conceitos pré-determinados e de estruturas fechadas no campo do Direito.

1 PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

Em relação aos bens ambientais que mereceram especial proteção do legislador constituinte brasileiro de 1988, tem-se que é dever do Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”, nos termos do artigo 225, § 1º, II, da Constituição Federal.

No Capítulo dedicado ao Meio Ambiente, a diversidade a que se está referindo é a “biodiversidade” ou “diversidade biológica”, entendida como a “considerável variedade de genes, espécies vivas e diferentes ecossistemas” (MIRALÉ, 2011, p. 694).

No processo de efetivação dos deveres ambientais, quando da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como RIO/92 ou ECO/92, em relação à biodiversidade, o Brasil foi signatário da Convenção sobre a Diversidade Biológica (BRASIL, 1998), que dispõe em seu Artigo 2:

Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Com efeito, ainda o Artigo 2 da Convenção sobre a Diversidade Biológica (ou Biodiversidade) conceitua *material genético* como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”, acrescentando que *recurso genético* é todo “material genético de valor real ou potencial”.

Como visto, ficou evidenciado que a comunidade internacional já tinha conhecimento do valor financeiro do patrimônio genético presente na biodiversidade. E mais, via de regra, será a comunidade local de onde estão situados estes patrimônios que possuem o conhecimento necessário para extrair toda sua potencialidade.

Esta diversidade de patrimônio genético, objeto de tutela, está, portanto, diretamente ligada ao modo pelo qual ele é utilizada. Tal modo de utilização é conhecido como *conhecimento tradicional associado*, bem imaterial igualmente objeto de tutela, definido pelo artigo 7º da Medida Provisória nº 2.186/2001 como sendo a “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”.

A própria Convenção sobre a Biodiversidade prevê mecanismos para ao acesso a este conhecimento tradicional associado, tomando destaque a necessidade do consentimento prévio fundamentado para sua utilização (Art. 15.5) e a adoção de medidas legislativas, administrativas ou políticas para “compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial” (Art. 15.7).

Em relação a este artigo 15 merece menção a crítica feita por Sarita (ALBAGLI, 2006, p. 119), apontando como um dos aspectos não claramente resolvidos, a atribuição ao governo do país provedor do material genético, na qualidade de Parte Contratante, a prerrogativa de decidir sobre o acesso ao recurso genético, não se fazendo qualquer remissão às comunidades tradicionais.

Note-se nesta observação da referida Autora, um primeiro ponto de conflito com os fundamentos dos Estados plurinacionais latino-americanos, cujo desenvolvimento será efetuado ao longo do estudo.

Para Sandra Akemi (KISHI, 2012), esta observação, no entanto, parece atentar contra outros comandos constitucionais, em especial no que diz respeito ao acesso ao conhecimento dos povos indígenas, em face do artigo 231, §§ 2º e 3º e artigo 232, ao observar que “o Estado não participa como parte sempre, em todos os contratos de acesso, porque não há relação jurídica de domínio estatal do bem acessado”, invocando ainda a atual redação do parágrafo único do art. 4º do Código Civil, que não mais cogita do FUNAI atuar como tutor.

Tal preocupação é compartilhada por Marie-Angèle Hermitte (HERMITTE, 2004, p. 6) que, no entanto, sinaliza com a possibilidade das Conferências das Partes exercerem papel fundamental no reconhecimento das comunidades locais como protagonistas neste cenário, transportando para o cenário internacional a importância que lhes é deferida pelos Estados Plurinacionais latino-americanos, como se verificará em capítulo próprio mais adiante.

A função de cada interveniente neste processo (Estado, comunidades tradicionais, interessado economicamente) foi em boa parte objeto de regulamentação pela Medida Provisória nº 2.186/2001, conforme se verificará mais adiante.

1.1 O PROTOCOLO DE NAGOYA

Como visto, tem-se buscado uma forma de efetivar o comando do Artigo 15.7 da Convenção sobre a Diversidade Biológica, tornando justo e equitativo os resultados de pesquisas envolvendo recursos genéticos, inclusive os benefícios econômicos. Esta efetividade passa pela implementação de um Regime Internacional de Acesso e Repartição de Benefícios, e nesse sentido o Protocolo de

Nagoya (NAGOYA, 2010) pode trazer significativa contribuição ao estabelecer parâmetros contratuais mais sólidos.

O prazo para a assinatura do Protocolo terminou no dia 1º de fevereiro de 2012, e contou com 91 países signatários (inclusive o Brasil) e ainda a União Europeia. Esperava-se que até a realização da Rio+20, Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro, no mês de Junho de 2012, 50 países tivessem ratificado o Protocolo para que ele entrasse em vigor, o que não aconteceu. Até o dia 28 de fevereiro de 2013 somente 15 países haviam (ONU, 2012).

O ponto que merece especial atenção neste Protocolo é a confirmação do princípio em que “*benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos bem como aplicações subsequentes e comercialização serão repartidos de modo justo e equitativo com a Parte provedora*” (Artigo 5.1). E ainda, que estes benefícios *sejam repartidos de modo justo e equitativo com as comunidades envolvidas, com base em termos mutuamente acordados* (Artigo 5.2).

No que se refere ao efetivo cumprimento destes Protocolos, Calogero (PIZZOLO, 2002, 189) em seus estudos sobre globalização e integração aponta o surgimento de seis problemas decorrentes do conflito de competência entre as normas internas e internacionais.

O primeiro destes problemas seria o conflito entre soberania interna e internacional, que se apresenta em verdade como uma questão de convivência normativa com problemas de implementação, em face de existência da dificuldade em admitir que uma nação soberana se encontra obrigada a tratados internacionais.

Insta esclarecer que a soberania de um país não depende diretamente da primazia do direito interno ou do direito internacional. A soberania trata-se da liberdade de um Estado de expressar sua vontade, interna e externamente, inclusive através do direito internacional, que não é uma ameaça a esta soberania, mas a expressão da vontade jurídica do país no plano internacional (DAUDT, 2012).

Destarte, não se pode negar que os processos de globalização que desencadearam a internacionalização da economia e a criação de blocos regionais exigiram a reformulação do conceito clássico de soberania nacional, como observa Márcio Monteiro Reis:

A satisfação do interesse pessoal das partes depende da realização do escopo que compartilham. Assim, da mesma forma que não se pode dizer que os sócios de uma empresa perdem sua liberdade ao constituí-la, também não se pode dizer que os Estados-membros perdem sua soberania por participarem de uma ordem supranacional (REIS, 2001, p. 41).

O segundo problema seria de integração normativa ante a dificuldade de integração entre o ordenamento jurídico interno e uma nova norma internacional, vez que a norma internacional recém-criada não detém um âmbito de aplicação autônoma.

O terceiro entrave encontra ligação direta com o anterior, tratando-se do problema da força normativa, gerado pela discussão da capacidade de força normativa de um tratado para criar direitos e estabelecer obrigações junto ao direito intraestatal.

A quarta dificuldade permite determinar o problema de hierarquia normativa, vez que o órgão constitucionalmente competente incorporou a norma internacional ao direito interno, restando definir que hierarquia as normas convencionais internacionais possuem frente às normas do ordenamento jurídico interno.

O quinto problema reside em controlar a legalidade das normas internacionais, sendo questionado se a jurisdição local resta inabilitada para uma permanente revisão aos tratados internacionais.

Por fim, o sexto entrave permite a observação do problema do conflito, consistente na busca da solução de conflitos de interesses gerados a partir do desenvolvimento e adesão de um tratado internacional. A solução deste problema é fundamental para o êxito da internalização dos tratados internacionais com sua respectiva executoriedade.

Retornando à questão da efetividade do referido Protocolo, observe-se que o modo pelo qual o acordo entre os interessados no patrimônio genético será celebrado deve obedecer ao sistema jurídico de cada Parte contratante. Logo, serão as normas de Direito interno que irão trazer os parâmetros para a celebração de um acordo sobre esta repartição justa e equitativa.

Estes são, conforme se posiciona Cristiane (DERANI, 2012), a grande inovação e o grande desafio inserido no Protocolo de Nagoya: (i) a utilização de uma norma interna de cada país para a elaboração do contrato, tornando esta norma interna com validade internacional (na medida em que deve ser aceita, nos termos do Protocolo de Nagoya) e (ii) utiliza internamente uma norma internacional, na medida em que o contrato a ser realizado terá como base este Protocolo.

Com efeito, a solidificação deste instrumento contratual pode alterar significativamente as relações internacionais no que se refere ao efetivo cumprimento dos Tratados celebrados entre os países.

Se, como se observou acima, existem diversos entraves para o cumprimento destes Tratados, o referido contrato será regulamentado por normas de direito interno, o que pode resolver, em tese, alguns dos problemas que se apresentam quando da necessidade de cumprimento de acordos internacionais.

Ainda que ultrapassadas essas premissas, e partindo-se para a formulação de um contrato com base no direito interno, note-se que a simples aplicação de

instrumentos tradicionais de celebração de contrato, baseado na verificação dos elementos clássicos de validade do contrato: agente capaz, objeto lícito, forma não vedada em lei, já não são se enquadra em alguns modelos constitucionais contemporâneos, pois como será visto em seguida, em alguns países latino-americanos deve-se observar o modo de vida peculiar das diversas Nações que compõem um Estado.

1.2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.186/2001.

Procurando dar-se concretude e efetividade ao disposto na Convenção sobre Diversidade Biológica, na data de 23 de agosto de 2001 foi promulgada a Medida Provisória (MP) nº 2.186-16, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, como uma das medidas voltadas para a efetiva implementação da Convenção sobre a Biodiversidade.

A MP traz a definição sobre conhecimento tradicional associado, em seu artigo 7º, II: “*informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético*”.

Traz ainda o referido diploma geral a previsão de um contrato visando regulamentar este processo de transferência do conhecimento relacionado ao material genético, em seu artigo 7º, XIII, que se dará mediante um contrato. Porém, como observou Sandra Akemi Shimada (KISHI, 2012) não se trata de um contrato propriamente dito, mas “de um instituto sujeito ao clássico regime do direito civil dos contratos”, pois, de acordo com a MP, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) tem a atribuição de dar permitir a celebração dos contratos de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios e de registrá-los, numa instância *ad referendum* ou de ratificação para a validade e eficácia do contrato. Isso significa que hoje esses contratos no Brasil são regidos pelo regime jurídico de direito privado, *ad referendum* do Poder Público. Quando a própria União for parte, o contrato estará sob a égide do regime jurídico de direito público.

Diante da natureza do objeto do contrato – bem de interesse público ou difuso – não se trata de um negócio jurídico regido pelas normas do regime jurídico dos contratos, mas por *um sistema jurídico sui generis contratual*, dotado de elementos próprios de proteção de bem de interesse difuso ou coletivo *lato sensu*. Essa concepção é inevitável, pois não apenas o objeto do negócio jurídico é bem de interesse difuso, mas também as partes – uma comunidade ou indivíduos ou

grupos representativos de direitos coletivos – e ainda o tempo e o modo dessa relação contratual *sui generis* invocam diferentes dinâmicas e instrumentos, próprios do direito das minorias e dos povos tribais.

A referida Media Provisória procura regulamentar diversos momentos do processo de acesso e utilização do patrimônio genético, atenta aos diversos interesses envolvidos na questão, bem como a não rara necessidade de proteção de determinadas populações.

Assim é que podem ser identificados os seguintes aspectos de regulamentação: (i) acesso ao patrimônio genético; (ii) acesso a eventual conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético; (iii) formalização de um contrato entre as partes interessadas.

O legislador (*sic*) reconhece, portanto, nessa relação, o interesse econômico na exploração do patrimônio genético, a necessidade de proteção das áreas de acesso e das populações envolvidas, e o reconhecimento do papel do Estado como interveniente para a salvaguarda dos interesses econômicos e dos interesses socioculturais.

Note-se que não se está falando de tutela, o que atentaria contra o espírito do novo constitucionalismo latino-americano, que reconhece a diversidade e a identidade dos diferentes povos que compõem o país, como será visto adiante.

O primeiro passo para o acesso e remessa do componente do patrimônio genético segue uma lógica muito simples, mas que nem sempre tem acolhida nos complexos sistemas jurídicos: *pedir licença ao “dono” do local onde se encontra o produto ou àquele que sabe manipular este produto*. A utilização desta linguagem coloquial é proposital, para que não haja dúvida quanto ao que pretendeu o legislador.

Somente após esta prévia autorização é que poderá ser concedida uma autorização de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado, fornecida pelo Poder Público Federal, por meio do órgão colegiado do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN (art. 16, *caput*, c/c art. 11, IV, a, b, ambos da MP nº 2.186/2001).

Cristiane Derani observa que aqueles que consentem com o acesso ao patrimônio genético não são proprietários deste, mas sim detentores, pois a informação genética não tem donos: “os sujeitos provedores de recurso genético, o fazem, porque em seu território se encontram recursos biológicos, cuja informação genética apresenta algum interesse científico ou econômico” (DERANI, 2012, p. 33, 34).

Este consentimento prévio para acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado recebeu da legislação brasileira o nome de Termo de Anuência Prévia – TAP (descrito, por exemplo, nas Resoluções 5/2003, 06/2003 e 19/2005 do CGEN) e constitui-se como verdadeira garantia para a

justa e equitativa da repartição dos benefícios, um dos princípios da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Vale ainda observar importante dispositivo previsto na MP 2.186/2001, nos casos onde haja perspectiva de uso comercial do componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado (art. 16, §4º), quando as partes – provedor e usuário – devem firmar um Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (CURB).

Em síntese, para o acesso e utilização do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado deve-se primeiro obter o consentimento prévio do detentor do produto por meio do TAP – Termo de Anuência Prévia, depois deve firmar o CURB - Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, para só então receber a autorização do CGEN.

Há, portanto, diversas etapas a serem ultrapassadas. São exigências formais que devem ser aplicadas de forma integrada com normas de caráter substancial, dentre as quais aquelas contidas nos ordenamentos constitucionais recentes de alguns países da América Latina, que reconhecem e asseguram os legítimos direitos das comunidades tradicionais, tema sobre o qual se desenvolverá em seguida.

2. ESTADOS PLURINACIONAIS

A terminologia homenageada no presente capítulo é uma dentre tantas a indicar um modelo de Estado que torna efetivo o respeito e reconhecimento dos poderes deferidos aos diferentes grupos sociais que compõem uma Nação, entendida aqui como aquele conceito firmado por Luis (VILLORO, 2011, p. 390), com a existência de quatro condições: “uma comunidade de cultura, consciência de pertencer a esta comunidade, projeto comum e relação com um território”, mas, com a ressalva de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2011, p. 390), para quem:

El primer concepto de nación es el concepto liberal que hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado; es decir, nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado y por eso en los Estados modernos se llaman Estado-nación: una nación, un Estado. Pero hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado.

Necessário se faz, portanto, uma breve conceituação de alguns modelos de Estado, de forma a tornar mais clara a mudança de paradigma que se pretende demonstrar.

2.1 CONCEITOS CLÁSSICOS DE ESTADO

Diversos ramos do conhecimento procuram analisar e discutir as formas de organização da sociedade, desde seus mais remotos modelos de convivência social, até os atuais agrupamentos de países das mais diferentes culturas, motivados pela necessidade de sobrevivência em um mundo voltado para a economia, produção e produtividade. O caso da União Europeia é emblemático, quando se verifica a intenção de fortalecer a produtividade do bloco de países que a compõe.

Até a configuração do cenário atual, em relação à organização dos Estados que reúnem uma maior ou menor diversidade de culturas, etnias, religiões, etc., a sociedade já passou por diversos modelos, desde a completa ausência de organização de uma unidade territorial e governamental, passando pela época dos grandes Impérios e do feudalismo.

Um aspecto que sempre se fez presente nos arranjos institucionais, com menor ou maior intensidade, foi a presença de diversidades conviventes em um mesmo território. Esta diversidade foi por vezes respeitada pelos governos, e por vezes foi silenciada em uma tentativa de manutenção do poder. Nesta última situação, ainda que temporariamente sem voz, as diferenças permaneceram, e por vezes, aumentaram.

Em geral, são os sistemas de governo autoritários que tentam manter a unidade territorial com emprego da força. Em estudo sobre regimes políticos e tipos de organização territorial de poder, Márcia Miranda Soares afirma que “a resposta autoritária consiste em manter a unidade política silenciando a expressão dos interesses territoriais, o que requer o controle dos instrumentos de coerção física” (SOARES, 1988, p. 14).

Com efeito, até a Constituição dos Estados Unidos de 1787, considerada um marco do federalismo, os Estados organizavam-se ou de uma forma Confederada ou constituíam-se como Estados Unitários.

Em relação a estas formas de organização territorial do poder político, Márcia Miranda Soares afirma que há três formas de Estado que se distinguem pelo *locus* do poder político, pois o sistema unitário tem a centralização do poder político, o sistema federal se divide igualmente entre o governo central e as subunidades territoriais e o sistema confederado, no qual cada unidade federada tem seu poder (SOARES, 1998, p. 141).

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano afirma que “Federação é antes de tudo forma de distribuição geográfica do exercício do poder político no plano interno” (SERRANO, 2009, p. 10). Para Aspásia (CAMARGO, 2001, p. 69), o modelo federativo é uma engenharia política e um modelo de organização do Estado, e para Márcia Miranda Soares, “uma forma de organização do Estado Nacional, caracterizada pela dupla autonomia territorial do poder político” (SOARES, 1998,

p. 137, 138). Afirma ainda esta última autora que o sistema federal e o sistema unitário são formas opostas de organizar o poder político dentro de um Estado Nacional. Cabe neste particular uma ressalva em relação aos modelos formais e aos modelos reais de federalismo, como é o caso do Reino da Espanha, que sendo um Estado Unitário apresenta grandes características de uma Federação, e o da extinta União Soviética, que a despeito de prever em sua antiga Constituição a forma federativa de poder, em muito se distanciava deste conceito.

Fernando Luiz Abrucio (ABRUCIO, 2001, p. 95) destaca que a divisão territorial do poder, em especial sob o modelo federativo, facilita a descentralização do poder no plano nacional e promove a manutenção da integridade espacial de países grandes ou com heterogeneidades relevantes.

Para Aspásia Camargo, o federalismo seria uma “versão democrática e institucionalizada” dos grandes impérios (CAMARGO, 2001, p. 74), ressaltando ainda que o federalismo tem um “efeito sanfona”, cuja maleabilidade e capacidade natural de adaptar-se às ondas de centralização e descentralização tem-lhe garantido assento formal em diversas Constituições (CAMARGO, 2001, p. 70).

Estas transformações das diferentes conformações de poder vêm acompanhando as sucessivas mudanças das sociedades, principalmente europeias, com maior ou menor demanda da atuação do poder público nas questões coletivas. Assim é que tem no plano histórico tem-se a formação dos Estados liberais, seguido dos Estados sociais e mais recentemente, no final do século XX e início do século XXI, o fortalecimento de Estados neoliberais, cuja transferência de atividades estatais aos particulares sugere, nas palavras de Zulmar (FACHIN, 2008, p. 168), a existência de um verdadeiro “Estado privado”, com a existência de *novos leviatãs*.

2.2 DEMANDAS NÃO ATENDIDAS

Como visto, alguns modelos de Estado foram sendo construídos ao longo dos anos, cada qual com seus objetivos específicos.

O federalismo norte americano buscou conformar as forças centrípetas, que almejavam um governo central forte com poderio militar contra ameaças externas, a solidificação de um mercado mais amplo, dentre outros motivos, que duelavam com as forças centrífugas, que pretendiam manter a posição de independência das ex-colônias que haviam conseguido sua independência (SOARES, 1998, p. 139). Tratava-se de um esquema de solução de controvérsias (BERCOVICI, 2004, p. 12).

No Brasil, também se procurou com o federalismo dirimir controvérsias entre estas forças políticas e sociais. No entanto, se nos Estados Unidos o movi-

mento federalista procurava criar uma unidade com o Estado Nacional, de forma a acomodar as tendências separatistas das ex-colônias, no Brasil o que se procurava manter era a unidade nacional com a manutenção de privilégios das elites locais.

No entanto, especificamente no Brasil e em toda a América Latina, as formas de Estado e de governo que se formaram até o século XX procuravam privilegiar um determinado segmento social, em detrimento de outros. A independência das colônias permitiu uma reorganização da ordem social e econômica, mantendo-se os privilégios de pequenos grupos, geralmente grandes proprietários de terra, pois como afirmam Fagundes e Wolkmer, poucas vezes as constituições liberais reproduziram, de forma rigorosa, as aspirações da maioria de suas populações, a exemplo das nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos (FAGUNDES, 2011, p. 377).

E como afirmado acima, a diversidade e a pluralidade de uma Nação podem ser subjugadas por um modelo de Estado e de governo, mas ela não desaparece, e em algum momento e com variada força, estas vozes se fazem ouvir. Os recentes movimentos constitucionalistas latino-americanos dos últimos anos parecem reproduzir estas vozes, como brevemente se demonstrará em seguida.

2.3 A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANO

As recentes alterações constitucionais promovidas principalmente por Venezuela, Equador e Bolívia indicam a resposta a uma demanda formulada pelas classes sociais historicamente alijadas dos processos decisórios, “dentro de um contexto social de exigibilidade da concretização de políticas eficazes em torno de necessidades fundamentais” (MARTÍNEZ DALMAU apud FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 378).

Trata-se de se apropriar de mecanismos utilizados pelas elites (!) que predominavam até então, mas desta vez com um real comprometimento no atendimento das demandas das populações historicamente marginalizadas política, social e economicamente. É o que Boaventura de Souza Santos chama de “uso contra-hegemônico de instrumentos hegemônicos” (SANTOS, 2010, p. 80).

Alguns autores espanhóis citados por Fagundes e Wolkmer (MARTÍNEZ DALMAU apud FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 381-384) sustentam a evolução do “neoconstitucionalismo”, presente na década de setenta que apresenta normas materiais e substantivas que condicionam a atuação do Estado, passando pelo “novo constitucionalismo” que mais além de uma preocupação jurídica apresenta uma preocupação política com a legitimidade da soberania popular, e

chegando finalmente ao “novo constitucionalismo latino-americano”, que busca atender as demandas vitais das comunidades que não experimentaram o Estado social, indo além da construção de um modelo jurídico garantidor dos direitos sociais e da formulação de mecanismos de legitimação popular, sem, no entanto negar estas conquistas.

Como exemplo cite-se a chamada “rigidez” constitucional boliviana, onde a alteração das normas constitucionais se dará pelo mesmo poder constituinte originário, ou ainda o Tribunal Constitucional Plurinacional, voltado a resolver conflitos entre as diferentes nacionalidades do país e cuja constituição deve representar esta mesma diversidade.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado.

Artículo 411.

I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Artículo 197.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

Com efeito, este movimento ainda está em curso, como afirmam Dalmau e Pastor (MARTÍNEZ DALMAU; PASTOR, 2012):

... el neo constitucionalismo es una corriente doctrinal, producto de años de teorización académica mientras que, como vamos a ver a continuación, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los

movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional. Y, consiguientemente, carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional.

No entanto, demonstra uma preocupação com as peculiaridades de cada sociedade, buscando atender efetivamente as demandas das camadas da sociedade que foram marginalizadas, e que constituem a própria formação desta sociedade, bem como sua maior parcela.

E considerar estes diferentes modos de vida significa respeitar o modo de vivência e convivência destes grupos sociais. Se no campo da democracia efetiva e da legitimidade de um governo este movimento representa um forte avanço, no campo ambiental é possível vislumbrar também um sistema de governo mais preocupado com as práticas sustentáveis, na medida em que a relação destes grupos sociais, em especial os aborígenes das comunidades andinas têm forte respeito pela preservação dos ecossistemas.

E no Brasil, pode-se comentar a especial relação do homem camponês com a terra, que busca seu melhor aproveitamento com base em técnicas não predatórias, com a não utilização de agrotóxicos, por exemplo.

CONCLUSÃO

A questão da biodiversidade envolve vários aspectos e interesses que pode ser comparada com o significado desta própria expressão. Biodiversidade envolve um plexo de elementos da Natureza, desde um pequeno inseto até o próprio Ser Humano, em cuja harmonia se encontra a base para uma vida digna e duradoura, o que em outras palavras também pode ser chamada de sustentável.

A preocupação com a biodiversidade toma contornos globais na medida em que movimentos até então isolados de preservação dos ecossistemas e das comunidades tradicionalmente exploradora destes recursos ganha expressão internacional, resultando, por exemplo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo no ano de 1972. Este marco no tratamento da questão ambiental foi impulsionado pela constatação fática da degradação do meio ambiente produzida pelo modo de exploração dos recursos naturais, e que pode ser percebida em várias partes do planeta.

O desdobramento deste movimento, que constata o modo insustentável de lidar com a questão ambiental, é o surgimento de propostas para a construção de medidas concretas para utilização racional do meio ambiente. São construídos acordos globais, com uma abrangência global, mas sem desprezar a importância de ecossistemas locais, e especialmente, a relação do Homem com estes am-

bientes. Num dos pontos objeto de estudo deste trabalho apresenta-se o modelo que se encontra em construção para a proteção da biodiversidade. Proteção dos diferentes elementos que compõem ecossistemas locais (e de maior abrangência também) bem como da população que tradicionalmente interage com estes elementos, promovendo ao mesmo tempo a sua preservação e a exploração das potencialidades, sem que haja o esgotamento de seus recursos, como se verifica em outros segmentos.

Reconhece-se, portanto, a diversidade de culturas e interesses na exploração/preservação destes recursos, e busca-se a construção de modelos institucionais que permitam acomodar satisfatoriamente dos envolvidos. Neste sentido tanto a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) como o Protocolo de Nagoya (2010), documentos internacionais, tentam buscar este equilíbrio. No Brasil, a legislação avança no sentido de dar concretude a estas normas internacionais. Tais documentos não são a panaceia dos problemas de preservação ambiental e da biodiversidade, mas apontam (mais) um caminho na busca da almejada sustentabilidade.

Um fator que não pode ser alijado desta discussão, mais uma vez, diz respeito a uma parte da população especialmente interessada na preservação da biodiversidade, que são aquelas pessoas que possuem um vínculo histórico com o local onde residem e trabalham, fazendo do conhecimento acumulado por várias gerações para como os elementos da Natureza, a sua grande riqueza. Saber como manejar adequadamente a grande variedade de elementos naturais é considerado, hoje, um verdadeiro patrimônio de diversos países.

Neste sentido, o reconhecimento da diversidade e importância de parte desta população é objeto alterações sociais, políticas e jurídicas na América Latina.

Percebe-se no ambiente latino-americano o surgimento de um movimento a partir do final do século XX direcionado ao reconhecimento da identidade e da diversidade dos diferentes povos que a compõe. Estes povos têm sido tradicionalmente subjugados pelos grupos sociais dominantes, chamados de elites sociais, e cujos instrumentos foram desde a simples força bruta até mecanismos menos violentos, como o Direito.

As Constituições que surgiram no continente procuraram então se estruturar no modelo europeu, cuja realidade tanto econômica quanto cultural sempre se distanciou da América Latina.

As demandas reprimidas destes segmentos sociais passam então a partir do início do século XXI a se apropriar deste instrumento jurídico (Constituição), para, sem rupturas traumatizantes, estabelecer uma nova ordem jurídica que contemple os interesses desta diversidade, mas preocupada em não construir um novo modelo hegemônico.

Neste sentido, o respeito às minorias constitui-se como elemento funda-

mental deste novo Estado, chamado de Plurinacional. E este respeito deve necessariamente se traduzir em mecanismos eficazes de participação do poder.

Para além deste reconhecimento e eficácia, faz-se necessária a criação e execução de mecanismos que permitam a manutenção destes diferentes tipos de vida da variadas identidades. Esta manutenção pode ser chamada de sustentabilidade, que dentre tantas definições e elementos conformadores, diz respeito à questão ambiental e à questão institucional, considerada aqui como mecanismos de preservação de uma determinada identidade, com base no respeito à diferença.

A construção de um modelo contratual com base em acordos internacionais pode ser apontado como um caminho a ser seguido na busca de princípios consagrados nestes mesmos acordos: preservação ambiental e da biodiversidade, respeito às comunidades tradicionais, repartição dos benefícios oriundos da exploração econômica do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

Não há que se falar em um modelo contratual clássico dos países ocidentais, com base na legislação civil. Em um primeiro momento, faz-se necessário, para preservação da biodiversidade, uma diversidade de elementos constitutivos do próprio contrato, promovendo uma integração entre os diferentes modos de viver e pensar a relação para com o outro e para com a Natureza.

Em um segundo momento, as instâncias decisórias e a legitimidade para celebrar acordos deve prever uma participação efetiva dos diversos segmentos de cada país, em especial aqueles tradicionalmente alijados do poder. Os órgãos estatais devem contemplar a participação destes segmentos, sob pena de se estar instaurando uma nova tutela dos interesses dos outros, que sempre tiveram capacidade de decidir o modo de vida que pretendem para sua comunidade.

Se o Protocolo de Nagoya, citado neste estudo, pretende utilizar-se das normas jurídicas internas de cada país para a formalização dos contratos, estes devem ser os dois parâmetros principais na conformação de sua legalidade, e, sobretudo, legitimação.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. “A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro”. In **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. Orgs. CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates, nº 22, Vol. I, abril 2001.

ALBAGLI, Sarita. “Convenção sobre diversidade biológica: uma visão a partir do Brasil”. In BECKER, Bertha K.; GARAY, Irene. **Dimensões humanas da biodiversidade: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**.

Petrópolis: Vozes, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>>. Acesso em 05/05/2013.

CAMARGO, Aspásia. “Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha”. In **Federalismo na Alemanha e no Brasil** Orgs. CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates, nº 22, Vol. I, abril 2001.

Convenção Sobre a Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em 05/05/2013.

DAUDT, Gabriel Pithan. “Os tratados internacionais e as isenções heterônomas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_77/artigos/Gabriel-rev77.htm. Acesso em 05/05/2013.

DERANI, Cristiane. **Estudos sobre Acesso aos Recursos Genéticos da Biodiversidade, Conhecimentos Tradicionais Associados e Repartição de Benefícios. Interpretação da Medida Provisória n. 2.186-16/2001**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

_____. “Produção econômica e biodiversidade brasileira no protocolo de Nagoya”, Palestra proferida no dia 10 de abril de 2012, por ocasião da **I Conferência Internacional Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, evento preparatório para a Rio+20, realizado na cidade de Itajaí/SC.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. “Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico”. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

HERMITTE, Marie-Angèle. “O acesso aos recursos biológicos: panorama geral”. In PLATIAU, Ana Paula Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. “Repartição de benefícios na atual legislação e nos projetos de lei no Brasil – críticas e dilemas”. In **Revista Internacional de Direito e Cidadania / Instituto Estudos Direito e Cidadania** – v.5, n. 12, Fevereiro 2012. – Erechim, RS : Habilis, 2012. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000254>>. Acesso em 05/05/2013.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “*El nuevo constitucionalismo latinoamericano y*

el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008”. *Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional*, ano 2, n. 1, p. 13-28, oct. 2008.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; PASTOR, Roberto Viciano. “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em 05/05/2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Albania, Botswana and the Federated States of Micronesia ratify Nagoya Protocol*. Press release de 28/02/2013. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/press/2013/pr-2013-02-28-abs-en.pdf>>. Acesso em 05/05/2013.

PIZZOLO, Calogero. “*Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*”. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

PROTOCOLO DE NAGOYA no âmbito da convenção da diversidade biológica sobre acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de sua utilização. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf> Acesso em 05/05/2013.

REIS, Márcio Monteiro. **Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Região Metropolitana e seu regime constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SOARES, Márcia Miranda. “Federação, democracia e instituições políticas”. *In Lua Nova: revista de cultura e política*. nº 44, 1988.

VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidade de culturas**. México: Paidós, 1998.