UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Giane da Silva Ritter

SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UTOPIA OU POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Santa Maria, RS
2017

Giane da Silva Ritter

SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UTOPIA OU POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Dissertação apresentada ao Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Profª. Drª. Isabel Christine De Gregori

Santa Maria, RS
2017

Giane da Silva Ritter

SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UTOPIA OU POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALIMO LATINO-AMERICANO

Dissertação apresentada ao Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Aprovada em 26 de janeiro de 2017

COMISSÃO EXAMINADORA:

_____
Isabel Christine De Gregori, Drª.
(Presidente/Orientadora)

_____
Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Dr. (UFSM)

_____
Luiz Gonzaga Silva Adolfo, Dr. (UNISC)

Dedico este trabalho às pessoas que amo imensamente e incondicionalmente: a minha Irmã Ediani, minha mãe Gliceria, meu pai Edison e meu marido Rodrigo, pelos ensinamentos mais sábios e nobres - a honestidade, humildade, simplicidade e compaixão. Dedico também aos meus companheiros e amigos fiéis: Meg, Kate, Sancho, Puffi e Sheik, meus cães, por ensinar a amar verdadeiramente. Bom seria se todos os seres humanos amassem como os cães.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Edison e Gliceria, pela vida, pelo amor, por me terem oportunizado um estudo de qualidade e pela confiança. Por tudo que até hoje me foi proporcionado, minha eterna gratidão.

Obrigada.

A minha irmã Ediani, por ser a pessoa mais importante da minha vida, minha amiga, companheira. Pela compreensão, incentivo, confiança e sabedoria. Por me ensinar a ser quem hoje eu sou e por me mostrar os caminhos a serem seguidos. Por iluminar meus dias e tornar minha vida mais feliz e alegre. Por ser a outra metade que completa o meu ser. À minha irmã, meu maior agradecimento por você existir. Amo-te mais do que tudo.

Obrigada.

Ao meu marido Rodrigo, meu companheiro, amigo e amante. Agradeço pelo carinho e amor diário. Pela compreensão e apoio nos dias difíceis dessa caminhada de dois anos de mestrado, por não me deixar desistir. Pelo incentivo e por acreditar em mim, na minha capacidade e potencialidade. Por ser o homem que torna meus dias ainda mais iluminados. Por me ensinar a simplicidade e humildade, por me fazer crescer como ser humano, por ser o amor da minha vida.

Obrigada.

Aos meus sogros Sônia e Egídio, e minha cunhada e concunhado Natália e Alexandre, por sempre terem acreditado em mim, nas minhas potencialidades e capacidades. Principalmente, por serem minha segunda família e por todo o carinho me concedido. Sobretudo, por terem me recebido como parte desta maravilhosa família.

Obrigada.

À minha colega, companheira de mestrado e principalmente amiga, Evilhane, por serem o melhor e mais precioso presente que este mestrado me proporcionou. Pelos nossos dias de risadas, alegrias, conversas diárias, almoços no Grill, cafés no La Santa. Por tornarem o meu estudo agradável e prazeroso, por todas as contribuições e compartilhamento de saberes, pelo companheirismo nas horas de participação de eventos e publicações, nas horas de desespero e choro, e por nunca ter me deixado desistir, bem como, por ter me incentivado a continuar essa caminhada ao meu lado. À colega Michele, agradeço pelo companheirismo, pelo carinho, paciência, incentivo, pelos tantos momentos de alegrias.

Obrigada.

À minha orientadora Isabel por toda a ajuda ao longo dessa trajetória. Por ser além de orientadora, ser também uma maravilhosa amiga. Por todo o ensinamento e pelas palavras sábias, que me acompanham desde a graduação até os dias de hoje. Pela compreensão e pelo incentivo, pelos conselhos pessoais e profissionais nas horas tristes e alegres. Por acreditar em mim e ter depositado a tua confiança.

Obrigada e minha eterna gratidão.

À Professora Valéria Ribas do Nascimento, por me apresentar o tema do novo constitucionalismo latino-americano, e por me ensinar e incentivar a pesquisar o que gostamos, por me mostrar que a pesquisa pode ser prazerosa e gratificante. Por iluminar os caminhos da minha dissertação e mostrar os novos rumos deste trabalho.

Obrigada.

Aos professores convidados, Prof. Dr. Luiz Ernani e Prof. Dr. Luiz Gonzaga, por terem aceitado o convite e pela atenção dedicada ao meu trabalho.

Obrigada.

Aos demais colegas do mestrado, agradeço pelos dias alegres e companheirismo nessa empreitada.

Obrigada

Aos demais docentes, agredeço pelas contribuições e ensinamentos ao longo dessa jornada.

Obrigada.

“Ao Sul, a repressão. Ao Norte, a depressão.
Não são poucos os intelectuais do Norte que se casam com as revoluções do Sul só pelo prazer de ficarem viúvos.
[...] A moda do Norte, moda universal, celebra a arte neutra e aplaude a víbora que morde a própria cauda e acha que é saborosa. Acultura e a política se convertem em artigos de consumo.
Os presidentes são eleitos pela televisão, como os sabonetes, e os poetas cumprem uma função decorativa.
Não há maior magia que a magia do mercado, nem heróis mais heróis que os banqueiros.
A democracia é um luxo do Norte.
Ao Sul é permitido o espetáculo, que não é negado a ninguém. E ninguém se incomoda muito, afinal, que a política seja democrática, desde que a economia não o seja.
Quando as cortinas se fecham no palco, uma vez que os votos foram depositados nas urnas, a realidade impõe a lei do mais forte, que é a lei do dinheiro.
No Sul do mundo, ensina o sistema, a violência e a fome não pertencem à história, mas à natureza, e a justiça e a liberdade foram condenadas a odiar-se entre si. ” (2002, p. 108)
EDUARDO GALEANO, Mapa-Múndi/2, O Livro dos Abraços.

RESUMO

SABERES TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: UTOPIA OU POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

AUTORA: Giane da Silva Ritter
ORIENTADORA: Profª. Drª. Isabel Christine De Gregori

Na era da globalização e da sociedade da informação os setores da biotecnologia têm tido notável expansão e expressão econômica. Nesse sentido, hodiernamente, garantir o monopólio de recursos e informações importa na manutenção do poder sobre mercados e consumidores. Assim, como base de fomento aos setores das biotecnologias, dominados pelo Norte Social, estão os recursos naturais, e as informações necessárias consubstanciam-se nos saberes tradicionais, riquezas pertencentes ao Sul Social, em uma clássica expressão das relações de colonialidade e subserviência. Dessa forma, saberes tradicionais e biodiversidade vem sendo constantemente espoliados do Sul Social e apropriados indevidamente pelo Norte Social, razão pela qual é premente a necessidade de dialogar acerca da necessidade de construção de um aparato normativo capaz de conceder tutela efetiva a essa riqueza do Sul social. Desse modo, o presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de novas epistemologias e orientações de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir das perspectivas, fundamentos, princípios e objetivos do novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador - a partir de uma visão desde o Sul - que sejam aptos a contrapor a atual estrutura normativa do Acordo Trip's no que concerne aos instrumentos de propriedade intelectual, sobretudo ao instituto das patentes, bem como da Convenção sobre Diversidade Biológica e os imperativos e cânones da ordem econômica e neoliberal do sistema mundo globalizado. Questiona-se, portanto, se essa perspectiva de tutela a partir desse olhar é uma utopia ou uma possibilidade a ser satisfeita. Nesse ínterim, no intuito de solver as indagações e objetivos do presente trabalho adotou-se como metodologia de pesquisa o trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Assim, como teoria de base e abordagem, utilizar-se-á a perspectiva dialética, a partir do qual estabelece-se diversos enfrentamentos entre novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador e os instrumentos de propriedade intelectual, Acordo Trips, e CDB. Por fim, como procedimento adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental e a técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Palavras-chave: Saberes tradicionais; biodiversidade; propriedade intelectual; novo constitucionalismo latino-americano, tutela.

ABSTRACT

TRADITIONAL KNOWLEDGE AND INTELLECTUAL PROPERTY: UTOPIA OR POSSIBILITY OF PROTECTION IN THE PERSPECTIVE OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM.

AUTHOR: Giane da Silva Ritter Morello
ADVISOR: Profª. Drª. Isabel Christine De Gregori

In the era of globalization and the information society of the biotechnology sectors has had remarkable expansion and economic discourse. In this sense, today, ensure the monopoly of resources and important information in maintaining power over markets and consumers. Thus, as a basis for the promotion of biotechnology, Northern Social, natural resources, and the necessary information, the traditional knowledge, riches belonging to the Social South, is a classic expression of the relations of coloniality and subservience. In this way, traditional knowledge and biodiversity are constantly coming out of the Social North, appropriate for the Social North, the reason for quality is a need for dialogue on the need to build a normative instrument capable of granting effective protection to this wealth Of the social South. In this way, the present work has as scope to analyze the possibility of new epistemologies and orientations of protection to the traditional knowledge and associated biodiversity from the perspectives, foundations, principles and objectives of the new Latin American constitutionalism of Bolivia and Ecuador - from a View from the South - they are able to counteract a normative structure of agreement There are no comments on this or other items about it or for which they are interested in copyright. From the globalized world system. It is questioned, therefore, is this perspective of tutela from the look to a utopia or a possibility to be satisfied. In the meantime, in order to solve as questions and objectives of the present work, the research methodology in the trinamento: Base Theory / Approach, Procedure and Technique. Thus, as a base theory and approach, a dialectical perspective will be used, from which several conflicts between the new Latin American constitutionalism of Bolivia and Ecuador and the intellectual property instruments, Trips, and CBD have been established. Finally, as the procedure was adopted a bibliographic and documentary research and a technique used for the construction of archives and extended abstracts.

Key-words: Traditional knowledge; Biodiversity; intellectual property; New Latin American constitutionalism, tutela.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDB	Convenção sobre a Diversidade Biológica
CNUMAD	Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento
DIP	Direitos de Propriedade Intelectual
GATT	General Agrement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial de Propriedade Intelectual
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Tratado sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio Internaiconal)
WIPO	World Intellectual Property organization (Organização Mundial de Propriedade Intelectual)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17
1 **SABERES TRADICIONAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL E COLONIALIDADE**. 20
1.1 Propriedade intelectual e saberes tradicionais associados: breve panorama no contexto da globalização e da biotecnologia 20
1.2 Popriedade intelectual e Acordo TRIP's *versus* saberes tradicionas e biodiversidade associada: a (nova) colonialidade sobre a América Latina 31
1.3 Limbo jurídico de salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associdada: ineficiência da CDB *versus* impossibilidade do Acordo TRIP's e Direiros de Propriedade Intelectual 40
2 **NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SABERES TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE: diálogos para uma possível tutela**. 53
2.1 Digressões históricas desde o fenômeno do Constitucionalismo de bases europeias para a compreensão do movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano 53
2.2 Um legado ao Sul Social e aos saberes tradicionais: Plurinacionalidade, Democracia Intercultural e Pluralismo Jurídico no Novo Constitucionalismo da Bolívia 66
2.3 A Pachamama conclama seus direitos: o girobiocêntrico no Novo Constitucionalismo Latino-Americano do Equador e a biodiversidade associada aos saberes tradicionais 78
3 **UTOPIA OU POSSIBILIDADE: perspectivas de uma nova epistemologia de salvaguarda aos saberes tradicionais e biodiversidade associada** 87
3.1 Novo Constitucionalismo Latino-Americano *versus* propriedade intelectual, TRIP's e CDB: colóquio entre potencialidades e fragilidades. 87
3.2 Afinal, pode o Novo Constitucionalismo Latino-Americano da Bolívia e Equador ser um paradigma real de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada? 103
CONCLUSÃO 113
REFERÊNCIAS 117

INTRODUÇÃO

A temática acerca da tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada tem sido uma constante nos debates internacionais e nos estudos acadêmicos. Isso porque, a imprescindibilidade dos saberes tradicionais na manutenção da ordem e ciclos da biosfera é estabelecida de tal maneira que está intrinsecamente relacionada com a garantia dos direitos intergeracionais à vida e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Todavia, o advento e expansão dos setores das biotecnologias, ínsita no contexto da globalização e da sociedade da informação, vem impondo restrições e consequências nefastas ao gozo e fruição desses saberes pelas comunidades locais, e, por consequência, da biodiversidade. Hodiernamente, a configuração imposta pelos ímpetos capitalistas e neoliberais traduziram a captação e domínio das informações como garantia de poder. Isto é, deter o domínio de informações, associada ao monopólio dos recursos, importa em um elevado grau de poder no mercado mundial.

Nesse viés, a biotecnologia tem como substrato de produção os recursos da biodiversidade e como fonte de informação privilegiada desta, os saberes tradicionais. A dicotomia que aí surge de imediato, é a arquitetura dessas relações. Aqueles que detém o monopólio dos setores da biotecnologia e o poder econômico são aqueles que outrora foram colonizadores, o Norte Social. De outro lado, aqueles que detém a riqueza da biodiversidade, dos recursos genéticos, da diversidade cultural e seus saberes são, exatamente, aqueles colonizados pelos primeiros, o Sul Social.

A apropriação dos saberes tradicionais e biodiversidade requer a garantia legal de propriedade, a fim de preservar os direitos de seus detentores no voraz mercado mundial. Como anseio, e em atendimento às súplicas do Norte Social, insatisfeitos com as normativas pífias da Convenção sobre a Diversidade Biológica, projeta-se o Acordo TRIP's. Esse instrumento, que visa regular as relações comerciais, sobretudo os direitos de propriedade intelectual, sobrepujou os saberes tradicionais e a biodiversidade aos interesses do Norte Social.

Representa, pois, a nova colonialidade, a exploração e a espoliação em favor dos cânones capitalistas das riquezas do Sul social, e o desprezo pela manutenção dos direitos à vida, da natureza, extirpando perspectivas de futuro. O Acordo Trips e os instrumentos de propriedade intelectual, sobretudo as patentes, permitiram a apropriação dos saberes ancestrais e biodiversidade associada pelos setores da biotecnologia seja pela via legal ou por meio das práticas de biopirataria. Ao que importa, são as consequências de tolher direitos de uso e fruição

implicando no sepultamento da diversidade biológica e cultural, além da manutenção do Sul social como meros fornecedores de matéria prima em condição de subserviência ao Norte Social.

Dessa forma, urge novas epistemologias de tutela aos saberes tradicionais e a biodiversidade associada, sob pena de extinção de culturas, espécies, fauna, flora, e a inacessibilidade do Sul social a sua própria riqueza. No contexto em que o modelo de Estado clássico evidencia não dar resposta aos anseios e necessidades de grande maioria da população, notadamente em crise, surge o novo constitucionalismo latino-americano. As constituições da Bolívia (2009) e Equador (2008) expressam um projeto paradigmático, que visa refundar as bases do Estado, pautado em uma visão descolonizadora, emancipatória, holística e plural.

Nesse sentido, esse paradigma que emana dos movimentos e lutas sociais em contraposição as imposições de uma realidade forjada imposta pela colonização, a qual não representa a realidade do continente, bem como, em face da exploração incessante da América-Latina, pode contribuir para orientar novas epistemologias de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada no cenário global. Nesse sentido, tem-se como problema de pesquisa questionar em que medida o novo constitucionalismo latino americano, especialmente da Bolívia e Equador, pode contribuir para orientar novas estratégias de salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, frente aos imperativos da atual estrutura normativa vigente, sobretudo no que concerne ao instituto das patentes?

Dessa forma, o presente ensaio objetiva analisar os princípios, fundamentos, objetivos e normativas contidos nos diplomas desse novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador a fim de verificar a possibilidade de constituir um paradigma apto a orientar novas estratégias de tutela aos saberes ancestrais e provocar o enfrentamento com os atuais instrumentos de propriedade intelectual e imperativos do atual sistema-mundo-global.

A fim de responder o presente questionamento, metodologicamente adotou-se o trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como teoria de base e abordagem, utilizar-se-á a perspectiva dialética, a partir do qual estabelece-se diversos enfrentamentos entre novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador e os instrumentos de propriedade intelectual, Acordo Trips, e CDB. Como procedimento adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental e a técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Justifica-se a relevância da temática sob três vieses centrais: acadêmico, jurídico e pessoal. De imediato, possui relevância acadêmica tendo em vista a permanente e urgente necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade frente a

sua apropriação indevida para fins mercadológicos e econômicos, seja por meio legal ou por intermédio das práticas de biopirataria. Nesse cenário as discussões internacionais acerca da temática encontram-se ainda arraigadas aos instrumentos convencionais da propriedade intelectual, os quais tem-se evidenciado insuficientes e inadequados para o fim a que se pretende, razão pela qual suscitar estudos e discussões acadêmicas é medida imprescindível a fim de contribuir ao intento de prover um instrumento jurídico de tutela eficaz.

Ainda, a proeminência para o Direito revela-se em razão de que abrange questões de direitos fundamentais tal como o direito inalienável à vida, pela manutenção e preservação da biodiversidade e dos povos. Pelo que, pode-se pensar em direitos intergeracionais, garantindo a sobrevivência das atuais e futuras gerações de forma equilibrada e sustentável. Outrossim, denota a preservação e perpetuação, por consequência, dos povos e comunidades tradicionais, da sua cultura, modo de vida, práticas e saberes. Bem por isso o objeto da presente pesquisa denota relevo no cenário jurídico, social e ambiental posto que visa investigar formas alternativas de proteção a partir do estudo do novo constitucionalismo latino americano. Especialmente dos casos da Bolívia e do Equador- a primeira pela valorização das múltiplas culturas de seus povos e o a formação de um Estado plurinacional; o segundo, pela elevação do status da natureza a sujeito de direitos no denominado "giro biocêntrico" -, os quais podem fomentar diálogos e orientar estratégias de tutela dos saberes tradicionais associados à biodiversidade em prol de um enfrentamento com a atual carga normativa vigente: Acordo TRIPs e Convenção sobre Diversidade Biológica. Além disso, pela perspectiva de empoderamento dos países latinos no cenário de discussões internacionais sobre a temática, e dos países do Sul global como um todo.

Como último viés de justificativa, o tema elegido para o presente estudo tem relevância pessoal, visto que retrata afinidade pelo assunto, bem como, pela proposta de estudo do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, e está em consonância com a área de concentração de Direitos Emergentes da Sociedade Global, da linha de pesquisa de Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

Ainda, o trabalho estrutura-se pela divisão de três capítulos, subdividos em três e dois subcapítulos. Assim, o primeiro capítulo tem com o escopo incial situar o leitor acerca dos conceitos gerais, bem como do desenvolvimento da temática no cenário global, a relevância dos saberes tradicionais e biodiversidade associada e a justificativa pela qual demanda salvaguarda. Por conseguinte, prossegue a empreitada sob a perspectiva da temática e as novas formas de colonicalidade do poder, eurocentrismo e capitalismo, pautada na teoria de Aníbal

Quijano, imbuído do intuito de comprovar que os instrumentos de propriedade intelectual e o Acordo Trip's são instrumentos que agem em consonância com os cânones desse complexo sistema-mundo-global. Subsequentemente, parte-se ao intento de esmiuçar o Acordo Trip's e a CDB a fim de constatar suas fragilidades e incompatibilidades na tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, sobretudo, pela perspectiva da colonialidade do poder.

No capítulo segundo, inicia-se com a retomada de um breve contexto histórico do constitucionalismo, perpassando pelo positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo até o advento no novo constitucionalismo latino-americano, a fim de elucidar as razões e motivações que levaram a eclosão desse novo modelo constitucional no cenário atual. Nos itens seguintes do capítulo, aborda-se, primeiramente a Constituiçao da Bolívia, seu contexto histórico, político, social, bem como fundamentos, princípios e objetivos, resultando na formulação do tripé: plurinacionalidade, democracia intercultural e pluralismo jurídico. Por conseguinte, debruça-se sobre a Constituição do Equador, a partir do princípio do Buen Vivir e do giro biocêntrico.

No derradeiro capítulo, incialmente propõe-se a superação das ilusões e seduções para vislumbrar as fragilidades desse novo constitucionalismo, bem como suas potencialidades e a contraposição com os normativos do Acordo Trips, da CDB e do sistema-mundo-global. Ao final, como reflexão de todo o desenvolvimento perpetrado, pretendeu-se responder ao problema de pesquisa estabelecido, bem como, ao questionamento que intitula este ensaio.

1 SABERES TRADICIONAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL E COLONIALIDADE.

1.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL E SABERES TRADICIONAIS ASSOCIADOS: BREVE PANORAMA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E DA BIOTECNOLOGIA

Na era da globalização ou mundialização[1] os paradigmas econômicos, sociais, culturais e interpessoais sofreram significativas alterações. O advento das tecnologias impôs novas

[1] Gustavo Oliveira Vieira afirma que globalização é comumente utilizado para se referir ao recorte econômico, reconhecendo-se a economia como motor, ou o aspecto central dessas mudanças, que são multidimensionais. Utilizando-se de Robert Keohane, afirma que a "globalização" se refere ao aumento da velocidade e fluxos de capital e mercadorias, ideias e informações, pessoas e forças que conectam os atores e os países, enquanto que, "mundialização"- segundo Phelippe Defarges, é a explosão e aceleração dos fluxos de mercadorias, imagens, modas, serviços, informações, ideias, velores, ou ainda, como uma compressão do tempo e espaço que promove a intensificação da vida social, política, econômica, as quais geram interconexões e interdependências profundas. (In: VIEIRA, Gustavo Oliveira. Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijui: Unijuí, 2015. p. 44)

formas de vivência e mudanças paradigmáticas na vida humana são sentidas diariamente. As distâncias se reduzem, as relações interpessoais a nível mundial se aproximam, o capital movimenta-se dinamicamente e a informação passou a significar poder.

Esse poder que movimenta o capitalismo tem como substrato a ciência moderna (eurocêntrica) responsável pela dominação dos mercados, conquista dos consumidores e a subjugação de países. Boaventura de Souza Santos infere a ciência moderna como força produtiva no capitalismo, produto da hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental através da progressiva hegemonia das epistemologias positivistas (SANTOS, 2013, p. 225). E tanto assim o é que demandam direitos de propriedade intelectual.

Nesse ínterim, a biotecnologia surge em meados das décadas de 1980 e 1990 como a terceira fase da tecnologia da informação, e reveste-se de uma roupagem propondo-se ser a panaceia para os males que afligem a humanidade. Consoante Lílian Graciano, para compreender o destaque que se é dado à biotecnologia atualmente

> [...] é necessário ter em conta que sucedendo a energia nuclear desenvolvida nas décadas de 50 e 60, e da tecnologia da informação nas décadas de 70 e 80, a moderna biotecnologia vem sendo considerada a terceira tecnologia estratégica do período pós-guerra, e esta estratégia está em ser percebida como portadora de potencial transformador da vida futura. (2009, p. 204)

A informação-poder que irão fomentar esses setores de biotecnologias – multinacionais farmacêuticas, agroquímicas, alimentícias do Norte desenvolvido, é justamente encontrado no solo rico e já tão explorado do Sul Social ou Sul Global[2], sobretudo, da América Latina. Essa matéria-prima traduz-se nos saberes tradicionais associados ao patrimônio genético. Sob a ótica dos cânones do capitalismo neoliberal e legitimado pelos instrumentos da propriedade

---

[2] Boaventura de Souza Santos ao discorrer nos seus trabalhos acerca das Epistemologias dos Sul demonstra as diferenças imperantes entre o Norte e o Sul, desprezando aspectos tão somente geográficos. O Sul metaforicamente é concebido como um campo epistêmico, com vistas a reparar os danos e experimentado historicamente pelo capitalismo nas suas relações coloniais com o mundo. "A sobreposição não é total porque, por um lado, no interior do Norte geográfico classes e grupos sociais muito vastos (trabalhadores, mulheres, indígenas, afrodescendentes, mulçumanos) foram sujeitos à dominação capitalista e colonial e, por outro lado, porque no interior do Sul geográfico houve sempre as 'pequenas Europas', pequenas elites locais que beneficiaram da dominação capitalista e colonial e que depois das independências a exerceram ou continuaram a exercer, por suas próprias mãos, contra as classes e grupos sociais subordinados. A ideia central é, como já referimos, que o colonialismo, para além de todas as dominações por que é conhecido, foi também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu a supressão de muitas formas de saber próprias de povos e/ou nações colonizados. A epistemologias do Sul são o conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam essa supressão, valorizam os saberes que resistiram com êxito e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. " (SANTOS, Boaventura de Souza. MENESES, Maria Paula. Epistemologias do Sul. São Paulo, Cortes, 2010. p.19).

intelectual, esses saberes tradicionais associados a biodiversidades são apropriados e espoliados do Sul, produzindo riquezas e lucros ao Norte Social.

Na verdade, a biodiversidade é a fonte da matéria-prima para a biotecnologia, já o conhecimento tradicional funciona como uma chave a qual é responsável por desvendar os segredos daquela matéria-prima. Nas palavras de SANTOS, NUNES E MENESES:

> O valor da biodiversidade como fonte de matéria-prima para a biotecnologia e a indústria farmacêutica aparece, contudo, como a vertente mais visível da relação entre biodiversidade e atividade econômica. De fato, um dos elementos centrais da retórica global ambientalista sobre a preservação das florestas assenta no valor das mesmas como matérias potencial para elementos medicinais para a ciência moderna. O conhecimento indígena surge como a chave para a descoberta dessas formas medicinais. Mas esse fato atinge de ricochete a comunidade, pois as plantas têm vindo a desaparecer a uma velocidade relâmpago devido ao seu consumo excessivo, assunto que até recentemente pouco interesse suscitava. (2005, p.67)

A problemática toma relevo quando se atenta ao fato de que saberes tradicionais são aqueles conhecimentos produzidos individualmente e/ou coletivamente dentro de uma comunidade tradicional – indígena, quilombola, caiçara, ribeirinha, entre outras e transmitido de modo intergeracional, ou seja, de geração em geração, e que, portanto, não são possíveis de apropriação privada. O seu caráter coletivo é intrínseco a sua forma de produção e perpetuação. Outrossim, a sapiência tradicional pode ser entendida quando da sua adstrita relação com a natureza.

As formas de vida, de produção, de manejo do meio ambiente, fauna e flora, são de maneira tal que promovem a manutenção da biodiversidade e sustentabilidade, pelo que, comunidades tradicionais e seus conhecimentos convivem em simbiose com a natureza, em uma relação de dependência mútua. Ou seja, aqueles que em determinado espaço utilizam da natureza, ou dos recursos naturais com uso de técnicas de baixo impacto ambiental, com determinada organização e representação social. Esse contato das comunidades tradicionais com biodiversidade se dá de forma natural e de tal maneira que impera um grau de dependência. Diferentemente da crença vã dos homens de laboratório que creem poder controlar a vida e a natureza.

Fritjof Capra afirma que o que todas as “empresas da ciência da vida” tem em comum é uma visão estreita da vida

> [...] baseada na crença equivocada de que a natureza pode ser submetida ao controle humano. Essa visão estreita ignora a dinâmica autogeradora e auto-orgaizadora que é a própria essência da vida e redefine os organismos vivos, ao contrário, como máquinas que podem ser controladas de fora, patenteadas e vendidas como recursos

> industriais. A própria vida tornou-se a suprema mercadoria. (CAPRA, 2005, p. 208-209)

Ainda, para Antônio Carlos Diegues um dos critérios mais importantes, além do modo de vida, para definição de culturas ou populações tradicionais é a condição de pertencimento que é o que remete questão fundamental da identidade. (DIEGUES, 2001, p. 88). E essa ideia de pertencimento está ligada também às identidades culturais que para Stuart Hall são aqueles aspectos da identidade que surgem na própria ideia de pertencimento à cultura étnicas, raciais, linguística, religiosa, nacionais. (HALL, 2015).

A continuidade desses conhecimentos depende de condições que assegurem a continuidade física e cultural desses povos e populações tradicionais. (SANTILLI, 2005, p. 195). Isso porque, quando se fala em salvaguardar conhecimentos tradicionais e o patrimônio genético que a ele está associado se está trazendo no embate das discussões o direito a preservação da sua cultura, às suas identidades, às suas raízes, um direito imaterial e intangível. Nesse sentido, De Gregori infere que

> [...] o debate sobre a conservação da biodiversidade fundamentam-se também na importância da preservação da cultura, uma vez que a integração das atividades econômicas tem alcançado o domínio cultural e vem provocando a homogeneização dos países com tradições culturais diversas. (2013, p. 145)

São portanto guardiães de saberes milenares, de conhecimentos ricos fundados na natureza e nos conhecimentos sobre ela, nas melhores formas de manejo e conservação, através de usos sustentáveis, respeitando sua capacidade de recuperação e conservação, com a finalidade precípua de sobrevivência. Esses modos de vida são transmitidos oralmente de geração a geração, consuetudinariamente - heranças culturais, constituindo um legado cultural e coletivo indispensável ao equilíbrio do Planeta.

Além disso, o conhecimento local acumulado ao longo do tempo promove a sustentabilidade a longo prazo (SANTOS, MENESES, NUNES, 2005, p.66). Para Juliana Santilli

> O conhecimento tradicional associado inclui toda informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independentemente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica. (2005, p. 196)

A mesma autora, citando o trabalho dos antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Barbosa de Almeida na produção da *Enciclopédia da floresta*, menciona que os estudiosos descrevem a forma como o conhecimento dessas populações são desenvolvidos e compartilhados. Assim, afirmam que são produzidos em atividades e práticas desenvolvidas

coletivamente na floresta. A autora segue mencionando que " mais que um valor de uso, os recursos da diversidade biológica têm, para essas populações, um valor simbólico e espiritual[...] Transcende a dimensão econômica e permeia o domínio das representações simbólicas e identitárias". (2005, p. 194). Por sua vez Antonio Carlos Diegues menciona estudos de Balée e Gomez-Pompa que evidenciam que a manutenção e até mesmo aumento da diversidade biológica nas florestas tropicais estão relacionados com a agricultura itinerante dos povos primitivos (2001, p. 150).

Há, no entanto, que se atentar para os cuidados que o termo "tradicionais" pode implicar quando do tratamento da temática. Isso porque, é de notório conhecimento que no senso comum impera a falsa ideia de que tradicional é aquilo que é velho, ultrapassado, retrógrado. Juliana Santilli adverte que o termo já vem sendo bem aceito" [...] ainda que alguns antropólogos apontem as dificuldades geradas pela forte tendência à associação com concepções de imobilidade histórica e atraso econômico [...] " (2005, p.124).

Nesse sentido, certa passagem de Amartya Sen na obra "Desenvolvimento como liberdade" estabelece uma relação comparativa entre máquinas obsoletas *versus* cultura e tradições que levam a profunda reflexão acerca dessa temática da valorização dos conhecimentos tradicionais dos povos tradicionais e da necessária tutela:

> Quando ocorre um ajustamento econômico, quase não se lamentam os métodos de produção e a tecnologia que foram superados. Pode permanecer uma certa nostalgia pelos objetos especializados e elegantes (como uma velha máquina a vapor ou um relógio antigo), mas em geral as máquinas obsoletas e descartadas não são particularmente desejadas. No caso da cultura, porém, as tradições perdidas podem fazer muita falta. A extinção de antigos modos de vida pode causar angústia e um profundo senso de perda. (2010, p. 309)

Tradicional é a forma como o conhecimento é adquirido e utilizado pelas comunidades, ou seja, o processo social de aprendizagem e partilha, até mesmo porque muitos desses conhecimentos tradicionais são bem recentes, mas seu significado social e sua natureza jurídica ele difere dos demais (SANTOS, p. 50). Portanto, a ideia reducionista do tradicional associado ao que é retrógrado e obsoleto, no que tange aos conhecimentos tradicionais, é concepção que deve ser suplantada.

Contudo, salutar mencionar que é inegável que essa associação reducionista decorre especialmente em virtude do valor econômico que conhecimento traz imbuído na sua tarefa maior: a produção de lucro, fruto do capitalismo imperante na sociedade atual, tudo em favor da ciência. Ou melhor, da falácia do progresso científico, o qual, sabiamento Fritjof Capra afirma "a motivação desse crescimento da engenharia genética não é o progresso da ciência,

nem a descoberta de curas para as doenças, nem a vontade de alimentar os famintos: é o desejo de garantir ganhos financeiros nunca vistos antes" (2005, 172). Assim, hodiernamente, o conhecimento tradicional associado passou a ser também mercadoria, uma moeda de troca, a partir do que a modernidade e todo o aparato estatal-científico tem o poder de eleger quais conhecimentos são válidos, inválidos, novos, retrógrados, ultrapassados.

É notório que o interesse pelos recursos naturais da América Latina, e nos países do Sul Social como um todo, não é uma questão dos dias atuais. Ao revés, um breve resgate histórico é notável perceber que desde o seu "descobrimento" as terras daqui e seu povo vem sendo despojado de suas riquezas. A biopirataria[3] já poderia ser observada, por exemplo, no Brasil colonial, imediatamente após seu descobrimento em 1500.

Os portugueses com a descoberta da propriedade de pigmentação do Pau Brasil utilizado pelos povos nativos deram início à intensa atividade de extração e envio à Europa, o que resultou mais tarde no risco de extinção da espécie, hoje sob preservação. Mais adiante, em meados dos anos 1870 foram as sementes da árvore da seringueira levadas pelo inglês Henry Wickham para as colônias britânicas da Malásia, a qual se tornou a principal exportadora de látex, prejudicando a economia manufatureira brasileira, na época fundada no ciclo da borracha.[4] Atualmente, a biotecnologia desponta na busca pelos recursos genéticos e saberes tradicionais associados do Sul Social através de atividades de bioprospecção, ou da biopirataria.

Nessa seara, a propriedade intelectual exerce importante papel e atende aos interesses econômicos do capitalismo neoliberal atrelados a produção científica e à lógica do conhecimento técnico-científica válido e digno de reconhecimento, proteção e retribuição. Segundo Capra, os caçadores de genes partem em expedição para o hemisfério sul em uma narrativa quase épica:

---

[3] Ainda não há definição jurídica do que seja biopirataria, mas doutrinariamente tem sido aceito a definição daquela atividade que retira recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais de determinado país sem a devida autorização, em desacordo com as determinações estabelecidas na CDB. Juliana Santili conceitua da seguinte forma: "Embora não haja uma definição propriamente jurídica de biopirataria, é relativamente bem aceito o conceito de que a biopirataria é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre a Diversidade Biológica [...]." (In: SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 198); Igualmente, Danilo Lovisaro do Nascimento afirma que "Pode-se definir a biopirataria, em termos amplos, portanto, como a apropriação dos recursos genéticos da biodiversidade de um país ou dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sem que exista autorização do país detentor desses recursos ou da população detentora do conhecimento tradicional." (In: NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. Biopirataria na Amazônia. 1º ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá: 2012, p. 470)

[4] Biopirataria na amazônia: fatos históricos. **Amazonlink.** Disponível em: <http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_historia.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2016.

> Nos últimos anos, o registo de patentes de formas de vida deu origem a uma nova espécie de "biopirataria". Caçadores de genes partem em expedição pelos países do Hemisfério Sul em busca de recursos genéticos valiosos, como as sementes de determinadas plantas comestíveis ou medicinais, contando muitas vezes com a ajuda de comunidades indígenas que, confiantes, entregam-lhes todo o material e todas as informações a respeito dele. Esses recursos são levados e têm seus genes identificados e patenteados.
> Essa prática de exploração é legalizada pela estreita definição de "direitos de propriedade intelectual" da OMC, que só considera passível de patente o conhecimento expresso segundo cânones da ciência ocidental. (2005, p.210)

Exclui-se, portanto, do polo ativo aquele saber tradicional que está no cerne do produto final, que fomentou a pesquisa e o desenvolvimento científico. Põe-se à margem a cultura, o modo de produção, espolia-se os direitos coletivos, os conhecimentos, a comunidade tradicional sob a justificativa e crença de que aquele saber não é dotado de qualquer valoração. No entanto, o valor dos saberes tradicionais supera os fins unicamente econômicos e urge por instrumento de tutela efetiva.

Juridicamente, é possível dizer que foi com a Declaração de Estocolmo, em 1970, que os conhecimentos tradicionais de modo indireto começaram a tomar saliência, posto que, tal documento reconheceu a importância do papel das populações indígenas e demais comunidades camponesas (FLÓRES, 2005, p. 289). Em que pese o reconhecimento e valorização desses povos esse instrumento deixou de trazer em seu texto legal meios de proteção. No entanto, foi mais tarde, em 1992 no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) que surgiram os debates acerca da necessidade de criação de instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada.

Desta Conferência emergiu a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), a qual em seu preâmbulo traz no bojo dos objetivos o reconhecimento das populações tradicionais e a sua intrínseca ligação e dependência com a biodiversidade referindo a necessidade de tutela e a garantia ao acesso a repartição equitativa dos benefícios advindos da utilização de seus conhecimentos:

> [...] a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes.

Nesse sentido, Convenção sobre a Diversidade Biológica visava, ao menos formalmente, reduzir essa desigualdade e equilibrar as forças entre os países detentores dos recursos da biodiversidade aqueles detentores da biotecnologia. Em que pese essa previsão

formalmente disposta no normativo o que ficou evidente nas discussões que deram origem ao documento foi que o Norte Social "colocou sobre a mesa de forma incontestável a distância existente entre o mundo desenvolvido e o mundo em desenvolvimento. [...] esses recursos biológicos e genéticos foram considerados patrimônio da humanidade desde tempos imemoriais e qualquer ser humano podia ter-lhe acesso" (FLÓRES, 2005, p. 290).

Em razão disso, e das inúmeras divergências, Vinícius Vieira afirma que diante das posições contrárias entre países a CDB adotou uma solução de compromisso para equilibrar os interesses entre Norte e Sul, entretanto, afirma que o efeito "dessa natureza compromissória é a ausência de obrigações constringentes, restando a estipulação de princípios [...]" (2012, p.36). Ou seja, a CDB não passa de um documento meramente de cunho ético-moral cujo cumprimento não é de observância obrigatória, e tampouco possui instrumentos que forcem sua exequibilidade.

Em realidade, o alarde na década de 1990 para que se regulamentasse a proteção dos conhecimentos tradicionais deveu-se exatamente às pressões das indústrias bioquímicas do Norte Social, a qual precisava da riqueza natural para majorar a oferta de seus produtos no mercado, salvaguardando os investimentos da biotecnologia (FLÓREZ, 2005, p.290). Ou seja, tratava-se de uma estratégia econômica protecionista. E assim,

> As empresas contrapuseram ao direito soberano dos países sobre os seus recursos os direitos da propriedade intelectual sobre as inovações biotecnológicas que desenvolvem com base nos recursos biológicos e genéticos. E o cenário escolhido foi o das negociações do GATT (sigla inglesa do Acordo Geral sobre Tarifa e Comércio) que deu origem à Organização Mundial do Comércio. Foi no seu campo de influência que se impôs o poder das multinacionais para introduzirem os direitos da propriedade intelectual associando-os com o comércio entre países. No momento em que cresciam os investimentos na investigação sobre fármacos ou sobre possíveis fontes de alimentos para a indústria, convinha assegurar-se acerca de quem seriam os titulares da propriedade dos recursos e das formas de compensação adequadas. (FLÓREZ, 2005, p.290)

O palco das discussões deixou claro a nítida intenção das transnacionais em assegurar os direitos das partes envolvidas: os direitos das transnacionais *versus* os "direitos" dos povos tradicionais e dos países detentores dos recursos biológicos e genéticos pela via dos instrumentos da propriedade intelectual.

Poucos anos após, em 1994, durante a Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT foi assinado o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – General *Agrement on Tariffs and Trade* (GATT/1994) e o Tratada sobre Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio Internacional -*Trade-Related Aspects of Intellectual*

Property Rights, comumente conhecido como o Acordo TRIPs, que é um dos anexos do acordo maior que foi o GATT/94. Esse documento, o qual passou a vigorar em 1995, tem como base disciplinar em âmbito internacional a questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio.

Foi também durante a Rodada do Uruguai que foi instituída a Organização Mundial do Comércio (OMC). Mais tarde, em razão do Acordo TRIPs, surgiu a necessidade de se criar uma organização em nível internacional para coordenar as políticas na área e vinculada a Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi ou Wipo – *World Intellectual Property organization*) (DE GREGORI, 2013, p.161).

Antes da Rodada do Uruguai os direitos de propriedade intelectual eram disciplinados de forma independente e autonomamente pela legislação de cada país conforme suas condições éticas, econômicas, políticas. O acordo TRIPs passou a globalizar um modelo de direitos de propriedade intelectual que atende os interesses dos países desenvolvidos e das indústrias transnacionais. Assim "os países de Terceiro Mundo foram coagidos a aceitar o sistema de direitos de propriedade intelectual de modelo ocidental. " (SHIVA, 2005, p.334). E não só, o acordo TRIP's consoante Maristela Basso

> Serviu, portanto, como instrumento para introduzir normas e padrões dos países desenvolvidos nas relações econômicas transnacionais e assim redefinir o ambiente internacional que passou a se caracterizar pela crescente erosão da capacidade dos países em desenvolvimento de regular os direitos de propriedade intelectual segundo suas necessidades e interesses domésticos. (2005, p.19)

Isso decorre, em razão de que o TRIPs atendeu aos anseios dos setores da biotecnologia que dominaram os debates. Nesse sentido, esse diploma internacional de propriedade intelectual passou a ampliar a cobertura das patentes para incluir formas vivas, o que coloca o acordo em condição de potencial ameaça às promessas firmadas anteriormente pela CDB, dificultando sua implementação e dando legitimação para a biopirataria. Há evidente dissonância entre os dois aparatos normativos internacionais: enquanto a Convenção sobre a Diversidade Biológica reconhece a estreita relação entre os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade clamando por proteção, o Acordo TRIPs institui mecanismo de apropriação privada de conhecimentos e recursos biogenéticos.

Isso implica em um vazio normativo de salvaguarda dos saberes tradicionais associados ao patrimônio genético que acaba a mercê de ferramentais jurídicas meramente formais e aparatos econômicos fortemente protegidos, os quais apropriam-se de seus bens imateriais, tolhendo direitos coletivos. De Gregori corrobora que " a ausência de instrumentos jurídicos

adequados tem favorecido a ocorrência da biopirataria, deixando vulnerável o acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados a ela". (DE GREGORI, 2013, p. 143). É preciso, portanto, repensar modelos de proteção sob a ótica dos povos tradicionais, transcendendo aos interesses capitalistas e mercadológicos do sistema atual ao qual a sociedade global está mergulhada, visto que

> A globalização hegemônica pretende conferir um estatuto às comunidades indígenas, colocando-as num determinado lugar de destaque enquanto sujeito individual de direitos, equiparando-as com o sujeito ocidental e desconhecendo a luta que essas mesmas comunidades travaram para serem reconhecidas como sociedades diferentes da sociedade nacional. No afã de encontrarem proprietários para recursos que anteriormente pertenciam à humanidade, os direitos são circunscritos e acomodam-se à lógica dominante, provocando distorções do esforço coletivo e aniquilando os espaços de regulação. (FLÓREZ, 2005, p.289)

O TRIPs alijou, portanto, o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados ao saboreio do mercado econômico global, ou melhor, ao desfrute das multinacionais do ramo da biotecnologia do Norte desenvolvido. O patenteamento sobre a vida, ou seja, a retirada de todos os limites sobre o que é patenteável foi exatamente o anseio e a exigência desses atores que detém o poder do capital.

Atrelado a isso, legitimou a prática de biopirataria que a partir de então cresceram exponencialmente em um verdadeiro cenário de exploração de recursos e espoliação de direitos. Vandana Shiva, fazendo referência ao dispositivo 27 do Acordo Trip's, afirma que "esse artigo permite a pirataria do conhecimento indígena. Os interesses que consideram que a inovação de processos não envolve inventividade são os mesmos que pretendem patentear como invenção processos naturais e conhecimentos indígenas" (2005, p.324). E não só, a autora alerta sobre os riscos dessa prática no sentido de que

> Se a biopirataria não for desafiada e impedida, as sociedades do Terceiro Mundo terão de comprar, a custos elevados, as suas sementes e os seus medicamentos aos concessionários globais da biotecnologia e da indústria farmacêutica, o que as empurrará ainda mais para o endividamento e a pobreza (2005, p.324).

As notáveis controvérsias e injustiça fizeram com que inúmeros pedidos de revisão do artigo fossem solicitados pelos países em desenvolvimento, todos negados, inclusive aqueles que versavam sobre a necessidade do Acordo TRIPs se subordinar aos preceitos da CDB. Quanto a este último, Estados Unidos e Europa rejeitaram as propostas sob a alegação de que a OMC não poderia estar subordinada a outros acordos internacionais. (SHIVA, 2005, p.336)

O alargamento do sistema de patentes pelo Acordo TRIPs veio a atender os interesses dos países ricos e das indústrias transnacionais que impuseram sua vontade aos países em desenvolvimento. Na modernidade globalizada a dominação da informação (conhecimento) e dos recursos implica em deter o poder e os mercados. Bem por isso é que os instrumentos de propriedade intelectual, especialmente as patentes, foram "concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental e para atender especialmente as necessidades das sociedades industriais, os direitos da propriedade intelectual têm permitido a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva" (SANTILLI, 2005, p. 205).

As negativas de alteração ao Acordo TRIPs deixam evidente esses interesses e a imposição dos países que detém o poder econômico e tecnológico àqueles que detém os recursos e os saberes tradicionais. Deixam claro uma divisão global muito explícita: aqueles que devem explorar, e aqueles que devem ser explorados. De um lado, os que são receptores e os que são fornecedores. Ricos *verus* pobres. Colonizadores *versus* colonizados.

Urge do panorama atual e globalizante a necessidade de se estabelecer um instrumento jurídico de salvaguarda aos saberes tradicionais associados ao patrimônio genético em razão da constante espoliação que vem sofrendo e da sua imprescindibilidade na manutenção da biodiversidade e o direito à vida intergeracionalmente, sobretudo porque

> [...] a biodiversidade e os sistemas de conhecimento indígenas satisfazem as necessidades de milhões de pessoas, novos sistemas de patentes e de direitos de propriedade intelectual ameaçam apropriar-se destes recursos e processos de conhecimento vitais do Terceiro Mundo e convertê-los em monopólio vantajoso para as empresas do Norte. As patentes estão, por isso, no centro do novo colonialismo. (SHIVA, 2005, p. 320)

Dessa forma, as linhas gerais até aqui discorridas buscaram elucidar conceitos iniciais com viés crítico, bem como situar a problemática no contexto do cenário global de forma breve. No subitem seguinte (1.2) pretende-se abordar os direitos de propriedade intelectual dispostos no Acordo Trips, especificamente acerca do instrumento das patentes, a partir a ótica da nova colonialidade ao Sul Social. Posteriormente, no subitem derradeiro do capítulo (1.3) buscar-se-á evidenciar a incapacidade da Convenção sobre a Diversidade Biológica e a inapropriação do Acordo Trips como instrumentos jurídicos de tutela aos conhecimentos tradicionais associados.

1.2 PROPRIEDADE INTELECTUAL E ACORDO TRIP'S VERSUS SABERES TRADICIONAS E BIODIVERSIDADE ASSOCIADA: A (NOVA) COLONIALIDADE SOBRE A AMÉRICA LATINA

As próximas linhas deste trabalho se propõem a analisar a propriedade intelectual e o Acordo Trips enquanto instrumentos de colonialidade para a América Latina, o que fundamenta a espoliação dos saberes tradicionais e biodiversidade associada dessa região. Como pano de fundo para esta análise adotou-se a teoria de Aníbal Quijano acerca da colonialidade do poder, capitalismo colonial/moderno e eurocentrismo hegemônico, a qual discorrer-se-á no primeiro momento deste subitem, e, por conseguinte fomentar o diálogo que aqui se propõe.

A teoria de Quijano explica que a globalização em curso e o sitema-mundo-moderno se deu a partir de um padrão de poder que emerge com a descoberta das Américas pelos europeus. Esse padrão de poder tem como eixos fundamentais o capitalismo colonial/moderno como forma central de exploração social, o eurocentrismo hegemônico como forma de controle da (inter) subjetividade e da produção do conhecimento, e com o que o autor convencionou chamar de "colonialidade do poder" como forma de dominação social (QUIJANO, 2005). A partir disso, o autor procede a uma releitura da história subvertendo a ordem e evidenciando a América, sobretudo países da América-Latina, como protagonistas na formação sistema mundo global, ou a primeira identidade deste panorama. Ou melhor, que a formação do sistema-mundo-moderno hegemônico atual só foi possível a partir do padrão de poder que emergiu da colonização das Américas.

Dessa forma todo a imposição da colonização estabelecida sobre a América se deu a partir da ideia de "raça" uma construção mental de dominação europeia que Quijado convencionou chamar de "colonialidade do poder". Com a elaboração de uma teoria da ideia de raça estabelece-se uma condição de naturalização de inferioridade dos povos dominados, permitindo também, a elaboração de uma perspectiva eurocêntrica do conhecimento (eurocentrismo). A concepção de raça – colonialidade do poder - implica em uma naturalização da classificação social e divisão de funções – brancos, índios, negros, mestiços, etc. Além disso, essas identidades forjadas são associadas a critérios de hierarquia e papéis sociais. Quijano, afirma que a ideia de raça foi o instrumento mais eficaz de dominação social universal e o critério para distribuição da população mundial em níveis e papéis na estrutura de poder da nova sociedade que emergia (QUIJANO, 2005)

> [...] isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas idéias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o intersexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e consequentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais. Desse modo, raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial em níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade. Em outras palavras, no modo básico de classificação social universal da população mundial. (QUIJANO, 2005, p. 117-118)

A colonialidade do poder pautada sobre a construção do critério "raça" foi fundamental para a formação do sistema-mundo-moderno e a hegemonia do padrão de poder eurocêntrico que irradiou efeitos em todos os âmbitos da sociedade. O controle do trabalho partia (e ainda parte – em termos modernos) desse pressuposto. A escravidão, servidão, reciprocidade, assalariamento, etc, representavam uma divisão racial do trabalho. Entretanto, aos dominados, colonizados, o trabalho gratuito era lhes imposto, sendo o assalariamento privilégio dos colonizadores. E foi esse trabalho gratuito um dos fatores que alavancou a Europa (Ocidental) como detentora do controle do mercado mundial e o surgimento do capitalismo colonial/moderno (QUIJANO, 2005).

A exploração dos recursos naturais dos países colonizados sempre foi o objetivo central das potências. Nesse sentido, Quijano afirma que o acúmulo de ouro, prata, gemas, mercadorias e produtos produzidos e encontrados com base na exploração do trabalho gratuito dos povos originários, espoliados do continente, e levados para Europa, possibilitou uma progressiva monetarização mundial e do controle do capital comercial destes. Não tardou para que com a intensa urbanização a Europa Ocidental viesse a ser a sede central do controle do mercado mundial (QUIJANO, 2005). Quer dizer, com base em uma teoria de raça (colonialidade do poder) inferioriza-se populações de forma a dividir racialmente o trabalho gerando uma exploração gratuita deste, associada a espoliação dos bens naturais do continente Americano a Europa torna-se o centro e o controle do mercado mundial. E não só, mas também a partir disso pode impor ao resto do mundo o seu modelo de padrão específico de poder. O sistema-mundo-moderno e a globalização são ditados por esse padrão de poder.

Percebe-se que a colonialidade do poder (raça) permeia como justificativa em todos os âmbitos: econômico, social, cultural, etc. A colonialidade sobre o controle de todas as formas de trabalho global e o capitalismo colonial/moderno que se formava determinaram a geografia social do capitalismo, levando em consideração o nível social, cultural, político e econômico de cada região sob o prisma centro-periferia. Nessa perspectiva, Quijano afirma que o padrão de poder hegemônico europeu situou uma linha temporal histórica onde o ápice da evolução

era a Europa Ocidental e os demais povos eram re-situados no passado. A partir dessa premissa o novo padrão de poder mundial foi capaz de evidenciar um processo de re-identificação histórica, criando novas identidades geoculturais, baseadas em um único padrão-modelo: eurocêntrico. Para tanto o controle europeu haveria de abranger todas as formas de (inter)subjetividade, da cultura, do conhecimento, da produção do conhecimento e de seus produtos, em uma verdadeira colonização das perspectivas cognitivas (eurocentrismo) também pautada na ideia de raça – critérios de inferioridade. (QUIJANO, 2005)

Isso tudo, tem como alicerce de justificação o etnocentrismo europeu. O eurocentrismo, pautou em unificar heterogeneidades históricas e culturais em uma base única e hegemônica de orientação. Para tanto, a colonialidade do poder permeia como instrumento útil para o eurocentrismo tornando o conhecimento europeu único e superior, e nesse processo tomaram dos demais povos aquilo que somente era útil para o capitalismo, em um processo que

> Em primeiro lugar, expropriaram as populações colonizadas – entre seus descobrimentos culturais – aqueles que resultavam mais aptos para o desenvolvimento do capitalismo e em benefício do centro europeu. Em segundo lugar, reprimiram tanto como puderam, ou seja, em várias medidas de acordo com os casos, as formas de produção de produção de conhecimento dos colonizados, seus padrões de produção de sentidos, seu universo simbólico, seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade. A repressão neste campo foi reconhecidamente mais violenta, profunda e duradoura entre os índios da América ibérica, a que condenaram a ser uma subcultura camponesa, iletrada, despojando-os de sua herança intelectual objetiva. [...]. Em terceiro lugar, foçaram – também em medidas variáveis em cada caso – os colonizados a aprender parcialmente a cultura dos dominadores em tudo que fosse útil para a reprodução da dominação, seja no campo da atividade material, tecnológica, como da subjetiva [...]. Todo esse acidentado processo implicou no longo prazo uma colonização das perspectivas cognitivas, dos modos de produzir ou outorgar sentido aos resultados da experiência material ou intersubjetiva, do imaginário, do universo de relações intersubjetivas do mundo; em suma, da cultura. (QUIJANO, 2005, p. 121)

Perceptível que todo esse processo levou a uma concepção egocêntrica europeia de que a modernidade e a racionalidade foram experiências e produtos da criação exclusiva dos europeus, a partir da crença da superioridade natural europeia (colonialidade do poder – raça) e o eurocentrismo como perspectiva hegemônica do conhecimento. Nessa conformação modernidade é racionalidade, ciência e tecnologia. Entretanto, para Quijano, essa seria uma ideia reducionista, sendo a modernidade um processo histórico que culminou no sistema-mundo-moderno e que teve como início a descoberta das Américas, o que fomentou consequências imediatas no mercado mundial e na formação do novo padrão de poder mundial. Afirma o autor que também a modernidade foi colonial (QUIJANO, 2005).

Importante ressaltar que nem todos os países da América sofreram o mesmo processo de colonização, e que, portanto, não absorveram as mesmas consequências. Ao contrário, o

Norte Social, ou o Centro, é composto hodiernamente por exemplo por Estados Unidos da América e Canadá. Quijano explica que a colonização nesses países, dentre outros da América, se deu de forma diversa: Os povos nativos/originários desses países não foram colonizados, eles foram em um primeiro momento aliados nas guerras pelos territórios e posteriormente massacrados e dizimados. Não houve colonização de nativos. A formação social nesses países se deu sobretudo a partir da mão de obra assalariada dos próprios brancos que vinham da Europa e do sistema escravocrata minoritário. Quer dizer, a conformação social era disposta pela maioria branca europeia. Aliado a isso, a mão de obra assalariada propiciou o desenvolvimento do capitalismo e do sistema mercantil nesses países desde sua formação, alavancando-os como potencias ao lado da Europa, o que as fez tornarem-se distintas das demais regiões colonizadas da América. (QUIJANO, 2005)

O que importa dizer desse processo é que a colonialidade do poder enquanto critério de dominação social; o capitalismo colonial/moderno, enquanto critério de exploração social; e o eurocentrismo hegemônico, enquanto critério de dominação da produção do conhecimento e controle da (inter)subjetividade são elementos que formam um padrão específico de poder a nível global e que teve início com a descoberta e dominação das Américas. Esse processo iniciado há mais de 500 anos se desdobra em novas facetas no sistema-mundo-moderno, sem, contudo, deixar que esses três elementos estejam presentes. Entretanto, duas implicações decisivas são apontadas desse processo por Quijano:

> A primeira é óbvia: todos aqueles povos foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas. A segunda é, talvez menos óbvia, mas não menos decisiva: sua nova identidade racial, colonial e negativa, implicava o despojo de seu lugar na história da produção cultural da humanidade. Daí em diante não seriam nada mais que raças inferiores, capazes somente de produzir culturas inferiores. Implicava também sua relocalização no novo tempo histórico constituído com a América primeiro e com a Europa depois: desse momento em diante passaram a ser o passado. Em outras palavras, o padrão de poder baseado na colonialidade implicava também um padrão cognitivo, uma nova perspectiva de conhecimento dentro da qual o não-europeu era o passado e desse modo inferior, sempre primitivo. (QUIJANO, 2005, p. 127)

Essas duas consequências permeiam todo o curso da história de alguns países da América-Latina até os dias atuais e tem visibilidade fulcral quando da temática em questão: tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada. As facetas da colonialidade do poder, do capitalismo e do eurocentrismo são mutáveis no tempo de forma a atender as necessidades do tempo/espaço presente e a garantir a manutenção do padrão de poder criado com a descoberta das Américas sobre o sistema-mundo-global.

No que tange aos saberes tradicionais e à biodiversidade associadas é absolutamente possível afirmar que a colonialidade do poder, o capitalismo, e o eurocentrismo vem expressos pelas vias dos setores da biotecnologia, da biopirataria, e sobretudo pelo aparato legal do Acordo TRIP's e dos Direitos de Propriedade Intelectual. O quadro factível é: espoliação de recursos naturais e saberes tradicionais dos países do Sul Social para fins comerciais e patenteamento do Norte Social sob o argumento central de que não há cientificidade, tampouco critérios industriais no saber tradicional.

Para os setores da biotecnologia, domínios fulcrais do capitalismo moderno, a biodiversidade (recursos genéticos) encontrados em grande quantidade nos países do Sul Social - periféricos, subdesenvolvidos, coloniais – é a matéria prima para o desenvolvimento de seus produtos. Os conhecimentos tradicionais das populações tradicionais são utilizados para desvendar as propriedades ocultas dessa matéria prima, sem os quais, talvez nem seria possível. Tudo isso é espoliado e passado para a esfera privada e monopolista de grandes empresas do Norte Social, as quais devolvem ao mercado em produtos de preços inacessíveis a grande maioria dos povos do Sul social.

Quer dizer, sobre os critérios de inferioridade *versus* superioridade – colonialidade do poder, eurocentrismo, e capitalismo, se tolhem direitos e se mantém a geografia do capitalismo, a exploração e subjugação continental. Ao invés de ouro, prata, gemas e trabalho gratuito de escravos e indígenas da América, conforme Quijano mencionava, agora o Norte Social alavanca seu padrão de poder com recursos biogenéticos e conhecimentos das populações tradicionais. Nesse sentido, o capitalismo é elemento essencial para a colonialidade do poder e do eurocentrismo, pois ao atribuir valor econômico aos saberes, principalmente por meio dos direitos de propriedade intelectual, com vistas a produção de lucro, solapa e subverte a essência do que são saberes tradicionais, tornando-os meras mercadorias ou mera *comodities*.

Em igual sentido de Quijano, Boaventura de Souza Santos afirma que os debates epistemológicos durante o século XVII europeu transformaram a ciência como forma de único conhecimento válido, em um longo e controverso processo que levaram em conta fatores econômicos e políticos. Para o autor, a partir de então a ciência moderna conquistou o privilégio de definir o que é ciência e o que é conhecimento válido. (SANTOS, MENESES E NUNES, 2005, p. 22). Portanto, ao vislumbrar o palco contemporâneo em que se apresenta os saberes tradicionais é perfeitamente possível afirmar que estes não são observados como científicos, e, portanto, não são considerados conhecimentos válidos, principalmente aos olhos do capitalismo.

Outrossim, pode-se inferir dos ensinamentos de Vandana Shiva que a ciência atual, que exclui a criatividade e a originalidade dos conhecimentos tidos como "não-científico", desvalorizando-os, é uma ciência reducionista, ou seja, aquela ciência que compreende a própria ciência por suas estruturas subjacentes, abstraindo de sua relação com a vida e as experiências humanas, suas relações sociais e econômicas (SHIVA, 2001). Nesse sentido, esse panorama forma o que a autora chama de "pilhagem do conhecimento" ou a violência contra o próprio conhecimento seguida da "pilhagem da natureza" e

> [...] consiste na afirmação de que o conhecimento não-reducionista simplesmente não é conhecimento. Em nome do "conhecimento científico" bem estabelecido, o conhecimento tradicional é não apenas desvalorizado, mas também explorado, suprimido, distorcido e considerado não merecedor de investigação empírica e aperfeiçoamento.
> [...] Projetos informados pela ciência reducionista tendem a "destruir a integridade inata da natureza e assim despojam de sua capacidade regenerativa" e a destruir a biodiversidade e a herança genética das regiões onde são aplicados. (SHIVA, 2001, p. 17)

Em outra obra, Shiva vai além e passa a trabalhar com a ideia de "monoculturas da mente" como artefato que faz desaparecer a diversidade pelo que ela chama de "síndrome de FALAL" - falta de alternativas. Para autora, "adotar a diversidade como forma de pensar, como um contexto de ação, permite o surgimento de muitas opções. " (SHIVA, 2003, p. 15). Vandana Shiva aborda o sistema do saber enquanto um sistema de poder. Nesse sentido afirma que as monoculturas ocupam primeiramente a mente e depois são passadas para o solo, de modo que as "monoculturas mentais geram modelos de produção que destroem a diversidade e legitimam a destruição como progresso, crescimento e melhoria. " (SHIVA, 2003, p. 17).

Para a autora, a diversidade enquanto modo de pensar e maneira de viver são substratos para superação do empobrecimento gerado a partir da monocultura das mentes. Nesse sentido, descaracterizar o conhecimento tradicional como saber válido é tornar a ciência moderna única forma de ciência, de pensar validamente. É, pois, o estabelecimento de uma monocultura da mente que coloca em risco a própria manutenção da biodiversidade, das culturas, dos povos, e do direito humano à vida (SHIVA, 2003, p. 19). O eurocentrismo é exatamente isso, uma ciência reducionista, uma pilhagem do conhecimento, um sistema de poder que desmantela a diversidade de saberes e da natureza, em prol de um sistema-mundo-global pautado em um padrão de poder racial e capitalista.

A força da colonialidade do poder, do capitalismo e desse eurocentrismo encontram respaldo nos instrumentos legais internacionais impostos pelo Norte Social em desfavor do Sul Social. O Acordo TRIP's quando emergiu em clara dissonância com a CDB, como visto no

subitem anterior, impôs aos países subdesenvolvido, dentre eles os da América Latina, um modelo de direitos de propriedade intelectual globalizante e que atendia aos interesses das grandes empresas dos países desenvolvidos.

A retirada de limites sobre o patenteamento de formas vivas pelo Artigo 27.b legitimou a espoliação dos saberes tradicionais e da biodiversidade associada, seja pela via legal ou pela biopirataria. Representando, ao final, uma ameaça a manutenção e ao equilíbrio da natureza e à vida. As notáveis controvérsias e injustiça fizeram com que inúmeros pedidos de revisão do artigo fossem solicitados pelos países do Sul Social, todos negados, inclusive aqueles que versavam sobre a necessidade do Acordo TRIPs se subordinar aos preceitos da CDB. Quanto a este último, Estados Unidos e Europa rejeitaram as propostas sob a alegação de que a OMC não poderia estar subordinada a outros acordos internacionais (SHIVA, 2005, p. 336).

Isso corrobora o que aqui se defende: no sentido de que o Acordo TRIP's e os direito de propriedade intelectual, sobretudo as patentes, são o instrumento do padrão de poder (colonialidade do poder, capitalismo, eurocentrismo) de nova versão colonizadora sob as vestes do neoliberalismo e da globalização para manutenção do sistema-mundo-global. Assim

> Quinhentos anos depois, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariff an Trade, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos princípes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresa transnacionais, apoiadas pelos governantes contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizadas do mundo ocidental.
> A criação da propriedade por meio da pirataria da riqueza alheia permanece a mesma de 500 anos atrás. (SHIVA, 2001, p.24)

A espoliação e monopolização, legitimada pelo Acordo Trips e pelos direitos de propriedade intelectual, dos saberes tradicionais e biodiversidade associada ocorre raramente pelas vias legais, tendo a predominância das práticas de biopirataria. A colonialidade está sendo exercida pela exploração das riquezas naturais e dos bens imateriais do continente. A gravidade da dominação se traduz por dados. Veja-se, por exemplo: os Estados Unidos, entre 1960 a 1982, obtiveram mais de 35 mil amostras de plantas medicinais, e aproximadamente três quartos das informações acerca dessas plantas são fornecidas pelos "terapeutas tradicionais" (SANTOS, MENESES, NUNES, 2005, p. 67). Em nível global, dos países subdesenvolvidos, entre o lapso temporal de 1985 e 2002, ainda nos Estados Unidos, houve o registro de 11.000 variedades de

plantas, das quais inúmeras secularmente cultivadas no México, Índia, Tailândia (HOERNER, 2007, p. 55).

O gráfico abaixo faz um levantamento quanto ao número de depósitos de patentes entre 1980 a 2006, no que tange a matérias biológicas, especialmente plantas medicinais, e pode-se notar um crescimento exponencial após a edição do Acordo TRIP's em 1994. Esses dados gráficos (Figura 1) foram realizados em um estudo por Wagner Siloto Hoerner em sua dissertação de mestrado, com base em levantamentos no banco de dados do Banco Europeu de Patentes:

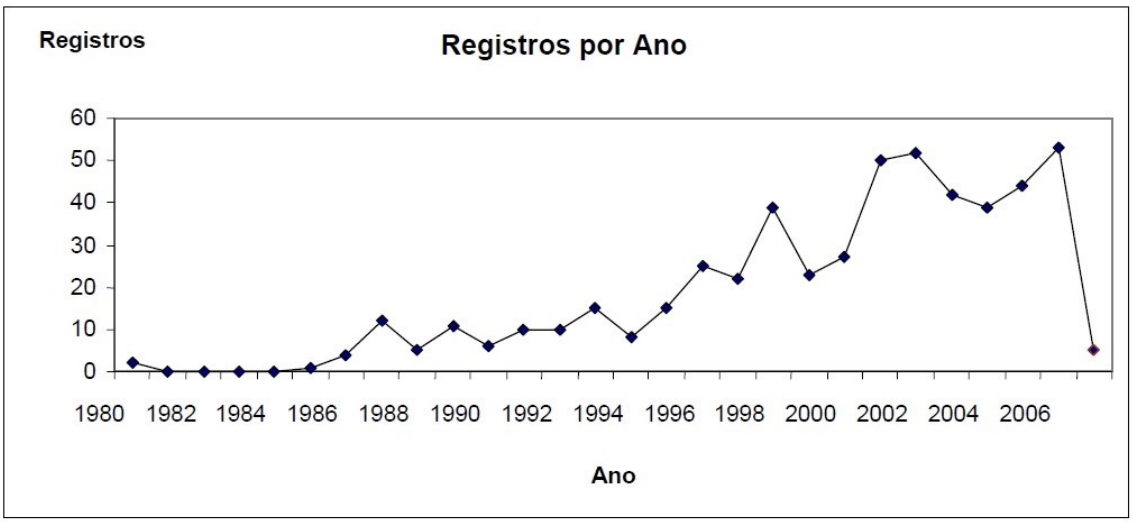

Figura 1. HOERNER, Wagner Siloto. América Latina e os recursos biológicos amazônicos: Pesquisas e patentes sobre plantas medicinais da Amazônia. Dissertação de Mestrado. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-10102012-171222/pt-br.

A difícil constatação é quantificar o número de patentes que são de origem legal, em conformidade com os trâmites legais das normas internacionais, e aqueles de origem da biopirataria, "talvez, o que mais evidencie a questão da biopirataria é a grande diferença entre o número de patentes de recursos biológicos e o número de pedidos de acesso a eles" (HOERNER, 2007, p 55).

O que se percebe é que o acordo TRIP's e os direitos de propriedade intelectual atendem aos interesses do Norte Social em evidente nova colonialidade, alicerçada nas prerrogativas do padrão de poder que emergiu quando da descoberta das Américas: critérios raciais – inferioridade (colonialidade do poder), capitalismo colonial/moderno, eurocentrismo hegemônico – ciência moderna válida. O sistema-mundo-moderno e a geografia do capitalismo se mantém adequada sob esses padrões, relegando ao Sul social a exploração, pobreza, fome, e ao Norte Social, a prosperidade, riqueza, lucros, modernização.

O ouro, a prata, gemas outrora levadas nos navios para a Europa, extraída pelo trabalho gratuito dos escravos e índios, agora representam os recursos biológicos, as células colocadas no bolso, na mala, extraída com base nos ensinamentos dos povos tradicionais que partem do solo do Sul social de avião para os laboratórios dos homens de branco, e em seguida, são monopolizados, como se seus fossem. E é por isso que salvaguardar saberes tradicionais e biodiversidade associada é uma necessidade premente, não só em razão da espoliação indevida desses recursos e bens imateriais de seus verdadeiros detentores, mas porque estão relacionados intimamente com a garantia aos direitos intergeracionais à vida, a diversidade biológica, e

> [...] a biodiversidade e os sistemas de conhecimento indígenas satisfazem as necessidades de milhões de pessoas, novos sistemas de patentes e de direitos de propriedade intelectual ameaçam apropriar-se destes recursos e processos de conhecimento vitais do Terceiro Mundo e convertê-los em monopólio vantajoso para as empresas do Norte. As patetes estão, por isso, no centro do novo colonialismo. (SHIVA, 2005, p.320)

Dessa forma é inegável que os direitos de propriedade intelectual e o Acordo TRIP's fazem parte do padrão de poder desse sistema-mundo-moderno conforme a teoria de Quijano aqui adotada, e como tal, engendra os três pilares da colonialidade: eurocentrismo hegemônico, capitalismo colonial/moderno e colonialidade do poder. Portanto, é cogente uma nova episteme da tutela dos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada a partir do reconhecimento e dos olhares desde o Sul, sob a ótica dos próprios povos tradicionais, suas peculiaridades e cosmovisões com intuito de empoderamento frente à apropriação indevida de seus conhecimentos e de suas riquezas.

Há, contudo, a necessidade de se pensar novos paradigmas de proteção para esses conhecimentos e biodiversidade aptos a empoderar as comunidades locais, tendo em vista que "a ausência de instrumentos jurídicos adequados tem favorecido a ocorrência da biopirataria, deixando vulnerável o acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados a ela" (DE GREGORI, 2013, p. 143). E mais,

> O que se coloca com essa observação é o problema da imposição de um sistema jurídico em que se leva em conta a apropriação individual da propriedade conforme cânones da ordem liberal, impossível de ser aplicado aos povos indígenas, pois na sua visão de mundo, ao conceber suas sociedades, só admitem a propriedade no sentido coletivo. (ARAÚJO, 2013, p.280)

Em que pese isso, e tudo que se trouxe até aqui, evidenciando o Acordo Trips e os direitos de propriedade intelectual como instrumentos de colonialidade, os quais relegam ao Sul Social a exploração, a pobreza, a fome, e atende aos interesses do Norte Social sob os cânones

do neoliberalismo e do padrão de poder do sistema-mundo-moderno, nos debates internacionais, o sistema de patentes disposto do Acordo TRIP's ainda tem sido defendido como meio mais apto para tutelar os conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada. Entretanto, é evidente que tal discussão novamente está arraigada aos interesses capitalistas. Assim, no subcapítulo derradeiro, buscar-se-á evidenciar as razão pelas quais o Acordo Trips, sobretudo as patentes, são impróprias para a salvaguarda desses bens, e, também, as razões pelas quais a CDB é ineficiente para os mesmos fins.

1.3 LIMBO JURÍDICO DE SALVAGUARDA DOS SABERES TRADICIONAIS E BIODIVERSIDADE ASSOCIADA: ineficiência da CDB versus impossibilidade do Acordo TRIPs e Direiros de Propriedade Intelectual

Em certa passagem, Vandana Shiva afirma que a

> Violência e pilhagem como instrumentos de geração de riqueza são essenciais à colonização da natureza e dos nossos corpos por meio das novas tecnologias. Os que são explorados tornam-se criminosos, os que exploram reivindicam proteção. O Norte tem que ser protegido do Sul para poder continuar seu roubo ininterrupto da diversidade genética do Terceiro Mundo (SHIVA, 2001, p. 81).

Essa passagem inaugural remete ao que anteriormente defendia-se e ao que se pretende demonstrar nas próximas linhas: O Acordo TRIP's e os Direitos de Propriedade Intelectual (DIP) como instrumentos de proteção dos interesses do Norte desenvolvido, em desfavor da tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada do Sul subdesenvolvido, sobretudo América Latina - muito embora este diploma tenha sido suscitado como via de salvaguarda. Igualmente, propõe-se evidenciar a ineficiência da CDB para iguais fins.

Como visto no subitem primeiro deste capítulo, a Convenção sobre a Diversidade Biológica surge com objetivos de conservação da diversidade biológica, uso sustentável dos seus recursos, bem como traz a previsão da justa e equitativa repartição dos benefícios decorrentes da utilização desses recursos genéticos. Ainda prevê a valorização, preservação e a intrínseca relação das comunidades tradicionais com manutenção e sustentabilidade da biodiversidade.

De outro lado, a CDB tem como escopo reduzir essa desigualdade e equilibrar as forças entre os países detentores dos recursos da biodiversidade e países detentores da biotecnologia, ou seja, países subdesenvolvidos *versus* países desenvolvidos, prescrevendo a soberania estatal

sobre os recursos biogenéticos e saberes tradicionais do território, a necessidade de consentimento prévio dos países de origem dos recursos, e a repartição dos benefícios gerados pelas atividades de bioprospecção, transferência de tecnologias, princípios de cooperação, livre intercâmbio de informação. Entretanto, diversos aspectos devem ser levados em conta e evidenciam a ineficiência de tutela da biodiversidade e saberes tradicionais pela CDB, mantendo um padrão de colonialidade do sistema-mundo-moderno.

Nesse sentido, quando a CDB estabelece no artigo 15 que o Estado é o único titular do direito de permitir o acesso aos recursos do seu território exclui do polo ativo as comunidades tradicionais, e, por conseguinte o seu direito ao consentimento prévio, livre e informado sobre o acesso aos recursos genéticos sob seu poder e de dirimir e decidir a respeito das questões de utilização de seus saberes. A Convenção os inclui no polo ativo do direito de dispor de seus direitos tão somente no artigo 8.j, de forma que, em uma interpretação mais atenta, é faculdade do Estado em legislação própria incorporar o consentimento e aprovação das comunidades tradicionais sobre o acesso aos recursos genéticos e saberes tradicionais. Sem entraves ao debate a professora e pesquisadora francesa Marie-Angèle Hermitter, se referindo ao contexto da preservação *in situ* da CDB, afirma

> É neste contexto, e neste único contexto, que o Estado é convidado a preservar os "conhecimentos, inovações e práticas" das comunidades. Por serem potencialmente favoráveis à conservação e utilização sustentável da diversidade, é sugerido "favorecer a aplicação em grande escala", com "o consentimento e a participação dos depositários destes conhecimentos, inovações e práticas", assim como uma repartição justa dos benefícios obtidos. (HERMITTER, 2004, p.07)

A repartição justa e equitativa dos benefícios obtidos em razão do uso dos recursos da biodiversidade e saberes tradicionais é outro critério que desponta a tornar-se um problema. A CDB logo no objetivo primeiro do seu texto estabelece esse critério através do direito de acesso adequado aos recursos genéticos e/ou transferência adequada de tecnologia mediante financiamento adequado. Em uma visão mais atenta sobre esse preceito, em que pese o objetivo de contraprestação pela utilização dos recursos e em favor de desenvolver os países que cederam tais bens, é notável uma relação de subserviência e colonialidade, e que em nada pode contribuir para salvaguardar saberes tradicionais e biodiversidade associada. Ora, se o sistema-mundo-global é hoje um sistema em que o poder é vinculado informação e a tecnologia, não parece razoável, tampouco crível, que o Norte desenvolvido há de ceder tecnologias de ponta e adequadas e acesso a informações dos recursos genéticos ao Sul a fim de que esses possam se desenvolver e promover a adequada sustentabilidade desses recursos.

Dominar informações/saberes, matérias-primas e tecnologias são fatores de competitividade indispensáveis ao mercado capitalistas. Tornar desenvolvidos os países que abastecem suas economias com matéria prima de biodiversidade e saberes tradicionais, absolutamente, não é um objetivo do Norte Social. Aliás, isso vai de encontro com os interesses capitalistas neoliberais, eurocêntricos e coloniais do padrão de poder hegemônico do Norte Social. A utopia da repartição justa e equitativa dos benefícios advindos dos usos dos recursos da biodiversidade e dos saberes tradicionais estabelecida pela CDB apenas fomenta o aparato do sistema-mundo-global, inserto na globalização e mantém o Sul social sob a cegueira da falsa ideia da contraprestação. Quanto maiores as linhas abissais entre Norte desenvolvido e Sul subdesenvolvido ou centro-periferia, mais favoráveis ao sistema-mundo-moderno.

De outra banda, ainda, é salutar mencionar que as tecnologias em sua maioria não estão sequer preocupadas com as questões de preservação da diversidade, das culturas e da sustentabilidade, mas tão somente com a rentabilidade para fins capitalistas, de modo que, Ana Flávia Platinai menciona que a questão perpassa não somente por uma transferência de tecnologias, mas também por uma capacitação institucional, no sentido de efetivação do objetivo da CDB, afirmando que

> Ao menos são claros os princípios e as demandas dos Estados interessados. No entanto, como a tecnologia é um dos fatores de competitividade na sociedade da informação, e grande parte da tecnologia de ponta pertence ao setor privado, o papel das autoridades públicas encontra-se comprometido com atores cujos interesses imediatos estão longe do princípio de desenvolvimento sustentável que norteia a doutrina jurídica internacional e a proteção dos interesses vitais da humanidade. Consequentemente, o desafio não é apenas a concepção de mecanismos de transferências de tecnologias mais eficientes, mas sim uma capacitação institucional [...]. (PLATINAU, 2004, p.305-306)

Marcelo Dias Varella leciona que a repartição de benefícios pode-se dar, no âmbito da celebração contratual entre os Estados-partes de várias formas, não necessariamente pela transferência de tecnologias e/ou acesso às informações dos recursos da (sócio)biodiversidade cedida, podendo ser a contraprestação feita em pagamento monetário, construção de infra-estrutura, equipamentos, benefícios em espécie, pesquisas sobre enfermidades locais, partilha de *royalties*, dentre outros (2004, p. 121-122). Entretanto, ao que importa a repartição de benefícios, questiona-se, em que sentido beneficia-se as comunidades tradicionais? Que tipo de benefícios importam para esses povos? De que forma esses benefícios contribuem para tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada?

Talvez a melhor percepção para que se possa pensar uma resposta para tais questionamentos vem na seguinte conclusão de SANTOS, MENESES e NUNES: “Os maiores

beneficiários dessa relação, descrita pelos seus critérios como colonial, entre ciência e os saberes indígenas ou locais têm sido, seguramente, as empresas transnacionais da indústria farmacêutica e agroquímica" (2005, p. 68). Seguramente porque a repartição de benefícios está intimamente ligada ao instrumento jurídico de propriedade intelectual, especificamente, as patentes disciplinadas pelo Acordo Trips, que será dissecado posteriormente.

É por intermédio desse patenteamento que as empresas detentoras da biotecnologia passam o conhecimento tradicional e a biodiversidade associada já modificada, aperfeiçoada, transformada, "cientificada", de uma propriedade coletiva para a propriedade individual. Que, aliás, é mais uma expressão do sistema capitalista que visa a produção de valor econômico sobre a produção de conhecimento, que como trata a autora Patrícia Del Nero, sobre propriedade intelectual "[...] o seu desenvolvimento no âmbito da economia pós-industrial parece supor a expropriação ou 'apropriação antecipada' da própria capacidade intelectual e criativa dos trabalhadores, sobretudo os trabalhadores especializados e os cientistas" (2004, p.40)

Outra questão que merece uma análise crítica são os objetivos de cooperação entre as partes contratantes disposto em diversos artigos da CDB. Importa dizer que cooperação pressupõe um acordo de vontades advindos de um processo de negociação, em que as partes colaboram para que os objetivos de ambas sejam alcançados (NASCIMENTO, 2012, p. 113), em uma seara em que ambas possuem perdas e ganhos, trocas mútuas. Nesse ínterim, o objeto da negociação que se faz aqui presente nesse processo de cooperação é ceder biodiversidade e saberes tradicionais em contrapartida de benefícios e tecnologias com todos os vieses que já foram mencionados anteriormente. Essa negociação se perfectibiliza entre Estados partes, e adotar o consentimento prévio, livre e fundamentado das comunidades tradicionais é faculdade do Estado de origem. O primeiro aspecto que se retira desse objetivo de cooperação é que dele decorre a mercadorização dos saberes tradicionais e da biodiversidade associada. Isso implica que os interesses são meramente capitalistas e desenvolvimentistas, e não resguardam qualquer preocupação de tutela e preservação.

O segundo aspecto é que, os objetivos de cooperação dispostos da CDB direcionam exatamente à preservação da sustentabilidade, diversidade, e povos tradicionais e suas culturas, bem como a cooperação para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento com objetivos claros de erradicação da fome, pobreza, etc. Entretanto, é necessário atentar-se ao fato que de que os princípios de cooperação internacional são alicerçados sobre os fundamentos de uma interdependência entre Estados parte, e que existe uma linha muito tênue entre interdependência e a dependência.

Na verdade, Danilo Lovisaro Nascimento afirma que a interdependencia é uma teoria elaborada por países centrais com escopo de negar a dependência e deve ser examinada com uma perspectiva crítica. Isso porque, Nascimento utilizando-se de Kinoshita e Tânia Mota " a dependência é uma leitura a partir dos 'dominados' e que explica o 'subdesenvolvimento' como consequência direta e proporcional da manutenção do desenvolvimento" (NASCIMENTO, 2012, p. 109). Nesse sentido, o autor utiliza-se de Keohane para afirmar que a cooperação é a reação ao conflito ou ao potencial conflito das políticas dos atores envolvidos, onde não há harmonia. (NASCIMENTO, 2012, p. 111) São as assimetrias que permitem a cooperação, com perdas e ganhos para ambas as partes. Assim, Nascimento, citando Patrícia Alves, observa que

> [...] se o grau de assimetria na relação de interdependência for muito acentuado é provável que se tenha não mais uma relação de interdependência, mas de dependência. Por isso, é extremamente necessário que se tenha especial atenção quanto às assimetrias que existem nas relações internacionais, pois se por um lado é esse desequilíbrio que gera um espaço para o conflito e também para atitudes concretas de cooperação, por outro lado, a assimetria entre os atores não pode ser a tal ponto desigual que um dos envolvidos não tire benefícios dessa relação (NASCIMENTO, 2012, p. 111).

Em igual sentido André Bezerra Meireles afirma que "nenhum dos envolvidos, contudo, pode deixar de ganhar, não podendo haver uma perda total de seus objetivos, sob o risco de se transformar em uma relação de dependência" (2003, p. 340). Ao que parece os objetivos de cooperação dispostos da CDB obedecem uma ótica de dependência e não de interdependência. As assimetrias dessas relações são tão abissais que é utópico se falar em trocas mútuas e perdas e ganhos em iguais proporções entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

O Sul Social está sendo espoliado da sua biodiversidade e de seus saberes tradicionais em contraprestação de benefícios pífios e tecnologias sucateadas do Norte Social, isso sem falar da biopirataria que qualquer contraprestação há. De outro lado, o Norte social, segue alavancando sua riqueza com base na manutenção da subserviência do Sul social aos seus interesses. Os objetivos de cooperação para preservação e sustentabilidade da biodiversidade e saberes e povos tradicionais, e desenvolvimento dos países subdesenvolvidos são, na verdade, *standards* que ofuscam a capacidade de percepção dos reais objetivos: o capitalismo neoliberal, a mercadorização dos saberes tradicionais e biodiversidade, em suma: da colonialidade. Não há cooperação, não há interdependência. Há dependência, colonialidade e subserviência do Sul Social ao Norte Social. Mais uma razão posta da ineficiência da CDB em tutelar os saberes tradicionais e biodiversidade associada.

Ainda, a falácia do livre intercâmbio de informações trazido pela CDB merece criticidade e amplitude de compreensão. Como já mencionado, no sistema-mundo-moderno da globalização, informação/saber representa poder e domínio de mercados. Nesse sentido, merece atenção os critérios de base do eurocentrismo, a segurança da informação e a informação seletiva, do Norte para o Sul, que impõe a situação de colonialidade perpétua e, além disso, a extinção da diversidade biológica e de saberes, no que Shiva chamava de monoculturas mentais, ou pilhagem do conhecimento.

O domínio por informações acerca de condições ambientais, recursos da biodiversidade, saberes tradicionais, etc., destinados ao aproveitamento econômico-capitalista é o que constitui a disputa político-econômica internacional e o objeto de patenteamento sob os cânones do cientificismo eurocêntrico. O livre intercâmbio de informações é incompatível com os anseios do Norte Social, de modo que este se configura em mais um mecanismo de subalternização do Sul social. Isso porque, as informações obtidas com base nos recursos da biodiversidade e saberes tradicionais do Sul Social, são seletivamente partilhadas, e sob o viés eurocêntrico da ciência moderna.

Não informar o Sul Social é manter o padrão de poder de dominação, e ainda, impor o eurocentrismo hegemônico como única forma de saber válido: o saber tradicional, ou melhor a diversidade de saberes e culturas subsume-se ao único saber dominante da ciência moderna. A falácia do livre intercâmbio de informações entre as partes, disposto na Convenção sobre a Diversidade Biológica, em nada tem a contribuir para salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, consubstanciando-se tão somente em mais um mecanismo que mantém a cegueira do Sul social em relação a sua condição de subalternos aos interesses do Norte Social.

Outrossim, em que pese reconheça expressamente a relevância dos conhecimentos tradicionais na conservação da biodiversidade, a CDB é omissa quanto aos direitos de propriedade coletiva dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos. Isso porque, conforme De Gregori, deixa de reconhecer o direito de propriedade coletiva sobre os mesmos, fragilizando-os, em razão de que a tutela jurídica desses conhecimentos não se encontra elencada nas modalidades de propriedade intelectual das normas do sistema internacional (2013, p.158).

Em uma análise superficial da CDB é perfeitamente possível inferir que ela é favorável aos países subdesenvolvidos, quando prevê a contraprestação pelo uso da biodiversidade e saberes tradicionais desses países pelos países desenvolvidos (sem, contudo, levar em conta a biopirataria), com claros objetivos de além de preservar a biodiversidade e a sustentabilidade,

o reconhecimento e valorização das comunidades e saberes tradicionais, também, com vistas a redução das assimetrias entre Norte Social e Sul Social. Em que pese essa previsão com objetivo de minimização das desigualdades, a Convenção ainda é frágil quando se trata de disciplinar os possíveis conflitos que podem emanar dessas relações, não prevendo mecanismos de sanção, tampouco, de coerção ao seu cumprimento, e até mesmo de coibição quanto a apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade associada – biopirataria. Platiau afirma que o acesso à justiça e a solução de controvérsia entre os *stakeholders* (fornecedores e utilizadores) é mais um desafio nesse cenário (2004, p.306).

Quando de uma análise mais profunda e crítica dos aspectos da CDB, percebe-se que até suas supostas boas intenções desvelam-se desfavoráveis ao Sul social, e ineficientes para tutelar os saberes tradicionais e biodiversidade associada, desnudando-se instrumentos de perpetuação das condições de colonialidade, eurocentrismo, capitalismo. As linhas abissais[5] das assimetrias entre e Norte e Sul Social permanecem acentuadas, e estes subsumidos aos interesses daqueles.

Nessa empreitada, o Norte social insatisfeito com os ditames da CDB que parcialmente atendia seus interesses ou não atendia diretamente seus interesses, levou as discussões até o surgimento do Acordo Trips, como visto no subitem inaugural deste capítulo. Este acordo globaliza os direitos de propriedade intelectual a partir de um modelo euro-americano imposto aos países subdesenvolvidos. O que importa aos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada é que este acordo em seu artigo 27.b permitiu o patenteamento de todas as formas de

---

[5] Para Boaentura de Souza Santos, há séculos o mundo tem sido dividido em linhas abissais, as quais consistem em linhas invisíveis, traçadas unilateralmente, com o bjetivo de expressar as dicotomias e disparidades daqueles que estão de um lado da linha, e daqueles que estão do outro lado. As linhas abissais são responsáveis por ditar e segregar o que é considerado útil do inútil, válido do não válido, legal do ilegal. Para Santos, as linhas abissais insidem sobre o campo epistemológico do conhecimento, afirmando e selecionando quais saberes são válidos sob as perspectivas hegemônicas, daqueles não válidos. Também insidem sob o campo do direito/jurídico, ditando o que é legal, e o que é ilegal. A visibilidade das formas hegemônicas assenta sobre a invisibilidade das linhas abissais. O produto é, conforme o autor "uma cartografia moderna atual: a cartografia jurídica e a cartografia epistemológica. O outro lado da linha abissal é um universo que se estende para além da legalidade e ilegalidade, para além da verdade e da falsidade. Juntas, estas formas de negação radical produzem uma ausência radical, a ausência de humanidade, a sub-humanidade moderna. Assim a exclusão torna-se simultaneamente radical e inexistente, uma vez que seres sub-humanos não são considerados sequer candidatos à inclusão social. A humanidade moderna não se concebe sem uma sub-humanidade moderna. A negação de uma parte da humanidade é sacrificial, na medida em que constitui a condição para a outra parte da humanidade se afirmar enquanto universal. [...] O pensamento moderno ocidental continua a operar mediante linhas abissais que dividem o mundo humano do sub-humano, de tal forma que princípios de humanidade não são postos em causa por práticas desumanas. As colônias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial. Hoje, como então, a criação e ao mesmo tempo a negação do outro lado da linha fazem parte integrante de princípios e práticas hegemônicos" (SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org); MENESES, Maria Paula. Epistemologias do Sul. São Paulo, Cortez: 2010, p.38-39)

vida. A partir de então é possível o patenteamento – monopólio – de saberes tradicionais e biodiversidade associada pelas empresas da biotecnologia do Norte Social, tolhendo direitos das comunidades tradicionais, e não só, como passou a legitimar as práticas de biopirataria.

O que há de mais controverso nessa questão é que quando se pretende discutir formas e instrumentos jurídicos de salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a fim de se preservar os direitos intergeracionais a vida, se suscita o próprio Acordo Trips e o instrumento das patentes como forma de tutela. Ora, não demanda muito esforço para perceber a incapacidade desses instrumentos para esses fins e os interesses que permeiam tal proposição no cenário global.

Nesse sentido, a atribuição de valor econômico aos saberes permeia a sociedade da informação e compreende o critério do domínio da informação como poder. Isso inclui os saberes tradicionais sob uma ótica do eurocentrismo hegemônico. Assim para SANTOS, MENESES e NUNES na ciência moderna os conhecimentos medicinais tradicionais, o conhecimento prático local tem importância relativa e só pode ter algum significado se for apropriado e transformado pelo saber científico, que uma vez dotado de valor, o saber, transforma-se em mercadoria, passando a pertencer a uma outra categoria de conhecimento moderno, podendo ser, inclusive, privatizado. Seguem afirmando os autores que "a prospecção e a mercantilização da vida tornam-se, assim, um dos mais importantes campos de apropriação de conhecimento da atualidade. O Sul, como foi já referido, é hoje considerado um reservatório de biodiversidade que só recentemente começou a ser conhecido pelas instituições científicas do Norte. " (2005, p.67).

Nesta senda, os países detentores de biodiversidade representam um reservatório a ser explorado pelo mercado capitalista das empresas transnacionais dos países economicamente mais desenvolvidos. Diante a relevância que os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade possuem na seara da biotecnologia, e da problemática da biopirataria, é premente uma tutela efetiva a esses conhecimentos, posto que, nesse cenário, o conhecimento passa a ser mercadoria, e para se garantir direitos exploratórios sobre essas mercadorias a propriedade intelectual, especialmente as patentes a partir do Acordo Trips, passa a exercer fundamental papel.

Assim, a apropriação dos conhecimentos tradicionais legitimadamente por intermédio das patentes é justificada pela aparência e o discurso da proteção, tal qual a epígrafe que inaugura esse subitem de Shiva. Entretanto, o atual sistema patentário tem a função de proteger os direitos de uso exclusivo dos dominadores da ciência, e, excluem, colocando à margem os povos tradicionais, seus conhecimentos e a biodiversidade associada. Isso porque o alargamento do sistema de patentes pelo Acordo TRIPs veio a atender os interesses dos países ricos e das

indústrias transnacionais, que impuseram sua vontade aos países em desenvolvimento. Na modernidade globalizada, a dominação do mercado e, portanto, do conhecimento e dos recursos é medida que se impõe. Nesse contexto, o sistema de patentes é a forma de garantia, principalmente de lucros e autoria, a "chave mestra" do poder.

Dominar as fontes dos recursos, conhecimentos e matéria-prima é objetivo maior na corrida por mercados. Como visto no subitem anterior, aos países do Sul social, sobretudo América Latina, e detentores da biodiversidade, dessas riquezas, e dos conhecimentos tradicionais, restou, mais uma vez, uma nova colonização. O Acordo Trips e as patentes são novas facetas do padrão de poder que emergiu da descoberta das Américas, e exercem papel fulcral no cenário hodierno:

> [...] as "patentes" têm sido cobertas pelo rótulo mais amplo de "propriedade intelectual" ou "propriedade dos produtos da mente". Tal como as terras que se reivindicava terem sido "descobertas" eram tratadas como *terra nullis* ou terras desocupadas apenas porque não eram habitadas pelos brancos da Europa, apesar de serem habitadas pelos povos indígenas, o conhecimento que se reivindica ter sido "inventado", e é, por isso, "patenteado" e convertido em "propriedade intelectual", é frequentemente uma inovação já existente nos sistemas de conhecimento das comunidades indígenas.
> A reivindicação da invenção, tal como a do descobrimento nas cartas patentes da conquista colonial, é a justificação para obter o controle dos sistemas de mercado e dos sistemas econômicos através de regimes globalizados de patentes. Sob a capa da remuneração da inventividade esconde-se o objetivo real – controle sobre a economia global. (SHIVA, 2005, p. 322)

Em que pese a realidade posta, é esse o instrumento jurídico que tem sido sugerido pela comunidade internacional para tutelar as comunidades tradicionais, seus saberes e a biodiversidade associada. Em verdade as normas de propriedade intelectual, integrada pelo sistema de patentes do Acordo TRIPs, defendida como instrumento principal de tutela, se mostra incompatível e impossível ao fim a que se propõe colocando à margem os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade associada.

Por esta via jurídica legal, extraindo-se a hipótese da biopirataria, os instrumentos de propriedade intelectual, especificamente as patentes, permitem que as transnacionais se apropriem dos conhecimentos tradicionais e dos recursos biogenéticos, com consentimento dos países de origem e dos povos nativos, mediante transferência de recursos ou tecnologias. Assim, levam esses recursos aos processos de industrialização e "cientifização" com o posterior depósito da patente através da novidade ou inventividade, de algo que na essência já preexistia e já pertencia a comunidade nativa.

Nesse processo, vale lembrar que a única contraprestação é aquela disciplinada pela CDB, benefícios ou transferência de tecnologias, não havendo menção a origem do recurso genético e a autoria do saber tradicional que embasou a pesquisa, importando o produto final e a empresa da biotecnologia responsável final pelo seu desenvolvimento. O patenteamento do produto ou do processo final, impõe às comunidades tradicionais uma imposição negativa ao direito de usar, usufruir e dispor de seus saberes e biodiversidade associada. Nesse sentido, De Gregori é enfática ao afirmar que "o atual sistema patentário é impróprio para assegurar a necessária proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, porque exclui a participação das comunidades locais detentoras do conhecimento, privando-as daquilo que, originariamente por direito era seu. "(2013, p.164).

Nesse cenário, a propriedade coletiva, de uso comum de todos, passa a pertencer a um indivíduo determinado. Ademais, "pode-se afirmar, portanto, que o sistema é extremamente injusto ao permitir o monopólio capitalista sobre recursos naturais vivos que retira a possibilidade de as comunidades locais continuarem a fazer uso pelo efeito da exclusividade gerado pelo patenteamento" (DE GREGORI, 2013, p. 163). Ana Flávia Platiau afirma que os países detentores da diversidade biológica – e dos saberes tradicionais – militam de maneira "difusa e ineficaz" para que a propriedade intelectual imponha o dever de divulgação da procedência daquele recurso como condição de obtenção da patente (PLATIAU, 2004, p.305). O que influiria reflexamente no controle da biopirataria.

Aliás, o patenteamento de saberes tradicionais e biodiversidade por intermédio das práticas de biopirataria, alavancado pelo Acordo Trips, é, indubitavelmente o que predomina nesse cenário. É assim que as patentes, pela roupagem da propriedade intelectual, se apropriam dos conhecimentos dos povos nativos. Na verdade, na sua essência os instrumentos de propriedade intelectual, e as patentes, foram "concebidos para proteger inovações desenvolvidas pela ciência ocidental, e para atender especialmente as necessidades das sociedades industriais, os direitos da propriedade intelectual têm permitido a apropriação privada de produtos e processos gerados de forma coletiva" (SANTILLI, 2005, p.205).

E, além disso, é por meio desse sistema que

> [...] produtos e processos desenvolvidos com base em recursos coletados nos países biodiversos, e mediante a utilização de conhecimentos gerados por comunidades locais, caem no domínio privado e exclusivo dos detentores dos direitos de propriedade intelectual, que são em geral empresas multinacionais da área biotecnológica. (SANTILLI, 2005, p. 206)

Graham Dutfield afirma que o principal argumento daqueles que defendem ferrenhamente o instituto das patentes é que estas proporcionam direitos exclusivos que conferem mercados para estas coisas, no caso, informações valiosas em forma de invenções para serem operadas onde elas de outra forma não conseguiriam. O autor, utilizando-se de Paulo Geroski afirma que as patentes criam um mercado para o conhecimento, por intermédio da atribuição de direitos de propriedade aos inventores, o que acarretará a máxima difusão desse conhecimento, tornando-o público, trazendo inúmeros benefícios. Mas na prática, afirma o autor, as comunidades indígenas tendem a não usufruir das benesses desses direitos de propriedade intelectual sobre seus conhecimentos tão valiosos, o que retrata uma questão de injustiça social. (2004, p. 65-67). Em sentido semelhante Shiva afirma que "[...] as patentes não são necessárias para gerar um clima de invenção e criatividade. Elas são mais importantes como ferramenta de controle de mercado" (2001, p.36). Ao fim, tudo leva ao objetivo único: a colonialidade e subjugação do Sul Social aos interesses capitalistas do Norte Social.

O outro prisma dos sistemas de patentes reside na discussão acerca da possibilidade de tutelar os conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada a eles através do Acordo Trips e o instituto patentário aplicados diretamente às suas especificidades. No que se refere a isso, percebe-se que a contenda esbarra nos elementos centrais da configuração da própria vertente do que configura a patente trazida pelo Acordo TRIPs.

O instrumento de patentes está imerso no direito de propriedade intelectual globalizado pelo Acordo Trips, e assim foi criado para satisfazer os interesses econômicos do Norte Social e cânones do sistema-mundo-moderno e do padrão de poder alicerçado sobre os eixos da colonialidade do poder, capitalismo colonial/moderno (neoliberal) e eurocentrismo hegemônico, vistos no subitem anterior. Sendo assim, para sua concessão é preciso perfectibilizar alguns requisitos, tais como, inventividade, novidade, aplicação industrial, dentre outros.

A impossibilidade da proteção via regime de patentes dos saberes tradicionais e biodiversidade associada dá-se em razão dos aspectos seguintes: em regra, o sistema de patentes confere o monopólio sob determinado produto ou processo a um indivíduo determinado, ao passo que os conhecimentos tradicionais são produzidos coletivamente e passados de geração em geração. Portanto, pertence e é produzido por uma coletividade, e é elemento identitário de determinado grupo de pessoas.

Conceder o direito de propriedade a um indivíduo apenas, rompe exatamente com a própria essência do que são conhecimentos tradicionais, e, para além, com o processo e a ideia identitária do grupo. Ainda que se pense na possibilidade das patentes coletivas, essas também

são impróprias, pois seus detentores são indivíduos determinados em forma de coautoria, e os saberes tradicionais são conhecimentos produzidos e passados intergeracionalmente sem ser possível identificar o momento em que determinado conhecimento foi produzido ou gerado e por quais membros. Santilli utilizando-se de Manuela Carneiro afirma que

> O sistema de patentes prejudica o modo como se produzem e usam os conhecimentos tradicionais, e não é possível usar, para proteger os conhecimentos tradicionais, os mesmos mecanismos que protegem a inovação nos países industrializados, sob pena de destruir o que se queria conservar. Afinal o que é "tradicional" no conhecimento tradicional não é sua antiguidade, mas o modo como é adquirido e usado, pois muitos desses conhecimentos são de fato recentes [...] (SANTILLI, 2005, p. 212)

Outrossim, como se verificou no disposto no Acordo TRIPs, um dos requisitos essenciais para uma matéria ser patenteável é a necessidade de aplicabilidade industrial, pois como visto, na modernidade o conhecimento válido é aquele que está à serviço da produção econômica, ou seja, aquele que é possível de se atribuir valor. Esse requisito não é possível de ser verificado diretamente em todos os conhecimentos tradicionais. Ao revés, os conhecimentos tradicionais "*in natura*", em sua maioria não possuem aplicabilidade imediata, mas possuem potencialidade para desenvolver produtos e processos que sejam dotados de tal característica.

Aliás, essa é exatamente uma das justificativa para considerar os conhecimentos tradicionais como conhecimentos não científicos, e, portanto, não válidos pela ciência moderna (eurocentrismo), mas, passível de apropriação e lucratividade, transformando-os em simples mercadorias ou *commodities* passíveis de negociação no mercado, o que subverte a lógica da produção desses conhecimentos. Shiva afirma que para os direitos de propriedade intelectual os conhecimentos e inovações são reconhecidos apenas quando geram lucro e não quando satisfazem as necessidades sociais. Quer dizer, o conhecimento ou inovação deve ter potencialidade industrial, no sentido de que, para a autora, a criatividade passa a ter o único sentido de produção de lucro e acumulação de capital (2001, p. 32). A valoração econômica, e transformação de tudo quanto possa em mercadoria, está inserta no sistema-mundo-moderno e no padrão de poder, cujo eixo capitalismo colonial/moderno está expresso.

Quanto ao requisito novidade ou inovação, este é ponto controverso. Os saberes tradicionais são produzidos coletivamente e transmitidos intergeracionalmente no tempo, não sendo possível inferir uma caracterização de novidade ou inovação sob essa perspectiva, e, portanto, não poderia ser protegido pelo instrumento das patentes. De outro lado, quando apropriados, juntamente com a biodiversidade, legalmente ou ilegalmente pelos setores das biotecnologias do Norte Social ao passar por manipulações, aperfeiçoamento, processamento, passa a ser dotado da qualidade de novidade ou inovação e passível de tutela por patentes. Ora,

a base que ensejou a suposta novidade ou invenção, era pré-existente, de domínio público, produzido coletivamente pelas comunidades locais, e detém relação imprescindível com a biodiversidade. Dutfield retrará essa situação em linhas simples, mas que evidenciarão o que se pretende demonstrar por conseguinte

> Um extrato ou mistura de extrato de planta ou animal, de que um grupo indígena conhece uma característica benéfica, não pode ser patenteado por não ser uma novidade. Entretanto, a façanha de ser o primeiro a explicar a eficácia do extrato por meio de alguns testes, a descrever seu modo de ação na linguagem da Química, ou mesmo a simplesmente fazer uma modesta modificação na mistura, parece suficiente, em algumas jurisdições, para merecer o prêmio de uma patente. É comum essas patentes não fazerem referência alguma ao conhecimento tradicional relevante (por exemplo, a patente da *hoodia*) ou simplesmente o mencionarem superficialmente como se fosse de pouca importância (por exemplo, a patente do açafrão). Nessas circunstâncias, realmente não surpreende que os grupos indígenas considerem o sistema de patentes explorador e predatório. (DUTFIEL, 2004, p. 77)

A questão central é que não se pode tutelar saberes tradicionais e biodiversidade associada por meio do instituto das patentes dos direitos de propriedade intelectual globalizados pelo Acordo Trips, visto que são impossíveis para tal fim. Esse instrumento está a serviço única e exclusivamente do padrão de poder do sistema-mundo-moderno e sua tríade de eixos: colonialidade do poder, capitalismo colonial/moderno/neoliberal e eurocentrismo.

Nesse sistema, não se reconhece direitos e propriedade coletiva, porque os direitos são individuais, e o monopólio garante a propriedade privada individual sobre bens e recursos, base para o capitalismo se desenvolver. Não se pode considerar novidade ou inventividade ao saber tradicional porque impera o critério raça (colonialidade do poder): são conhecimentos produzidos por povos inferiores, e portanto, saberes não-científivos, inválidos. E pelos mesmos critérios, não possuem aplicação industrial. Mas pelo capitalismo colonial/moderno/neoliberal saberes tradicionais e biodiversidade associada são mercadoria e *comodities* para o Norte Social, que tem o poder de transformá-los em algo de valor para o mundo.

Assim, de todo o que aqui se evidencio, resta claro que tanto a Convenção sobre a Diversidade Biológica, quando o Acordo Trips e os Direitos de Propriedade Intelectual, especificamente as patentes, são instrumentos incapazes e impróprios para salvaguardas saberes tradicionais e biodiversidade associada. Além disso, buscou-se evidenciar, que em maior ou menor medida ambos os instrumentos carregam o vínculo com o padrão de poder do sistema-mundo-global, em uma perspectiva de colonialidade e subalternização do Sul Social, especialmente América Latina, aos interesses do Norte Social.

Por fim, frente a essa realidade imposta, é cogente uma nova episteme para a tutela dos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada. Imbuído desse objetivo é que nos

próximos capítulos discorrer-se-á acerca do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador a fim de buscar elementos capazes de fundamentar um diálogo e fomentar um instrumento de tutela a partir das perspectivas e realidades do Sul Social.

2 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SABERES TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE: diálogos para uma possível tutela.

2.1 DIGRESSÕES HISTÓRICAS DESDE O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO DE BASES EUROPEIAS PARA A COMPREENSÃO DO MOVIMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O Direito perpassa pela história da civilização desde seus primórdios, pelo que formas de convívio social e regramentos podem ser vislumbrados desde a pré-história. Em que pese sua conformação seja distinta da atual, é inegável a existência de um Direito que norteia as relações sociais e de poder nas diversas sociedades e tempos históricos. A peculiaridade do amoldamento desses regramentos em um documento escrito – a Constituição (como o conjunto de normas), remete à modernidade, a qual teve como precursora a Carta Constitucional americana de 1787, seguida pela Constituição francesa de 1791. Entretanto, é notório que não é imprescindível que haja Constituição escrita para se dizer que um Estado possui uma Constituição.

Parece correto inferir que todas as sociedades possuem e/ou possuíram alguma forma de Direito, norma, e/ou Constituição, visto que retratam as formas de poder e de relação naquele dado momento histórico. Nesse ínterim, Ferdnand Lassale afirma que

> [...] todos esses princípios de Direito público, esses pergaminhos, esses foros, estatutos e privilégios reunidos formavam a Constituição do país, sem que todos eles, por sua vez, fizessem outra coisa que exprimir, de um modo simples e sincero, os fatores reais do poder que regia no país.
> Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância - não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as Constituições escritas nas folhas de papel.
> De fato, na maioria dos Estados modernos, vamos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente. ” (LASSALE, 2001, p.56)

Quer dizer, Lassale define, em linhas gerais, Constituição como aquele elemento formado pelos fatores reais de poder daquele dado momento, sendo a Constituição escrita, mero diferencial da modernidade. Em sentido semelhante Manuel Reyes aduz que "la ideia de Constituición é mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado Constitucional a finales del siglo XVIII, em cambio, desde la más remota Antiguedad, o al menos desde el mundo grieco y romano" (REYES, 2007, p.29). É certo, porém, que o conceito moderno ou ocidental de "constituição" está intimamente relacionado com as ideologias revolucionárias liberais-burguesas que propugnaram a ruptura com os cânones de um Estado nacional absoluto, típicos de um constitucionalismo iluminista ou oitocentista (FERNANDES, 2014, p.41).

De outra monta, constitucionalismo por sua vez pode ser entendido como um fenômeno ideológico, político, mas sobretudo jurídico, que está em constante mutação no tempo. Entretanto, não se deve lhe atribuir uma conceituação rasa, visto que se trata de um fenômeno complexo, bem como assevera Manueal Aragón Reyes

> En sentido amplio, por constitucionalismo podría entenderse la teoria o la prática del Estado constitucional. Pero um noción así sería escasamente explicativa, no sólo por tautológica, sino tambíen por imprecisa, puesto que ni Constituición ni Estado constitucional son términos completamente unívocos que permitan, por mer derivación, dotar de significado a constitucionalismo. Muchos han sido los conceptos de Constituición que se han dado em los últimos siglos, pero no todos han transferido su significado a constitucionalismo. Y así, carece de sentido el término, si se sostiene una concepción histórica o sociológica de Constituición, em cuanto que al entenderse ésta como el modo de organización jurídico-política de cada país, el constitucionalismo no cualificaría ni, en suma, diferenciaría nada; sería una realidad o una idea predicable de todas las formas políticas del pasado, del presente e incluso del futuro (REYES, 2007, p. 33).

Adiante o mesmo autor questiona se seria o constitucionalismo uma ideologia, e conclui ao final que "[...] el constitucionalismo, que fue certamente, aunque sólo, una ideologia, puede ser entendido tambíen como um fenómeno jurídico: la teoria e la prática jurídicas del Estado autenticamente constitucional, es decir, del Estado, efetivamente limitado por el derecho." (REYES, 2007, p. 36). Luigi Ferrajoli por sua vez afirma que "constitucionalismo" em sede de filosofia política trata-se, na verdade, de uma doutrina política, concretizada em ordenamentos fundados em sólidas tradições liberais, de limitação dos poderes públicos com vistas a garantir determinadas liberdades. Afirma, assim, que não se trata de um sistema jurídico ou teoria do Direito, mas que é possível ser abordado por este último como o paradigma das modernas democracias constitucionais. (FERRAJOLI, 2015, p. 25-28).

De toda sorte, dentro desse fenômeno do constitucionalismo, momentos históricos impuseram diversas situações às conformações do Direito e da Justiça. Nesse sentido, o século XX foi marcado por guerras e o ódio, sobretudo através dos regimes totalitários e nazi-facista. A Segunda Guerra Mundial, de 1945, evidenciou as maiores atrocidades cometidas ao ser-humano, o que desencadeou a necessidade de reformulação da ordem vigente até então, notadamente acerca das questões jurídicas e do Direito. Essa ordem vigente até aquele momento, e que, de maneira significante legitimou o cometimento dessas atrocidades, era o positivismo legalista/jurídico, ou também conhecido como constitucionalismo oitocentista, constitucionalismo liberal, que deu respaldo ao surgimento do Estado Liberal de Direito.

O positivismo legalista é, pois, derivado da Revolução Francesa, e como tal, tinha como objetivo maior a garantia das aspirações da burguesia em face do Estado Absolutista. Aspirações essas alicerçadas especialmente sobre esse positivismo, a ideologia liberal, e a (des)vinculação da (in)ustiça à validade – o Direito legítimo. Esse modelo representou a ruptura absoluta entre a moral e o Direito, com ênfase a negação da ordem precedente, o jusnaturalismo e o absolutismo.

O positivismo legalista impôs um Direito axiologicamente neutro, como uma ciência empírica, a qual objetivava, em síntese, a purificação de seus operadores através de seu caráter meramente descritivo. Na verdade, o Direito ficou reduzido ao poder. José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento afirmam ser um direito caracterizado pelo paradigma racionalista, pelo qual, utilizando-se das palavras de Savigny, os juristas práticos deveriam deixar de analisar os casos concretos subordinando-os tão somente às regras gerais (MORAES, NASCIMENTO, 2010, p.48).

Há, portanto, um formalismo jurídico, como uma ciência dura que não permite formulação de juízos de valor ou interpretação, mas tão somente, a vinculação estrita ao texto da lei. Paolo Comanducci atribui ao constitucionalismo oitocentista o modelo descritivo de Constituição como norma - o que se relaciona diretamente com a vinculação dos juízes aos comandos estritos da lei – e afirma que "se trata de aquellas concepciones que, de modo general, indentifican la Constituición con un texto normativo específico, de tal modo que se habla de concepto documental de Constituición, o de Constituición formal, o incluso de Constituición en sentido formal" (COMANDUCCI, 2007, p. 50).

Isso tudo em razão de que, para o constitucionalismo oitocentista, a única fonte de Direito advinha do Estado, representado na supremacia absoluta do legislador e de sua vontade. Luigi Ferrajoli aborda o positivismo como um paradigma legislativo ou denominando de paleo-juspositivista, ou primeiro positivismo, ou seja, aquele

> [...] afirmado com a primeira revolução institucional, que foi a consolidação do monopólio estatal da produção normativa. Com base nesse modelo, cuja norma de reconhecimento é o princípio da legalidade, as normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que pelo fato de serem deduzidas. Trata-se de sistemas normativos caracterizáveis, de acordo com o léxico kelseniano, como nomodinâmicos. (FERRAJOLI, 2015, p. 19)

Outrossim, para Alfonso de Julios-Campuzano o positivismo legalista possui como sustentação um tripé ideológico formado pela unicidade (apenas uma fonte de Direito – aquela emanada do Estado), a racionalidade (Direito e a justiça vinculados aos critérios formais de validade) e a estatalidade (o Estado como figura central de toda a ordem), vinculado ao princípio da legalidade, visto que cumprida suas exigências, torna-se legal e legítimo o Direito. Ou seja, "permitindo-se postular, segundo um raciocínio dotado de inequívoca matriz tautológica, que a legitimidade não procede de nenhum fator metajurídico, pois somente é legítimo o direito do Estado, por ser o único direito, estatal e racional" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 13).

Entretanto, esse tripé e a supremacia do legislador, pautada na separação dos poderes, induz a discricionariedade e as arbitrariedade do legislador, representando a figura do Estado (Estado Nacional). E mais, possibilita a formulação de Constituições flexíveis e mutáveis conforme os interesses imperantes no dado momento. Sob essa perspectiva, "a Constituição fica nas mãos do legislador, submetida ao mutante jogo das maiorias e ao sempre instável equilíbrio das coalisões e dos interesses das partes" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 17). Nesse ínterim, a Constituição não passa de um instrumento jurídico puramente procedimental - ou fazendo alusão a Ferdnand Lassale: uma mera folha de papel - dotada tão somente de regras que orientam a organização do Estado e distribuição das competências, estabelecimento das normas e parâmetros formais de competência e procedimentos para a produção jurídica (validade), e que, inclusive, se submete as leis infraconstitucionais.

Isso tudo, traz a precariedade do Direito, pela exaltação da lei e do legislador o que fomenta a formação de um "Estado precário de Direito" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 15). E mais, nesse cenário de positivismo legalista

> [...] a lei é a expressão da vontade de um poder investido da faculdade de ditar normas conforme um procedimento estabelecido para isso, um poder que foi escolhido democraticamente, para desempenhar o trabalho de criação do direito e que opõe, diante do valor traumatúrgico da tradição, expresso no costume e frente a um direito de caráter eminentemente jurisprudencial, o valor da racionalidade humana que subjuga a criação legislativa realizada através de um procedimento que pretende excluir a arbitrariedade e assegurar a racionalidade. (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.15)

Disso percebe-se a intenção de cisão entre o Direito e a moral, o qual fica regulado tão somente pela racionalidade humana e que obedece para fins de validade, tão somente os critérios formais - como uma forma e/ou moldura para a produção jurídica, bem sob uma ótica kelsiana. Para Ferrajoli a separação entre direito e moral, entre validade e justiça é o corolário do princípio da legalidade (FERRAJOLI, 2015, p. 19). E foi esse hiato que propiciou as guerras do século XX, sob os arbítrios do legislador e a legalidade do Direito.

A estipulação de direitos fundamentais sob a ótica do positivismo legalista, por sua vez, obedece ao fundamento da autolimitação do Estado. Ou seja, "os direitos individuais somente podem ser concebidos, se é o próprio Estado quem renuncia expressamente a uma porção de sua soberania para submeter sua atuação ao direito" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 18). Quer dizer, é o Estado quem reconhece, mediante disposição de sua soberania, direitos aos indivíduos (quais e para quem), lhes garantindo um espaço de liberdade – ou tolhindo, conforme sua discricionariedade, retratando a autolimitação da soberania estatal. Fator salutar que fundamentou as selvajarias cometidas sobretudo contra os judeus na Segunda Guerra Mundial.

Fato é que a configuração de ordem positivista legalista, pautada na cisão absoluta entre Direito/justiça e moral, a onipotência e exaltação do legislador, o formalismo jurídico, os critérios formais de validade da norma, a centralidade da racionalidade humana, os juízes como meros reprodutores da lei, etc., propiciando terreno fértil para as guerras do século XX e a ascensão dos regimes totalitários nazi-facistas, consequentemente, o cometimento das mais graves atrocidades aos seres humanos. Violações de todas as ordens foram cometidas, o que desvelou a necessidade de reformular essa ordem, e revisitar o Direito e a moral, e

> [...] não foi ao acaso, a reação que o pensamento e a cultura jurídica europeia experimentaram depois do fatal desastre. Não seria afortunado, nem verdadeiro atribuir às transformações que o Estado de Direito sofreria, nos anos imediatamente subsequentes à Segunda Guerra Mundial a uma casual coincidência cronológica, por considera-lo fruto de uma eventualidade puramente conjuntural. Por tudo isso, não se pode julgar casual, que, justamente depois da catástrofe, constate-se a insuficiência institucional e jurídica do modelo baseado no Estado de Direito, e, passe-se a adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a combater os efeitos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de Direito. (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 09)

A reação ao pensamento e a cultura jurídica europeia mencionada consubstanciou-se na aparição do que ficou conhecido como neoconstitucionalismo. Ou, segundo Ferrajoli, que propõe uma terminologia diferente para designar o constitucionalismo rígido das modernas democracias constitucionais: paradigma constitucional, constitucionalismo jurídico, jusconstitucionalismo, segundo juspositivismo, ou ainda neojuspositivismo. (FERRAJOLI, 2015, p. 27).

Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que o constitucionalismo do século XX se desenvolve a partir de uma ótica social e com vistas a suprimir as mazelas de uma sociedade órfã e carente da materialização dos direitos fundamentais minimamente exigíveis para uma subsistência digna (FERNANDES, 2014, p. 43), formalizando um Estado Social de Direito. Além disso, insere o homem (ser humano) no centro do direito, inaugurando os direitos humanos como elemento que irradia efeitos a todos os vieses de relacionamento.

Entretanto, ainda que pautado em uma ordem de cunho social, é imprescindível anotar que esse paradigma carrega no seio de sua formação elementos advindos da revolução francesa e revolução americana e suas tradições constitucionais desenvolvidas na época. Percebe-se de imediato que o constitucionalismo contemporâneo tem na sua essência fundamentalmente ideologias e preceitos de cânones liberais e individuas.

Imprescindível, portanto, se rememorar esses dois precedentes históricos para compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo. Sendo assim, a análise da tradição constitucional francesa, evidencia que a Revolução Francesa atendia aos interesses das classes burguesas, e buscava reformas estruturais que "responda a determinados valores preteridos pela sociedade estamental e o sistema de privilégios que a ela é inerente" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.25). Nesse sentido, a Constituição francesa passou a representar um novo contrato social, através da qual os indivíduos passam a adquirir igualdade formal perante a lei e o Estado.

Para tanto, concebem a acepção de vontade geral como fundamento da democracia, a partir do que se tem a supremacia do legislador como aquele que representa essa "vontade geral", e que produz a lei como principal fonte do Direito. A nação – elemento intrínseco ao Estado Nacional (Estado-nação) - formalmente igualitária, portanto, passa a ter função primordial, sendo a responsável por exprimir a vontade geral democraticamente. Entretanto, essa concepção acaba por deixar o texto constitucional aberto às alterações políticas e às preferências e interesses de grupos majoritários, refletindo a fragilidade da norma constitucional.

Por tudo isso, é que o positivismo legalista deriva diretamente da Revolução Francesa, mas, esta igualmente fornece elementos para as formulações do Neoconstitucionalismo, sobre tudo, a função diretiva do Estado. De outro lado, a Revolução Americana igualmente enuncia elementos que são incorporados pelo constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, diferentemente da Revolução Francesa, a tradição americana não tinha como aspiração as mudanças estruturais na ordem vigente, mas, tão somente, visava a ruptura do vínculo com a coroa britânica. Logo, tinha aspirações antiestatalistas, sob uma intença desconfiança da supremacia do poder legislativo como condutor de tiranias.

Dessa forma, pautava-se em três grandes elementos: limitação ao poder estatal (sistema de equilíbrios e contrapesos – *check and balances*), garantias fundamentais (sobretudo, direitos e liberdades individuais) e uma dimensão garantista através do controle de constitucionalidade[6] pelo olhares fiscalizadores dos juízes. Esse último elemento, é considerado a especificidade realmente transformadora dessa tradição, visto que submete o legislador ao cumprimento das normas constitucionais sob controle da atuação pelos juízes.

Em última instância, formaliza a rigidez da Constituição, tornando as garantias individuais (direitos fundamentais) indefectíveis. Assim, a tradição constitucional americana, pelas suas peculiaridades, tem por objetivo precípuo, portanto, criar espaços de liberdades baseada em direitos civis e o pleno exercício das autonomias individuais e privadas nas relações. Aposta, portanto, em uma sociedade auto reguladora sob a redução a patamares mínimos de intervenção pública do Estado.

Desses aspectos sabe-se que o neoconstitucionalismo herda o garantismo, a limitação do poder e o controle de constitucionalidade. De outro lado, adota da tradição constitucional francesa função diretiva, consagrando a Constituição como um projeto coletivo de mudanças sociais. Ademais o constitucionalismo contemporâneo incorpora uma vastidão axiológica, uma dimensão material ou substancial em consequência dos resultados do pós-guerra.

Sendo assim, é imprescindível atentar ao fato de que no seu cerne formador reside processos constitucionais eminentemente de cunho liberal e burguês, por isso, "se perguntan si en realidade hay algo nueno em el Neoconstitucionalismo, o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sierve para presentar bajo um nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera" (CARBONELL, 2007, p. 09). E mais, questiona-se se realmente o neoconstitucionalismo se propõe a romper com a ordem anterior, ou, representa tão somente uma forma diversa de manter os interesses e privilégios das classes dominantes, bem como, dos direitos individuais e da propriedade privada.

De toda sorte, o neoconstitucionalismo se propõe a rematerialização da Constituição, através da inserção de uma dimensão substancial aos critérios de validades da norma, e a exigência de conteúdo material ao ordenamento jurídico, permitindo inferir uma determinada conexão entre Direito, moral e justiça. Inclui, assim, ao sistema uma racionalidade material a

---

[6] O controle de constitucionalidade, que representou um elemento transformador, teve sua origem no caso Marbury vs. Madison em 1803, a partir da sentença exarada pelo juiz do caso – Juiz Marshall. Foi a partir desse caso emblemático que segundo Julios-Campuzano "[...] os juízes convertem-se nos autênticos guardiões da Constituição e assumem a missão, em primeiro lugar, de julgar a constitucionalidade das normas jurídicas, [...], e em segundo lugar, de definir mediante interpretação o sentido genuíno das cláusulas constitucionais. " (2009, p. 26-27)

partir de normas programáticas e princípios. Além disso, as catástrofes cometidas aos direitos humanos pelos regimes nazi-facistas fizeram urgir a necessidade de ampliação do catálogo de direitos fundamentais para abarcar direitos de cunho econômicos, sociais, culturais, etc. Supera, portanto, a condição unicamente de abstenção (atuação negativa) do Estado, imputando-lhe uma atuação positiva para desenvolvimento de determinadas políticas sociais, mediante a inserção das normas programáticas.

Essas normas programáticas, segundo Julios-Campuzano constituem parâmetros de atuação do governo para concretização dos objetivos sociais, ou seja, requerem decisões concretas para alcançar os fins constitucionais (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.32). De outro lado, os princípios representam o vínculo axiológico da norma fundamental, são orientações com função de indicar os caminhos por onde o ordenamento, a atuação do legislador, do Estado, do Judiciário, e da sociedade como um todo deve transitar. Nesse sentido assevera Ferrajoli que

> [...] Com os princípios e direitos fundamentais por esta estabelecidos estipulou-se, de fato, como um solene "nunca mais" aos horrores dos totalitarismos, aquela que chamei de a esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição. (FERRAJOLI, 2015, p. 20)

Por outro lado, a formulação de constituições rígidas, é a característica de maior relevância para esse novo fenômeno constitucional. Isso porque, pretende evitar as arbitrariedades e tiranias pautadas outrora nos interesses do legislador, mas além disso, impõe à lei a sua adstrita observância. A partir disso, o legislador deixa de ser, nas palavras de Julios-Campuzano, o "senhor do Direito" e é superada a "mitologia estatalista do positivismo" (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 37).

Suscintamente, Comanducci infere que o neoconstitucionalismo, a partir de um modelo axiológico de Constituição como norma tem cinco principais e fundamentais características. Vejamos: a Constituição está no vértice da hierarquia das fontes das leis; a Constituição é um conjunto de regras, mas também contém princípios que não estão necessariamente formulados de modo expresso; a Constituição tem a função de ligação entre Direito e moral (princípios como princípios morais); a aplicação da Constituição deve realizar-se por meio do método da ponderação e do equilíbrio; e a Constituição tem uma relação especial com a democracia (democracia no sentido de isonomia e dependência); e por fim, a ideia da Constituição como limitadora da democracia (regra da maioria) (COMANDUCCI, 2007, p.52).

No entanto, em que pese traga uma nova ordem com prevalência de normas materiais, anunciando um projeto político-jurídico-social e um catálogo de direitos e garantias sociais, o

vértice central da tutela do constitucionalismo contemporâneo são os direitos e liberdades individuais, bem como o direito de propriedade privada, que acaba descortinando sua essência liberal-burguesa. Nesse sentido, sob o olhar dos países latino-americanos, os direitos sociais e as políticas sociais enquanto uma ação positiva do Estado pouco se materializam – ou não se materializam, permanecendo tão somente no viés formal da Carta Constitucional. Igualmente se repete no que tange aos direitos relativos a diversidade cultural inerente aos povos, e entre outros tantos anseios e demandas ignorados ou invisíveis sob a ótica dessa ordem constitucional.

Isso justifica-se em razão de que o neoconstitucionalismo – teve seu nascedouro sobre a realidade e necessidades europeias do pós-guerra, e emergiu para dar respostas e soluções àquelas questões. Em que pese isso, esse modelo refletiu nas constituições latino-americanas formuladas após os regimes ditatoriais sem a devida atenção às peculiaridades do continente, pelo que, pode-se afirmar que em solo latino também se vivencia e/ou vivenciou o constitucionalismo contemporâneo. Mas é preciso desnudar uma acepção rasa, pois é perfeitamente notável que toda o desenvolvimento da sociedade latino-americana após as invasões e colonização hispânica e portuguesas sempre se deu, reiteradamente até hodiernamente, refletindo os ditames dos padrões de vida e cultura euro-americanos.

No entanto, no que tange ao contexto do neoconstitucionalismo, as questões da realidade europeia lá dispostas e que fundamentaram as doutrinas, filosofias e teorias dos pensadores desse fenômeno, em nada se assemelham com as do continente latino-americano. Estes, tem na sua história a colonização, a exploração, a subjugação cultural, o aculturamento, a miscigenação, a diversidade étnica, a diversidade cultural, as desigualdades sociais, o neocolonialismo, entre outras tantas peculiaridades das quais o Neoconstitucionalismo não é capaz de responder, porque não é fidedigno à realidade local e

> [...] em qualquer de seus modelos escritos, a Constituição contemporânea deverá necessariamente se voltar no sentido de apreensão desta nova estrutura social, sob pena de estarmos diante de uma superlei não inspirada na própria realidade para a qual será destinada. Vale ressaltar que, nesse caso, com o passar do tempo, o divórcio entre a Constituição escrita e a realidade provocará um Hiato Constitucional e, em consequência, a necessidade de convocação de uma Assembléia Constituinte, a qual, no exercício do Poder Constituinte, elaborará novo texto, agora representativo dos valores sociais existentes. (DANTAS, 2009, p. 314)

E foi este hiato constitucional provocado por um modelo de Neoconstitucionalismo importado (eurocêntrico) pelas nações latino-americanas destoante da realidade local aliados aos fatores econômicos do capitalismo neoliberal que exsurgem nas décadas de 1980 e 1990,

que fez surgir o que se conhece hoje por "novo constitucionalismo latino-americano"[7]. De imediato é cogente vislumbrar esse paradigma revolucionário como um movimento e não como fenômeno constitucional, porquanto nasce das articulações das classes populares, daqueles sujeitos outrora ocultados - sujeitos negados, em contraposição ao constitucionalismo tradicional eurocentrado, formulados por grandes pensadores no universo da sapiência, ou dos muros acadêmicos.

Gestacionado na América Latina, o paradigma se propõe à efetivação e reconhecimento dos mais básicos e inerentes direitos fundamentais execrados do solo latino-americano desde a invasão e dominação hispânicas e portuguesas. É uma proposta de protagonismo(s), emancipatória e descolonizadora. Um instrumento de contra-poder, contra hegemônico.

De fato, é um movimento, que emergiu das reivindicações e anseios sociais, das reações das ruas, das revoltas contra o neoliberalismo que lançava seus efeitos devastadores impetuosamente e de um sistema jurídico-político que não atendia as aspirações da população, entendida aqui como aquela maioria excluída e marginalizada pelo sistema. "Por essa razão, trata-se de um movimento que expressa uma certa desobediência epistêmica, que desafia a hegemonia das grandes narrativas da modernidade, presentes nos modelos constitucionais até então dominantes na América Latina. " (BRAGATO, CASTILHO, 2014, p.23).

Pedro Brandão afirma que "essas revoltas, conhecidas como o período dos 'ciclos rebeldes', além de promoverem a ascensão da política de rua e das grandes manifestações, sepultou a crença da democracia representativa-liberal como único meio de ação política e recuperou a legitimidade perdida das intensas lutas sociais, gerando repercussões na dinâmica constitucional. " (BRANDÃO, 2015, 77). Didaticamente Raquel Fajardo adota o novo constitucionalismo latino-americano a partir da perspectiva de três ciclos evolutivos para ilustrar seu desenvolvimento:

> El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergência del multiculturalismo em los ochentas del s. XX, pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventas, se da luego de la adopción del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales em países

[7] Segundo Fernanda Frizzo Bragato e Natalia Martinuzzi Castilho não há um consenso entre os estudioso acerca da denominação do movimento constitucional latino-americano dessas últimas décadas. As autoras fazem apontamentos das mais diversas denominações utilizadas pelos estudiosos afirmando "como aponta Brandão (2013), diversas são as denominações apontadas, Novo Constitucionalismo Latino-Americano (Viciano e Dalmau), Constitucionalismo Mestiço (Baldi), Constitucionalismo Andino e Constitucionalismo Pluralista Intercultural (Antônio Carlos Wolkmer), Neoconstitucionalismo Transformador (Santamaría), Constitucionalismo Pluralista (Raquel Fajardo), Constitucionalismo Experimental ou Constitucionalismo Transformador (Boaventura de Souza Santos), Constitucionalismo da Diversidade (Uprimmy) e outros." (BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel (org.); BELLO, Enzo (org.). **O pensamento pós e descolonial do novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul/RS: Educs, 2014)

> intependientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989), em el cual se reconece el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del constitucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007). Las constituyentes de dos estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman um "Estado Plurinacional". Em el marco de um proyecto descolonizador, reconocen la jurisdición indígena y aspiran a um pluralismo jurídico igualitario. (FAJARDO, 2015, p. 35)

O primeiro ciclo notadamente com a introdução do conceito de diversidade cultural, foi marcado por cartas constitucionais que concederam alguns direitos específicos aos indígenas. Integram esse primeiro ciclo países como Canadá (1982) e o Brasil com a Constituição Federal de 1988. Quanto a este ciclo, parece-nos que não traz grandes inovações, se coadunando mais com os preceitos do neoconstitucionalismo propriamente dito, razão pela qual, não nos filiamos totalmente da teoria dos cliclos de Fajardo. O constitucionalismo transformador traz elementos realmente inovadores, dos quais, estes não podem ser considerados.

Ainda, conforme Fajardo, segundo ciclo, por sua vez, teve suas formulações influenciadas pelas orientações da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a partir do que se reconhece um amplo catálogo direitos indígenas. Nesse ciclo, países como Peru (1993), Colômbia (1991), Bolívia (1994), Equador (1998), Venezuela (1999) alteraram suas constituições para incluir a jurisdição indígena. Já o Paraguai (1992) e o México (1992) reconheceram constitucionalmente o pluralismo jurídico. Há nesse ciclo um novo constitucionalismo latino-americano muito incipiente, mas é possível notar elementos inovadores. Entretanto, é somente no terceiro ciclo que se perfectibiliza de fato esse paradigma.

O terceiro ciclo, portanto, aflora no contexto da Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito dos Povos Indígenas em 2007. As Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) são representantes deste ciclo, cuja característica fundamental é a refundação do Estado através do resgate das raízes históricas do continente a partir do reconhecimento dos povos originários como nação e/ou nacionalidades diversas dentro de um Estado dito Plurinacional. Todos são parte integrante e sujeitos políticos coletivos, em uma democracia participativa.

Arriscamos a dizer que há nessa perspectiva de refundação do Estado a superação, ou, no mínimo, uma contraposição ao "império" do moderno Estado Nacional de formulação eurocêntrico, no qual todo o constitucionalismo tradicional é assente. Dado que a formação dos Estados Nacionais foi concebida sob a lógica da unidade dos cidadãos do país no conceito de "nação", em igualdade, uniformidade, homogeneidade. Acrescido de um intenso ufanismo imputado pela nacionalidade, da língua nacional, uma pátria única com identidade nacional,

inclusive com fronteiras artificiais. Essa conformação de Estado aniquila e extermina a diversidade sob uma pretensa igualdade formal.

Aliás, debruçada sob essa perspectiva de igualdade eurocentrada é que se justificou todo o processo de colonização e aculturamento indígena dos países latino americanos. Ou seja, a negação ao reconhecimento das diferenças pautada na superioridade civilizatória do estilo de vida europeu, que resultou na invisibilidade das heterogeneidades e na produção de sujeitos ocultados, sujeitos negados ou sujeitos invisíveis. Assim,

> Temos aí a construção de nacionalidades sobre as preexistentes, forjando-se "tradições", "mitos" nacionais, uma "língua pátria", etc. Com isso, as identidades são sufocadas pela uniformização e as diferenças são rejeitadas mediante artificialismos formadores dos Estados Nacionais de padrão europeu que acabam por justificar a superioridade de determinada culturas sobre outras [...]. (FERNANDES, 2014, p. 59)

Em razão disso, sobretudo, que essa refundação do Estado tem como base a plurinacionalidade, a autodeterminação do povos e/ou livre determinação dos povos, a protagonismo da diversidade das nações, a participação popular, pluralismo jurídico, em um processo eminentemente descolonizador e contra hegemônico, pautado nas bases pós-coloniais. Nesse sentido, corroboram Bragato e Castilho inferindo que "este novo constitucionalismo ostenta características descolonizadoras, com o reconhecimento da cosmovisão indígena e com um novo projeto societário, que busca incluir sujeitos e coletivos historicamente excluídos e marginalizados, especialmente os indígenas, as mulheres e os campesinos. " (BRAGATO, CASTILHO, 2014, p.12).

Aponta, portanto, tornar visíveis aquelas maiorias outrora esquecidas e subsumidas pelo sistema precedente – elitista, burguês e liberal, pelo precedente das tradições constitucionais advindas das Revoluções Americanas e Francesas como visto anteriormente. Nesse sentido, Pedro Brandão observa como instrumento de efetivação nesse novo paradigma a alteração no polo da realização constitucional em relação ao Neoconstitucionalismo: enquanto este deposita ao Poder Judiciário, Tribunais e Cortes a efetivação de direitos fundamentais, o Novo Constitucionalismo latino-americano amplia seus atores de realização, afirmando o protagonismo popular através da participação popular (BRANDÃO, 2015, 66).

Outra dimensionalidade assumida por esse constitucionalismo transformador é o fato de que o reconhecimento da plurinacionalidade e dos povos originários como protagonistas na refundação do Estado implica na valorização das cosmovisões indígenas. Essas cosmovisões fazem emergir a Pachamama (mãe-terra) como vértice de um sistema que interliga todas as

relações com os seres vivos, em simbiose e dependência. Assumindo como relevância para o bom viver. Nesse sentido Bartolomé Claveró assevera que o bom viver

> [...] traduz sumak kawsay, suma qamaña ou ñandereko, expressões que estão vinculadas a uma determinada concepção da natureza tão inclusiva que a humanidade guardaria com ela uma relação de dependência por filiação. Bom viver é, então, concreção da plurinacionalidade como contribuição específica das nações indígenas a um constitucionalismo mais humano por ser mais natural. Nas Constituições do Equador e da Bolívia, não digo que com as políticas de desenvolvidas sob elas, o que está sendo colocado, em definitiva, é uma nova antropologia para os direitos humanos, uma antropologia de base mais humana que aquela que representaram até agora tanto o direito constitucional quanto o direito internacional. (CLAVERÓ, 2015, p.125)

Em sentido semelhante, Brandão, assevera que a figura da Pachamama, em sintonia com os direitos do bom viver, representando a busca da harmonia entre homem e natureza, o que representa uma ruptura com o antropocentrismo e uma releitura e/ou ressignificação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana (BRANDÃO, 2015, 68). Seguramente, a partir dessa percepção deixa a natureza de ser objeto disponível de exploração do homem para transpor essa relação puramente capitalista de extermínio, para atingir uma compreensão simbiótica.

Em última instância, o constitucionalismo transformador contra hegemônico e pós-colonial (descolonizador), é também reação ao capitalismo neoliberal, e subverte a ordem dominante imposta pelo Norte Social através do despertar da alienação da consciência e da condição de subalternidades que assolava os povos constituintes desde a sua "descoberta". Subalternos pela condição de fornecedores de mão de obra barata e matéria prima (exploração de suas riquezas e recursos naturais) ao Norte, e nutridores e consumidores do desenvolvimento das tecnologias e produtos do Norte. Em uma eterna condição de dependência.

Por todas as suas nuances e peculiaridades inovadoras pode-se dizer que instiga e fomenta discussões, não se tem a pretensão de considerar-se a panaceia para todos os problemas e mazelas que assolam o continente latino, mas por certo é um projeto inovador e o início e uma perspectiva que

> [...] desafia as noções institucionais importadas da Europa e dos Estados Unidos da América e lida com questões relativas às experiências culturais, sociais e políticas latino-americanas, que podem ser visualizadas, descritas e analisadas, a partir dos estudos pós e descoloniais. Essas questões estão relacionadas com a exclusão radical de setores majoritários da sociedade, cujas pautas foram historicamente invisibilidades por meio de laços de dependência existentes até hoje fortalecidos pela ordem capitalista global. [...]
> A pretensão descolonizadora, além de fortemente relacionada com os objetivos de superação das opressões geradas a partir da mundialização do capitalismo, direciona-se de maneira sensível às formas de produção, reprodução e transformação de subjetividades, especialmente ao *locus* de enunciação e produção do conhecimento. Portanto, são as histórias negadas e as teorias silenciadas que precisam vir á tona, em

> uma opção de resistência ao euro e etnocentrismo. (BRAGATO, CASTILHO, 2014, p. 22-23)

De tudo que até aqui se apreendeu, é notável que o desenvolvimento das constituições nos dados momentos históricos é imprescindível para a compreensão do momento presente e para projeções do futuro. O neoconstitucionalismo com suas raízes euro-americanas e liberais produziu reflexos nas cartas constitucionais latino americanas. Entretanto, a divergências histórica de suas realidades e inadequações suprime a capacidade desse modelo em satisfazer os anseios sociais. Aliado a isso, as forças do neoliberalismo sob o solo dos países do Sul fomentam uma nova forma de colonialidade.

Nesse contexto, a reação de movimentos sociais no Equador e na Bolívia culminam com o surgimento de um novo paradigma constitucional – o novo constitucionalismo latino-americano, voltado a reconhecer as raízes históricas, as demandas locais e a diversidade ética e cultural, e os povos originários enquanto nacionalidades diversas e atores políticos, a partir de um olhar desde o Sul, em contraposição à ordem anterior.

Em razão de todas essas nuances é que pretende-se perquirir se e possível estabelecer um diálogo com os princípios e fundamentos desse novo constitucionalismo para fomentar a formação de um instrumento jurídico para tutela efetiva dos povos tradicionais e biodiversidade associada Por derradeiro, as reflexões acerca desse paradigma não se exaurem aqui, certo que nos capítulos seguintes, buscar-se-á esmiuçar o novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador e suas cartas constitucionais, a fim de verificar seus princípios e fundamentos para fomentar o desiderato inicialmente proposto no trabalho.

2.2 UM LEGADO AO SUL SOCIAL E AOS SABERES TRADICIONAIS: Plurinacionalidade, Democracia Intercultural e Pluralismo Jurídico no novo constitucionalismo da Bolívia

Compreender a dimensão e o sentido do que uma Constituição traduz é, indubitavelmente, uma tarefa árdua e demanda uma visão holística. É, pois, observar os fatores reais de poder e as circunstâcias históricas, políticas, econômicas e sociais que propiciaram o nascimento de determinada Carta normativa. Nesse sentido,

> Una forma de comenzar a examinar el contenido de las nuevas Constituiciones lationoamericanas consiste en preguntarse cuál es la principal pregunta que ellas se formulan o, más diretamente, cuál es el principal mal que ellas vienen a remediar. La pregunta puede ser pertinente ya que, cuando mirarmos atrás, uma y outra vez, nos

> encontramos conque el constitucionalismo siempre apareció associado a la necessidade de poner fin a um certo mal: se dictaba entonces uma nueva Constituición como Contribuición institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedade de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba. (GARGARELLA, COURTIS, 2015, p. 60)

Se para Gargarella e Courtis o surgimento de novas constituições fundamentam-se na necessidade de remediar males e remover situações de crises, o novo constitucionalismo latino-americano se propõe, então, a remediar os males dos seculares anos de colonização e exploração, e ainda das novas formas de colonialidade implantadas sob as formas da globalização, do neoliberalismo, etc. Nesse ínterim, o presente subcapítulo se propõe a analisar o novo constitucionalismo estabelecido na Bolívia no ano de 2009, sobretudo acerca do fundamento da plurinacionalidade, como parâmetro basilar no projeto de descolonização e empoderamento dos povos, do qual emana todos os demais direitos e diretrizes do país, refletindo ao fim, as possíveis contribuições para a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

Salutar anotar que sob a égide do novo constitucionalismo latino-americano o fundamento da plurinacionalidade está presente em ambas constituições do ciclo derradeiro – Equador e Bolívia. Entretanto, em que pese aquele traga no seio da Constituição ordens de um Estado plurinacional, esse fundamento não se verifica com ênfase, e seus mecanismos de concretização são deficitários. Ao revés, o caso boliviano traz a plurinacionalidade e elementos de concretude eminentemente visíveis e palpáveis, razão pela qual adotou-se como parâmetro para fomentar as contribuições à problemática do presente trabalho. Nesse sentido, entente Santamaría

> Dentro del primer caso, en el que sólo se enuncia princípios y se reconoce em términos generales la plurinacionalidad, está lá Constituición del Ecuador, que tiene um serio déficit de innovación institucional para la concreción del estado plurinacional. Em el segundo caso, de reconocer la representación plurinacional, que sin duda es um avance enorme em relación al estado liberal, tenemos la Constituición de Bolívia, que por ejemplo, ha creado la Corte Costitucional Plurinacional [...]. (SANTAMARÍA, 2015, p. 169)

Transcorrida a justificativa de delimitação, torna-se imprescindível abordar o cenário político-social em que se deu o desenvolvimento do novo constitucionalismo boliviano para compreensão da dimensão do que representa esse movimento. De toda sorte, como já densamente trabalhado no subcapítulo anterior, o novo constitucionalismo latino-americano de um modo geral traduz-se em um projeto de superação das mazelas gestacionadas pelo histórico colonial do continente e de resgate das antigas raízes e sujeitos outrora negados e ocultados.

Segundo Hebert Klein, a Bolívia é formada etnicamente por 55% de ameríndios, 15% de origem europeia e 30% de mestiços (KLEIN, 2004). Durante todo o curso da história a Bolívia foi governada e dominada pela minoria étnica branca, de origem europeia, que marginalizava e ocultava os povos originários. Esse ranço histórico começa a tomar novos contornos a partir do século XXI, sobretudo entre os anos de 2000 e 2005, período que ficou marcado por intensas insurgências populacionais em face a diversas medidas neoliberais tomadas pelo governo, que precedem e são percussoras da formulação do novo constitucionalismo latino-americano na Bolívia.

Como ponto de partida é imprescindível ter a ciência de que a Bolívia é tida como um dos países com maior índice de miserabilidade na América Latina, e muito disso, ou isso, é decorrente dos fatores históricos de poder que se perpetuam no tempo e apontam no presente e futuro. Enzo Bello infere que após séculos de exploração das classes inferiores pelos governantes que se sucederam, das elites senhoris e militares, o neoliberalismo que aportou no país trouxe a adoção de diversas políticas desestatizantes e privatizantes, sobretudo dos recursos naturais do país – a água, o gás e o petróleo. Essas políticas e/ou medidas neoliberais adotadas pelo governo da época possibilitaram a entrada de transnacionais no país, excluindo parcela relevante da população ao acesso a esses recursos naturais antes estatais, e agora privatizados (BELLO, 2012, p. 106).

Esse cenário foi terreno fértil para a insurgência dos povos contra essa opressão, que jogava a população ainda mais na condição de miserabilidade, privando-os do acesso ao básico, aos recursos naturais. Dessa forma, a Bolívia foi palco de inúmeros conflitos em contraposição as opressões neoliberais.

Uma dessas medidas neoliberais e que afetou gravemente a população foi a privatização do sistema de abastecimento de água em Cochabamba para a empresa estadunidense Bechtel Enterprise Holdings, no ano de 2000, que em um consórcio de empresas inaugurou a "Águas de Tunari". Essa medida foi uma articulação entre o Banco Mundial e o governo boliviano (GLADSTONE, 2015). As cláusulas contratuais garantiam vantagens inúmeras, dentre as quais a indexação das tarifas de cobrança ao dólar americano, e a possibilidade de aumentar a qualquer tempo os valores de tais tarifas. O resultado da gestão do sistema de abastecimento da Água de Tunari foi a inacessibilidade do recurso natural a ampla maioria da população, o que desencadeou o que ficou conhecido como a "Guerra da Água".

As militâncias dos movimentos exigiam o rompimento do contrato de concessão, sem, contudo, obter resultado do Governo. Em razão disso, em 04 de Abril, no que ficou conhecido como a "batalha-final" as manifestações tomaram conta da cidade e de diversos outros pontos,

inclusive com a ocupação da sede da Aguas de Tunari (GLADSTONE, 2015). Após dias de guerra e intensa reprimenda, o governo boliviano cede às reivindicações dos movimentos e rompendo com o contrato de concessão e privatização da água.

De outro lado, em 2003, no governo de Gonzalo Lozada, outra medida neoliberal foi o estopim para o levante dos movimentos sociais. Dessa vez, os recursos naturais "em cheque" eram a venda do gás natural boliviano aos Estados Unidos e dos hidrocarbonetos. As manifestações exigiam a saída do presidente, a revogação do decreto de hidrocarbonetos, a recuperação do gás para os bolivianos e a não repressão aos grupos sociais mobilizados.

Ao longo do violento conflito que se desenvolveu, notadamente conhecido como a "Guerra do Gás", foi elaborada a "Agenda de Outubro" em que se construiu uma ampla plataforma de reivindicações dos movimentos e a nacionalização dos recursos naturais, além, da realização de uma Assembleia Constituinte. Diante da instabilidade gerada o então presidente foge do país e renuncia ao cargo, assumindo Carlos Mesa, que implementou algumas reformas políticas (GLADSTONE, 2015).

No entanto, o governo de Carlos Mesa não aceita e recusa a nacionalização dos hidrocarbonetos, e a instabilidade e a as lutas populares são retomadas já em 2005. A grandiosidade das manifestações que tomaram conta do país, requerendo a nacionalização dos hidrocarbonetos e a convocatória de uma Assembleia Constituinte levaram à renúncia do presidente, tendo sido convocada novas eleições para dezembro de 2005, culminando com a eleição de Evo Morales, primeiro presidente de descendência indígena a assumir o comando do país.

Disso tudo é possível depreender que o que esses movimentos e lutas tem em comum é o fortalecimento dos arranjos e grupos étnicos diversos do país em prol de um objetivo comum, o bem do seu povo em face ao neoliberalismo, capitalismo, exploração, miséria, em última instância à colonialidade. Essas lutas evidenciaram a coesão social e fomentaram o fortalecimento e união desses povos.

Evo Morales em seus primeiros anos de governo anunciou a nacionalização dos hidrocarbonetos, enfrentou resistência e tentativa de golpe, e efetuou a convocatória para Assembléia Constituinte já em 2006. Assim

> Como se pode observar, o quadro político que possibilita essa realidade advém de uma progressiva efervescência dos movimentos sociais que se forjam como atores centrais frente ao sistema estabelecido e representam sujeitos capazes de gerar maior tensionamento do conflito social. Assim, a Assembleia Constituinte tomou um lugar fundante na luta política, possibilitando converter-se em um fator de aglutinação das

> diferentes forças e movimentos que pleiteavam mudanças. (GLADSTONE, 2015, p.105)

Diferentes blocos trouxeram suas pautas e anseios para discussões na Assembleia Constituinte, resultando na elaboração de uma nova Constituição, a qual foi aprovada em 2009 e referendada pela população boliviana. A partir de então, a Bolívia passa a ser o "Estado Plurinacional da Bolívia", com objetivos claros de remediar os males dos seculares anos de colonização e exploração, e ainda das novas formas de colonialidade implantadas sob as facetas da globalização, do neoliberalismo, do capitalismo, do sistema-mundo-global, a partir da valorização das raízes originárias e peculiaridades do país.

"Pluralidade" é a palavra de ordem da Carta Constitucional de 2009 da Bolívia. A plurinacionalidade que inaugura a denominação do Estado boliviano já no preâmbulo irradia efeitos a todos os âmbitos estatais e possui uma peculiar e notável significado, relevância e compreensão no aporte epistemológico desta constituição vanguardista. Boaventura de Souza Santos afirma que a ideia de plurinacionalidade é marcada tanto pelas identidades culturais quanto pela demanda de nacionalização dos recursos naturais - o que de fato embasou as lutas que culminaram na formação da nova Carta Constitucional e na refundação do Estado boliviano, e segue afirmando que "al adoptar ambas demandas, el movimento indígena funda su acción em la idea de que solamente un Estado plurinacional puede 'hacer'nación ante el extranjero (venas cerradas) y, al mismo tempo, hacer 'nación' contra el colonialismo interno" (SANTOS, 2015, p. 191).

Outrossim, em linhas breves, a partir de uma interpretação fria do termo, a plurinacionalidade implicaria em reconhecer os diversos povos originários que constituem o país como nacionalidades e/ou nações independentes dentro da Bolívia. Entretanto, a plurinacionalidade implica consequências que vão muito além dessa sucinta leitura. É pois, redefinir a linguagem acerca dos direitos humanos, ou melhor, é uma proposta de emancipação dos Direitos Humanos originalmente formulados na base ocidental. Para Boaventura de Souza Santos a plurinacionalidade observada a partir dessa releitura dos Direitos Humanos implica no reconhecimento dos Direitos coletivos dos povos e grupos sociais (SANTOS, 2015, p.189). Em igual sentido, Bartolomé Claveró afirma que "o que está sendo colocado, em definitiva, é uma nova antropologia para os direitos humanos, uma antropologia de base mais humana que aquela que representaram até agora tanto o direito constitucional quanto o direito internacional" (CLAVERÓ, 2015, p.125).

Por conseguinte, a um Estado dito plurinacional impõe-se o dever de reconhecer direitos – coletivos - e tornar os povos e nacões protagonistas – sujeitos coletivos - no cenário

político social, com autodeterminação e/ou livre determinação, para além da simples expectativa de meros sujeitos de direitos. A plurinacionalidade exige uma compreensão ampla de seu significado, transcendendo seus limites terminológicos. Nesse diapasão, Raquel Fajardo entende que

> Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como "culturas diversas" sino como naciones originarias o nacionalidades com autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos com derecho a definir su destino, gobernarse em autonomias, y participar em los nuevos pactos de Estado, el que se configura así como um "Estado plurinacional". Al definirse cmo un Estado plurinacional, resultado de um pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que "reconoce" derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto com otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. (FAJARDO, 2015, 46-47).

Não é meramente reconhecer pluralidade de nações e direitos formalmente, é, pois, chamar ao palco como protagonistas da história em curso, para exercer seus direitos, construir direitos, decidir, opinar, participar ativamente do Estado. Gladstone afirma que essa pluralidade afirma a alteridade dos povos latino-americanos, e não se trata de mera retórica de igualdade constitucional entre os diferentes, diferenciando-se de um enfoque multicultural presente em outros processos constitucionais no curso da história, é, pois, o resultado da demanda das lutas populares que teve interferência no processo de uma construção social e em alternativas de superação das receitas imperialistas de cunho liberal (GLADSTONE, 2015, p. 120).

Disso depreende-se que a plurinacionalidade traz a possibilidade de novas conformações e/ou uma verdadeira refundação do Estado, mas sobretudo, importa reflexos nas formas de relações com o outro e com a natureza. Nesse sentido, Santamaría afirma que a plurinacionalidade não está imbricada com o Estado, mas sim com o espaço onde se desenvolve um ou vários povos, e que esse espaço/território inclui não somente o espaço físico, mas a água, a natureza, a vida, a biodiversidade, tudo o que a mãe terra nos fornece, e nesse sentido existem tantas nacionalidades quantas nações/povos existirem dentro de um Estado (SANTAMARÍA, 2015, p.165). Sob essa perspectiva é dado aos povos originários – e tradicionais – a possibilidade e o direito de autodeterminar-se, de atuar e decidir ativamente nas questões que lhes importam, especialmente, falando-se de saberes tradicionais e biodiversidade associada a plurinacionalidade constitui ferramenta apta a fornecer elementos de salvaguarda.

Ademais, a plurinacionalidade importa na formação mais realista da cidadania, pelo que, segundo Bartolomé Clavero "é a plurinacionalidade que pode caracterizar, se for levado à sério, um novo paradigma constitucional" (CLAVERÓ, 2015, p.112). E como tal, pode ressignificar

o diálogo acerca dos mecanismos e instrumentos jurídicos-políticos de tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, permitindo que se assegurem os direitos humanos intergeracionais à vida e ao meio ambiente ecologicamente saudável e sustentável para as presentes e futuras gerações. Claveró ainda afirma que

> [...] é necessário acrescentar de imediato que a plurinacionalidade não se esgota nessa matriz de reconhecimento de direitos políticos de povos indígenas e de sua conseguinte articulação dentro do Estado, em cujo caso dificilmente poderia representar todo um novo paradigma do constitucionalismo e não apenas uma nova variante constitucional. A própria expressão de Estado plurinacional transformou-se em chave de algo mais, bastante mais, do que o substantivo e o adjetivo literalmente significam um Estado reconhecidamente formado por uma pluralidade de nações. (CLAVERO, 2015, p.115)

A chave de algo mais a que o autor se refere é a concepção de que a plurinacionalidade não importa apenas no reconhecimento passivo da diversidade dos povos e de nacionalidades diversas. É na verdade, também, a declaração pública do desejo e anseio de incorporação perspectivas diferentes com relação à sociedade e a natureza. Ou seja, importa dizer que se a visão ou cosmovisão dos povos originários, indígenas, é relevante constitucionalmente ao passo que são reconhecidos como sujeitos de Direito por título próprio, depreende-se que "essa visão caracteristicamente indígena oferece uma postura mais favorável aos direitos todos, tanto aos próprios quanto aos alheios, o constitucionalismo pode convir em adotá-la [...] (CLAVERO, 2015, p116).

A plurinacionalidade implica, portanto, não só no protagonismo e autodeterminação dos povos enquanto nações ou nacionalidades independentes, mas também no reconhecimento e valorização constitucional das cosmovisões e visões indígenas e povos originários e suas relações com a natureza enquanto elemento de benefício e imprescindibilidade aos direitos de todos. A plurinacionalidade é indubitavelmente a característica formadora da Constituição e do Estado da Bolívia mais inovadora e paradigmática até então elaborada, da qual se irradiam os demais direitos e garantias. É o elemento de empoderamento social e a força propulsora de mudanças em face ao neoliberalismo, ao colonialismo, às forças do capitalismo, do sistema-mundo-global.

Dessa forma, é possível inferir que a plurinacionalidade a partir dessas perspectivas pode fomentar diálogos e elementos para formação de um instrumento de tutela aos saberes tradicionais frente ao aparato colonial-capitalista-jurídico do Acordo Trips vinculada a biopiratadia, e da fragilidade da CDB. Isso porque, todos esses reflexos advindos da plurinacionalidade discutidos até o momento, somados aos direitos coletivos assegurados formalmente e materialmente na Constituição "permitem resolver o atenuar injustiças

estructurales o injusticias históricas y fundamentan acciones afirmativas necessárias para libertar comunidades o pueblos de la sistemática opresión o para garantizar la sustentabildad de comunidades colectivamente inseguras" (SANTOS, 2015, p. 205).

De toda sorte, a plurinacionalidade ainda trará imbricações em direitos supervenientes e que igualmente podem fornecer um aporte para a problemática deste estudo. Assim, ao tratar acerca da temática Magalhães e Weill prelecionam que

> A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes. (MAGALHÃES, WEIL, 2015)

Seguindo a discussão dos autores, a forma de democracia adotada pela Constituição da Bolívia é outro elemento que merece atenção, e igualmente, faz jus a palavra de ordem da pluralidade. Já no artigo 11 da Carta há a expressa adoção da prática democrática permeada pelas nuances da interculturalidade, estabelecendo que a República da Bolívia adota para seu governo a forma democrática participativa, representativa e a comunitária. Essa inovadora forma de democracia plural e intercultural é, consoante Santos, "una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo" (SANTOS, 2015, p. 203).

A democracia plural estabelece uma relação direta com o exercício efetivo de uma cidadania material e da soberania popular a partir da intervenção concreta dos povos na realidade do país. Nesse sentido

> [...] el Estado plurinacional supone la construcción de um Estado radicalmente democrático: recuperar y fortalecer el Estado y la sociedade para garantizar el ejercicio pleno de la soberania popular. La plurinacionalidade supone el reconocimiento a las autoridades de los pueblos y nacionalidades, elegidas de acuerdo a sus usos y costumbres, dentro del Estado unitário, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedade. De ahí que la plurinacionalidad reconoce y valora las distintas formas de democracia existentes en el país: la democracia comunitária, la democracia deliberativa; la democracia participativa nutren y complementan a la democracia representativa, promovendo um verdadeiro ejercicio democrático intercultural. (MAMANI, 2014, p. 07)

As inovações abrangem não só a pluralidade de formas democráticas, visto que, a democracia representativa – e tradicional, foi acrescida de uma peculiaridade quando da promulgação da nova Constituição. Com intuito de reafirmar o caráter eminentemente

democrático e a soberania popular, a democracia representativa vem acompanhada do Órgão Eleitoral Plurinacional (art.245 e seguintes), cuja competência é controlar e supervisionar os processos de representação política.

A democracia direta e participativa é exercida por ferramentas como o referendo, e a nova Constituição inovou ao trazer a previsão de mecanismos como a iniciativa legislativa cidadã, a revogação de mandato, as assembleias e os cabildos, as reuniões públicas. E, ainda, de tom relevante à tutela dos saberes ancestrais e biodiversidade associada, sob a influência da Convenção 169 da OIT, prevê o mecanismo da consulta prévia aos povos indígenas originários campesinos para tomada de decisão acerca da ingerência do Estado sobre seus territórios ou quaisquer outras matérias que lhes afetem.

De outra banda, a democracia comunitária está direcionada às práticas dos povos e comunidades indígena, povos originários, os quais passam a ter as formas de organização e procedimentos próprios de exercício da democracia. Por essa via, as comunidades e povos originários passam a eleger seus representantes/autoridades pelos seus próprios métodos, costumes e procedimentos, os quais poderão ser indicados para eleição dos representantes indígenas a nível departamental.

Outrossim, a democracia comunitária se assevera por intermédio do autogoverno, ou da autodeterminação dos povos. Sobre isso, a Lei de Regime Eleitoral (Lei nº 026), da Bolívia, editada em 2010, reafirma a condição do exercício da democracia comunitária mediante o autogoverno: deliberação, representação, e exercício de direitos coletivos segundo as normas e procedimentos próprios das nacionalidades.

Nesse sentido, a democracia comunitária passou a assumir um duplo caráter: a do seu autogoverno e este, aquele que será seu representante nos órgãos departamentais e demais instâncias do governo. No anexo I é possível vislumbrar os representantes indígenas eleitos conforme seus próprios procedimentos nas eleições de abril de 2010, seguida da composição étnica da Assembleia Departamental, o que no ano seguinte a promulgação da nova Constituição já se evidenciava uma iminente concretude no objetivo de efetivação dessa democracia, ou ao menos, sinaliza e congrega esforços para promoção desse objetivo. É o intento de conceder a máxima soberania popular e democracia dentro de um Estado plurinacional.

A Lei de Regime Eleitoral, complementando a Constituição vanguarda, definiu e delineou com maior precisão a democracia comunitária para trazer a inserção do exercício da mesma mediante o autogoverno e exercício de direitos coletivos segundo normas e procedimentos das nações originárias. Fernando Mayorga afirma que “la inclusión del

autogobierno se refere a las autonomias indígenas, la representación cualitativa tiene que ver com los esceños em asambleas legislativas y ela ejercicio de derechos colectivos hace relación com la consulta prévia" (MAYORGA, 2016, p. 94).

Nesse sentido a democracia intercultural, e, sobretudo a democracia comunitária dos povos originários através de seu exercício ativo no cenário político, respeitando a autonomia[8] e o autogoverno pode servir como parâmetro e modelo para salvaguarda dos saberes tradicionais associados. A tutela dos direitos coletivos garantido por intermédio da exigência da consulta prévia, em razão das autonomias indígenas e do autogoverno, assim dispostas no constitucionalismo latino americano da Bolívia insere os povos tradicionais como sujeitos ativos e principais, protagonistas dessa consulta. Tal formulação não pode ser observação na recomendação de consulta prévia em outras normativas, como por exemplo o direito de consulta prévia estabelecido na Convenção 169 da OIT.

Ainda, a refundação do que se entende por democracia, traz como efeito correlato o empoderamento popular, o ativismo social, o que está diretamente vinculado com a proposta precípua de ruptura com o ranço colonial, o resgate das raízes históricas e a proteção dos recursos naturais nacionais. Nesse sentido,

> [...] a redefinição da prática democrática a partir da Constituição poderá cumprir uma tarefa fundamental para a sociedade boliviana ao enfrentar as práticas imperialistas e do próprio capitalismo; nesse sentido a democracia poderá ser útil para tensionar esses pontos, visto que tem potencial para isso.
> Assim, uma sociedade que pensa um modelo democrático, intergovernamental, igualitário, em conjunto com formas comunitárias de autogoverno, deve potencializar também, mecanismos democráticos que inibam práticas imperialistas e intervenção plena das variadas vertentes democráticas estabelecidas. (GLADSTONE, 2015, p. 131)

É inegável, portanto, que o protagonismo dos povos tradicionais por intermédio da democracia intercultural, seja pela representatividade política, ou pelo exercício dos direitos

---

[8] André J. Hoekema alucida com clareza o conceito de autonomia: "Hablo de la autonomia política, entendida como una forma de encarnar el derecho de libre determinación, que incumbe a 'pueblos'. Se refiere a la capacidade formalmente garantizada en manos de una comunidade, un território o ambos, de autogobernarse, de tener su próprio gobierno y território, de autogestionarse y de administrar recursos según sus proprios normas y critérios. Esta capacidade puede ser ubicado dentro del orden político-legal internacional, es decir garantizado por el derecho internacional. Se trata de la soberania de estados. Pero me restringeré a la "autonomia interna" (en inglês: home rule) excluyendo los casos em los que los pueblos indígenas aspiren a la independência total (secesión) del estado. [...] Hablar de la autonomia interna es habla de todo el país, [...]. Es decir, la autonomia política interna implica la existência de um régime nacional político-legal de devolución de poderes legislativos, administrativos y jurisdicionales em cuanto a um ámbito amplio de assuntos de vida, aí como poderes de participación em la renta nacional y en la tomada de decisiones nacionales o provinciales que afecten la vida de um grupo específico de indivíduos y/o los habitantes de un território específico. [...] Entonces, normalmente implica autonomia cultural y social. (HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: BALDI, César Augusto. Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 272.

coletivos e sua autonomia, respeitando seus próprios procedimentos e costumes é ferramenta capaz de frear a biopirataria, salvaguardar os saberes tradicionais e a biodiversidade associada, e fomentar elementos para formulação de um instrumento jurídico de tutela apto ao enfrentamento do domínio e poderio do Acordo Trips, pautado, sobretudo, na valorização das riquezas do Sul Social, e na travessia para em um futuro paulatino e promissor superar a subserviência e a colonialidade imposta pelo Norte Social.

Interligado a isso, e de fundamental relevância para assegurar a autonomia e protagonismos das nações originárias, bem como asseverar o projeto descolonizador proposto pela nova Constituição, insere-se o pluralismo jurídico estabelecido como um dos pilares do fundamento estruturante do Estado boliviano. Trata-se do reconhecimento de todas as formas de Justiça, inclusive a Justiça indígena, "distinta e paralela à juridicidade estatal" (WOLKMER, 2015, p. 243). Nesse sentido, Antônio Carlo Wolkmer ao tratar do pluralismo jurídico andino afirma que

> [...] a Constituição da Bolívia de 2009 representa o marco fundamental da institucionalização do pluralismo jurídico e traz as inovações da 'refundação' do Estado boliviano, essencialmente indígena, anticolonialista e plurinacional. Esse processo político, que representa o mais autêntico Constitucionalismo pluralista, também estabelece a força os direitos dos povos indígenas, o direito à educação intercultural e o inovador igualitarismo judicial. Desta forma, o pluralismo como "princípio estruturante" do estado boliviano projeta-se na diversidade política-religiosa, social, política, econômica, jurídica e cultural. Em consequência, o texto constitucional estabelece o princípio do pluralismo (político e jurídico) como fundamento do Estado, consagrando o reconhecimento ancestral de formas comunitárias e autônomas de justiça, em que decisões são tomadas coletivamente para a resolução. Buscando *vivir bien* em equilíbrio entre todos com a natureza. (WOLKMER, 2015, p. 244-245)

O pluralismo jurídico está radicado não somente com a diversidade cultural, ou com a interculturalidade (princípio da interculturalidade), mas sobretudo com o reconhecimento da livre determinação dos povos, ou seja, com a sua autonomia (FAJARDO, 2015, p.47). Nesse sentido, André Hoekema é enfático ao afirmar que "un pluralismo jurídico igualitario implica la autonomia profunda" (HOEKEMA, 2015, p. 275).

O monismo jurídico tem como fundamento o que se discutia no primeiro capítulo deste trabalho: a colonialidade do poder. Ou seja, sob argumentos de superioridade de uma cultura sobre a outra, critérios de raça, que tornou diferentes formas de justiça e visões inferiores, e portanto, inválidas, sufocando-as através da imposição de um sistema jurídico único e estatal. Isto é, consoante Santos "nos casos em que as populações autóctones, 'nativas' ou indígenas, quando não totalmente exterminadas, foram submetidas ao direito do conquistador" (SANTOS, 2014, p. 57). Igualmente, essa perspectiva é bem observada por Hoekema quando afirma que

“la diferencia de visiones y práticas jurídicas, el ninguneo de la otredad jurídica e fundamenta em argumentaciones de la supuesta superioridade de una cultura sobre otra, tal superioridade se invalida a razón de la cultura del color de la piel” (HOEKEMA, 2015, p. 328).

O pluralismo jurídico desvela, portanto, a ruptura com a colonialidade do Direito, libertando diferentes culturas para o exercício das suas formas de direito, e é um elemento capaz de fomentar a tutela dos saberes tradicionais, vez que torna a jurisdição e formas de direitos dos povos tradicionais ativas. Mas não só, ao reconhecer a pluralidade jurídica e o direito ao exercício da justiça indígena, o Estado boliviano diz-nos que essa Justiça é relevante e pode trazer contribuições para outros sistemas pelos princípios da interculturalidade, em um objetivo precípuo do buen vivir das relações entre os homens (seres humanos), e do homem com a natureza.

De toda sorte, o que se pretende evidenciar é que esse tripé formado pela plurinacionalidade, democracia intercultural (democracia comunitária) e pluralismo jurídico, pautados sob o eixo do princípio do *buen viver*, da interculturalidade e do pluralismo, são paradigmas que evidenciam indicativos de atributos para fomentar a formação de um instrumento jurídico de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada, e/ou ao menos que irradie efeitos aos demais povos tradicionais dos países do Sul social, a fim de reivindicarem mudanças paradigmáticas em prol da garantia de seus direitos, a proteção dos seus saberes e seus recursos naturais em contraposição ao poderio econômico e político do Norte Social e do Acordo Trips.

Por fim, a riqueza trazida pela Constituição da Bolívia de 2009 pela valorização dos povos tradicionais sua cultura, seu direito, sua humanidade, em busca da ruptura com a colonialidade, o capitalismo, neoliberalismo e exploração, em favor do protagonismo local, da luta pelas riquezas naturais, ainda que caminhando paulatinamente para sua total concretude, ou ainda que na teoria, com falhas e resistências, representa um fôlego ao Sul social inédito no sistema-mundo-global e que tem despertado as atenções e preocupações do Norte Social. O que por vezes pode parecer um objetivo utópico em um cenário hostil e predatório, pode tornar-se concreto quando as forças convergem em luta. Este é o legado do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia para o Sul social, e, além disso, para este trabalho: para a incessante procura de salvaguarda aos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada.

2.3 A PACHAMAMA CONCLAMA SEUS DIREITOS: o girobiocêntrico no novo constitucionalismo latino americano do Equador e a biodiversidade associada aos saberes tradicionais

Há quem diga que as Constituições do Novo Constitucionalismo Latino Americano são poéticas e sonhadoras. Nesse sentido, cremos que todos aqueles que um dia tiveram o intuito de revolucionar e mudar as concepções de mundo estavam banhados de um manto sonhador, poético e utópico, apropriado é, portanto, inaugurar desta maneira o presente subcapítulo:

> Existe um único lugar onde o ontem e o hoje se encontram e se reconhecem e se abraçam, e este lugar é o amanhã. Soam como futuras certas vozes do passado americano muito antigo. As antigas vozes, digamos, que ainda nos dizem que somos filhos da terra, e que mãe a gente não vende nem aluga. Enquanto chovem pássaros mortos sobre a cidade do México e os rios se transformam em cloacas, os mares em depósitos de lixo e as selvas em deserto, essas vozes teimosamente vivas nos anunciam outro mundo que não seja este, envenenador de água, do solo, do ar e da alma.
> Também nos anunciam outro mundo possível as vozes antigas que nos falam de comunidade. A comunidade, o modo comunitário de produção de vida, é a mais remota tradição das Américas, a mais americana de todas: pertence aos primeiros tempos e às primeiras pessoas, mas pertence também aos tempos que vêm e pressentem um novo Mundo Novo. Porque nada existe menos estrangeiro que o socialismo nestas terras nossas. Estrangeiro é, na verdade, o capitalismo: como a varíola, como a gripe, veio de longe. (GALEANO, 2002)

Seguindo Galeano, as antigas vozes que dizem que somos filhos da terra parecem que já vivenciam um tempo que chegou anunciando um novo Novo Mundo no sistema-mundo-global. Esse pequeno novo Novo Mundo que se destaca na imensidão de um velho mundo de ranço colonial e subalterno, recebeu uma nova certidão de nascimento em 2008: a *"Republica del Ecuador"*.

Na obscuridade do atual sistema-mundo-global, da era da informação, da globalização, em que dominar recursos naturais (biodiversidade) e informação (saberes tradicionais) é sinônimo de poder e de domínios de mercados e, por conseguinte, de lucros (capitalismo), as vozes antigas, das comunidades, tornam-se protagonistas na formação de novo Novo Mundo, onde a Pachamama, ou seja, a mãe natureza, está no centro das relações, e como tal, deve ser respeitada e valorizada como sujeito de direitos. As vozes antigas, que ecoam do novo constitucionalismo latino americano, sobretudo do Equador, desvelam-nos as veias que nos ligam a sobrevivência à mãe terra de modo indissociável a partir de um princípio maior de bem viver ou de viver bem.

Isto é, a Pachamama conclama seus direitos ao sistema-mundo-global e impõe, ou melhor, reclama uma nova forma de viver, o *buen vivir*. Nesse sentido Antonio Carlos Wolkmer afirma que

> [...] a Constituição do Equador de 2008 é a referência obrigatória em termos de avanços ecológico-ambientais, por seu "giro biocêntrico" ao admitir os direitos da natureza (Pachamama) e os direitos ao desenvolvimento do "buen vivir" (Sumak kawsay). Questão de repercussão e de controvérsias, o texto constitucional equatoriano rompe com a tradição clássica ocidental que atribui aos seres humanos à fonte exclusiva de direitos subjetivos e fundamentais, introduzindo a natureza como sujeito de direitos. (WOLKMER, 2015, p. 244)

Assim como na Bolívia, o novo constitucionalismo latino americano que se instalou no Equador com a promulgação da Constituição de 2008 no bojo de sua formação traz o auspicio de superação das forças coloniais, neoliberais e da exploração capitalista sobre seus recursos naturais e sua nação. Como um movimento igualmente nasceu das demandas e reclames que retumbavam das ruas em um caótico cenário de desemprego, miserabilidade e tomada de medidas neoliberais impostas pelo sistema-mundo-global advinda de uma complexa teia da colonialidade do poder.

A desvalorização do sucre (moeda equatoriana) em 43% associada a mais de 70% de desempregados, levaram com que o presidente Jamil Mahuad Witt - eleito em 1998 - promovesse a "dolarização" da moeda, gerando a união de militares e indígenas em movimentos contra sua saída. Por conseguinte, em 2002, assume Lucio Gutiérrez que adotou inúmeras políticas de austeridade e corte de gastos públicos, gerando sua impopularidade e inúmeras tentativas de *impeachement*, tendo sido deposto tempo depois. (PRADO, SOARES, COLOMBO, 2007, p. 22-23).

Foi somente em 2006 que com Rafael Correa eleito presidente que medidas políticas com caráter social e nacional passaram a ser tomadas, aproximando-se, inclusive de Evo Morales. A partir de então, Rafael Correa convocou a Assembleia Constituinte, resultando em 2008 na promulgação na nova Carta.

A vozes antigas foram determinantes na formulação paradigmática desta Carta, tendo como princípio estruturante o *Buen Vivir,* pelo qual

> [...] vincula o Estado com a concepção indígena, expressada nesse caso em quéchua: "Reconhece-se o direito da população a viver em um ambiente são e ecologicamente equilibrado, que garanta a sustentabilidade e o bom viver, *sumak kawasay*" (art. 14, além dos arts. 250, 275 e 387.2). *Bom viver* ou *viver bem* é tradução de expressões indígenas, a cujo significado será preciso, então, atender.
> Está dito. Bom viver ou viver bem não é algo que se traga à tona agora apenas para significar uma alternativa ao desenvolvimento desconsiderado com a natureza e em

> contraposição, assim, a outra expressão como a usual de bem estar ou, formando palavra singular, bem-estar. **Bom viver** traduz *sumak kawasay*, *suma qamaña* ou *ñandereko*, expressões que estão vinculadas a uma determinada concepção da natureza tão inclusiva que a humanidade guardaria com ela uma relação de dependência por filiação. (CLAVERÓ, 2015, p. 124-125)

Não obstante, imprescindível retratar que, assim como a Bolívia, o Equador também prima pela plurinacionalidade, pela livre determinação dos povos, a interculturalidade, o pluralismo jurídico em sua Carta Constitucional de 2008. Entretanto, como mencionado no capítulo antecedente, tais aspectos ainda são deficitários. Em contrapartida traz como inovação de maior destaque o "girobiocêntrico", ou seja, a garantia dos direitos da Pachamama, que é resultado da atenção dada as cosmovisões das diferentes culturas e povos. Em razão disso, adotou-se como critério de destaque e elemento essencial do novo constitucionalismo latino americano do Equador a ser esmiuçado, a fim de encontrar fundamentos para a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, os seus eixos paradigmáticos e de maior expressividade: o *buen vivir* e os direitos da Pachamama (natureza) como sujeito de direitos

Dessa forma, a Constituição do Equador inaugura seu catálago de direitos com um catálogo dos "direitos do bom viver", como garantia de um direito da humanidade, e a seguir, dedica um capítulo para tratar dos "Direitos da natureza", a Pachamama. Aliás, o próprio termo "Pachamama", que significa "mãe terra" e que está presente na extensão da Carta Constitucional, é de origem indígena dos quéchua e aymara, e a densidade valorativa que traduz é a simbiose da natureza e a humanidade (CLAVERÓ, 2015, p. 123-124).

Isso decorre essencialmente do princípio basilar da Constituição equatoriana de 2008, o viver bem, ou *vivir buer,* que permeia todo o catálago da Carta. Para Santamaría "el sumak kawsay es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad" (SANTAMARÍA, 2015, p. 173). O princípio do buen vivir ao ser adotado como elemento fundante do Estado equatoriano, representa não só a intenção de ações positivas em prol de uma filosofia de bem viver, mas estabelece expressamente um vínculo com a luta dos povos e nações contra as formas de vida exploratória, coloniais imposta pelos meios de produção, de trabalho, de relações com a natureza, do capitalismo, etc do sistema-mundo-global. Nesse sentido, Brandão corrobora afirmando que

> O Bem-viver, portanto, não ataca a superficialidade do problema, mas sim as causas fundamentais das grandes desigualdades que assolam países latino-americanos, que é a força da economia em detrimento do ser humano e da natureza. E determinadas medidas, garantidas pela Constituição, tornam o Sumak Kawasay não apenas mais uma peça retórica nas Constituições simbólicas (ou poéticas) de nosso continente, mas, efetivamente, concretizam a possibilidade de priorizar direitos fundamentais, em detrimento do poder econômico e da estrutura colonial. [...]

> O bem-viver é uma espécie de princípio guia que rege essas Constituições e cumpre um papel de resistência dos povos indígenas contra o poder econômico (petroleiras, mineradoras, agronegócio). Por isso, está presente não somente nas intenções e formulações acadêmicas da produção do conhecimento, mas, principalmente, nas reações e resistências das lutas indígenas por toda a América andina. (BRANDÃO, 2015, p. 163)

O reconhecimento dos direitos da natureza como sujeito de direitos segue a mesma ótica: provoca a ruptura com a visão antropocêntrica e de subserviência da natureza aos interesses humanos, do capitalismo, das forças econômicas. O que a Constituição equatoriana de 2008 se propõe a dizer e a efetivar, a partir daquelas vozes antigas, ou seja, das cosmovisões indígenas é que natureza e homem não estão dissociados, ao revés, o homem é a natureza, faz parte da natureza, e seus atos tem reflexo diretos sobre si mesmo.

Essa ideia também perpassa o que se falava no capítulo inaugural deste trabalho, a relação simbiótica existente entre comunidades tradicionais e biodiversidade (natureza). Não se pode falar em tutela de saberes tradicionais, sem salvaguardar a biodiversidade. Isso porque, os saberes tradicionais, a cultura, toda a forma de vida desenvolvida pelas comunidades tradicionais, são desenvolvidas em estrita dependência com a Pachamama. Se não há Pachamama, não há saber tradicional a ser tutelado!

Santamaría trabalha com a concepção de reciprocidade criada pela inovação dos direitos da mãe natureza, para pautar essas relações de (inter)dependência homem-natureza-mundo, afirmando que

> Toda actuación humana tiene transcendência cósmica y forma parte de um orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamento occidental que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonimiía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones. [...].
> Em cuanto a la relación com la naturaleza, el ser humano cuando se inter-relaciona con la tierra, al sembrar o cosechar, no la hace como com um objeto, sino con um sujeto, com el que trabaja, se transforma, tiene rostro. El rito de la siembra es uma interrelación de profundo respecto y reciprocidad. [...]
> Si la naturela es recíproca con el ser humano y vice-versa,conviene preservar esa interrelación a través de la noción de derecho. Descidar, desproteger y danar la natureza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidade. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues uma razón más para poderaplicar la noción de igualdad y por tanto de no discriminar a um de las partes em relaciones equivalentes. La categoria de derecho fundamental es una espécie de antídoto que neutraliza la patético que puede ser el uso indiscriminado de la natureza. (SANTAMARÍA, 2015, p. 162-163)

Não se trata de mera positivação de direitos inalcançáveis ou intangíveis, mas quando o Estado do Equador consagra os direitos da natureza, enquanto sujeito de direitos, segundo as cosmovisões indígenas, proclama um projeto de país que se propõe a trilhar caminhos diversos

do que conduziram as economias capitalistas, dependentes, extrativistas, etc até o presente. Esse projeto de país privilegia um modelo econômico social, solidário e soberano, assente, sobretudo, na relação de harmonia com a natureza, que "deja de ser un capital natural para convertirse en un patrimônio natural. Esto no se niega que la economia capitalista sea acogida en la Constituición, pelo impede (lo que es mucho) que las relaciones capitalistas globales determinen la lógica, la dirección y el ritmo de desarrollo nacional" (SANTOS, 2015, p. 191)

A partir do girobiocêntrico, o princípio do viver bem e o reconhecimento dos direitos da Pachamama – acrescido de todas as outras peculiaridades abordadas no capítulo anterior -, a Constituição do Equador 2008 apresenta um projeto de Estado comprometido com a natureza (biodiversidade) e os povos indígenas (tradicionais e saberes tradicionais), além de apresentar um projeto de descolonização soberana. De toda sorte, o novo constitucionalismo latino americano do Equador e da Bolívia se projetam e projetam no presente, e sobretudo no futuro, um autêntico projeto emancipatório e descolonizador para a América Latina e ao Sul Social como um todo, que muito podem contribuir a tutela dos saberes tradicionais e a biodiversidade, em que pese todos as adversidades que hão de irromper nesse caminho.

Nesse sentido assim como a Bolívia, o Equador vincula as ações do Estado em prol da efetivação dos direitos que promulgou na Carta. Os direitos da pachamama, listados especialmente no Título II da Carta, incluem o respeito a sua existência, a manutenção e a regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos[9]. Ao proceder uma reflexão breve, quando há a apropriação dos recursos genéticos e saberes tradicionais, passados ao monopólio privados por meio das patentes asseguradas pelo Acordo Trips, impede-se que comunidades prossigam utilizando suas formas de manejos, seus conhecimentos aplicados naquele determinado recurso genético (natureza), de modo que este recurso genético (biodiversidade – natureza – pachamama) detinha inteira dependência de sobrevivência com essas formas de manejos, saberes aplicados.

Os reflexos do patenteamento desses recursos e saberes, é, não raro, o sepultamento da variabilidade genética, saberes, comunidades tradicionais, fauna, flora e tudo o que a eles se interligavam. Dessa forma, os ciclos vitais, as estruturas, funções, processos da Pachamama são rompidos e parte dela deixa de integrar a existência e sobrevivência da coletividade. O

[9] Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

imperativo que o Norte Social precisa compreender, ou melhor, aprender com essas novas constituições, é que

> "[...] el ser humano no está em la naturaleza o la naturaleza alberga al ser humano, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano com la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo. (SANTAMARÍA, 2016, p. 159-160)

O novo constitucionalismo latino americano no Equador se propaga no presente e no futuro no intento de promover uma ruptura com essa lógica exploratória e destrutiva, insustentável a vida na Terra. O novo Novo Mundo que se anuncia no Equador ouve as vozes antigas e sua sabedoria para vislumbrar a necessidade de preservar as relações com a natureza em prol de preservar a vida da coletividade, da humanidade, de todos os seres vivos. Normatizar os direitos da Pachamama é vincular as ações do Estado, e de todos sob seu manto, de modo que qualquer um possa exigir sua efetivação.

Falar em direitos da Pachamama e bem viver pressupõe uma visão holística do mundo, é refletir os direitos da coletividade e superar a ótica individualista, privada, egoísta. É inegável, portanto, que o Equador quando promulgou a Constituição de 2008, dando voz as cosmovisões indígenas e à Pachamama lançou no cenário internacional uma visão de mundo que está muito além da estagnada e limitada ótica predatória, antropocêntrica, do capitalismo global, da era da informação, do sistema-mundo-global.

A Constituição do Equador de 2008, com essas inovações, é um projeto de Estado, mas também, é um corajoso projeto de mundo, que transcende as suas fronteiras. Em um cenário mundial em que a todo momento se buscam soluções frouxas, estapafúrdias e sem quaisquer efeitos concretos, o novo constitucionalismo latino americano do Equador, planta uma semente de esperança e que se propõe diferente de tudo que até então se intentou.

Para Brandão estamos falando, na seara do Direito, de uma nova era do Direito:

> Sem dúvida, o reconhecimento constitucional dos direitos da natureza promove uma nova era na história do direito, tendo em vista que uma das ideias mais marcantes do eurocentrismo é a da exploração da natureza, engendrada a partir da ética produtivista da revolução industrial.
> A Constituição do Equador, além de mencionar a Pachamama no seu preâmbulo, normatiza que a natureza é sujeito de direitos nas hipóteses em que a própria Constituição reconheça (art. 10), contudo, é no Título II (Dos Direitos) que se encontram os artigos paradigmáticos em relação aos direitos da natureza. (BRANDÃO, 2015, p. 175-176)

Essa nova era do Direito, inclui-se também o entendimento de Claveró segundo o qual os direitos humanos estão sendo reformulados na seara internacional em razão desse novo constitucionalismo latino americano. O autor elucida como exemplo o fato de que em julho do ano de 2010 "só então, a Assembleia Geral das Nações Unidas declara solenemente 'o direito à água potável e ao saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos', um direito fundamental a esse ponto" (CLAVERÓ, 2015, p.123).

Obviamente, a adoção de normas em nível internacional nos moldes estabelecidos nessas constituições está deveras distante de concretização. Entretanto, percebe-se que, como o autor menciona, os preceitos advindos dessas constituições começam a emitir reflexos, ainda que incipientes. Boaventura de Souza Santos em suas críticas aos direitos humanos formulados sob as bases ocidentais eurocêntricas, afirma que mesmo supondo quando esses direitos humanos imaginaram incluir todos os humanos sob seu manto (o que não o faz), os sujeitos de direitos encobridos pelo seu manto são exclusivamente humanos (SANTOS, 2013, p. 77). Em contraposição a isso, a essa concepção de direitos humanos, Santos segue afirmando que

> Outras gramáticas de dignidade, os humanos estão integrados em entidades mais amplas – a ordem cósmica, a natureza – que, se não forem protegidas, de pouco valerá a proteção concedida aos humanos. A partir da concepção ocidental e direitos humanos, é impossível conceber a natureza, a *res extensa* de Descartes, como um sujeito de Direitos humanos. Daí a notoriedade excepcional da Constituição do Equador de 2008 e a grande controvérsia por ela gerada ao consagrar com grande relevo os direitos da natureza, fazendo-se eco das concepções indígenas de natureza enquanto organismos vivo e terra-mãe, concepções essas radicalmente distintas das dominantes na modernidade ocidental. A concepção da natureza como parte integrante da sociedade, e não como algo separado desta, implicaria uma transformação profunda das relações sociais e políticas. Implicaria uma refundação do Estado moderno. Foi isto mesmo, que foi tentado na Constituição do Equador de 2008 [...]. (SANTOS, 2013, p. 77-78)

Isto é, os direitos da Pachamama, como sujeito de direitos, efetivamente implicam nessa reformulação da concepção clássica de direitos humanos. Santamaría afirma que algumas rupturas conceituais se fazem necessárias, começando pela denominação, de modo que "no cabe ya el término genérico de 'derechos humanos' para referirse a los derechos que tienen uma protección genérico em las Constituiciones. Conviene denominarlos derechos fundamentales o derechos constitucionales" (2015, p. 164).

O que importa é que, sob o manto do princípio do bem viver, a natureza (biodiversidade) erigida ao status de sujeito de direito, cujos direitos implicam em garantia de direitos coletivos a todos, não pode ou não poderia ser entendida inserta no universo da propriedade privada e

monopolista. Como sujeito de direitos, ela reclama o seu direito de existência, reprodução, de seus ciclos de vida sem que isso seja passível de interferência pelos ditames dos cânones capitalistas.

O novo constitucionalismo latino americano do Equador com a Carta de 2008 se propõe a estabelecer essas conexões. São esses fundamentos, a partir de uma visão holística, que podem contribuir para uma inovadora epistemologia de tutela dos saberes ancestrais e biodiversidade associada frente aos imperativos do Acordo Trip's. As relações simbióticas entre povos tradicionais, sua cultura e seus conhecimentos com a manutenção da diversidade biológica impõe reflexões a partir dessa ótica em prol de uma efetiva tutela, seja pelo empoderamento e protagonismo dos povos (lutas), ou pela possibilidade de formulação de um instrumento jurídico que absorva reflexos desses preceitos.

Diegues menciona os estudos elaborado por Balée e Homez-Pompa que evidenciam que a manutenção e até mesmo o aumento da diversidade biológica das florestas tropicais estão estritamente relacionados com a agricultura itinerante, isto é, formas de manejo dos povos tradicionais (DIEGUES, 2001, p. 150). Os direitos de propriedade intelectual, sobretudo as patentes alavancadas pelo Acordo Trips, além de serem instrumentos de colonialidade e exploração, respondem a um efeito absolutamente reverso, no sentido de que "o sistema é extremamente injusto ao permitir o monopólio capitalista sobre recursos naturais vivos que retira a possibilidade de as comunidades locais continuarem a fazer uso pelo efeito da exclusividade gerado pelo patenteamento" (DE GREGORI, 2013, p. 163), e, portanto, provoca a redução da diversidade biológica. Portanto, não depreende qualquer preocupação ao fato de que

> [...] a biodiversidade e os sistemas de conhecimento indígenas satisfazem as necessidades de milhões de pessoas, novos sistemas de patentes e de direitos de propriedade intelectual ameaçam apropriar-se destes recursos e processos de conhecimento vitais do Terceiro Mundo e convertê-los em monopólio vantajoso para as empresas do Norte. As patentes estão, por isso, no centro do novo colonialismo. (SHIVA, 2005, p. 320)

A perda da diversidade biológica, e, por conseguinte, de saberes ancestrais, em decorrência dos monopólios gerados pelos direitos de propriedade intelectual, não só ferem os direitos da Pachamama, como também, não são atinentes aos princípios do bem viver. Obviamente, ao Equador e a Bolívia tais elementos são de suma importância e de vital observância, ao menos no plano teórico dos objetivos, enquanto que ao Norte Social e grande parte dos países do Sul social que vivem sob a cegueira da colonialidade e do capitalismo, a

falácia dos usos sustentáveis da natureza – que está a nosso dispor – é suficiente para regrar as relações.

As configurações do Equador, com seu girobiocêntrico e Bolívia, com o tripé plurinacionalidade, democracia comunitária e pluralismo jurídico - projetos de ruptura com o eixo colonial e subserviência do Sul social aos interesses do Norte Social e de protagonismo dos povos originários, sobressaltam-se nesse cenário caótico carregando a potencialidade de desvelar essa cegueira e promover uma releitura da história do sistema-mundo-global. Ou melhor, de subverter a história forjada imposta ao Sul Social pelo sistema-mundo-global criado pelo Norte Social.

Declarar a Pachamama como sujeito de direitos a partir das cosmovisões indígenas e do princípio do buen vivir amolda-se em um instrumento contra-hegemônico à espoliação dos bens naturais e conhecimentos tradicionais do Sul social pelo Norte social, ou em termos gerais, as novas formas de colonialidade. Nesse sentido, Brandão vai além, e afirma que se trata de uma construção contra hegemônica de uma nova sociedade:

> [...] o Bem-viver não instrumentaliza a natureza, pelo contrário, inter-relaciona os seres humanos com a biosfera, criando uma solidariedade vinculante entre pessoa-sociedade-natureza, tanto que uma das mudanças mais importantes do constitucionalismo andino foi questionar o conceito de desenvolvimento por meio de teorias críticas, lutas emancipatórias e novas perspectivas epistemológicas que se nutrem do conhecimento dos povos ancestrais. Isso se insere na construção contra-hegemônica de uma nova sociedade. (BRANDÃO, 2015, p. 154)

Há, portanto o sobressaliente poder contra-hegemônico que emana dos movimentos populares, dos povos originários em face das formas de desenvolvimento, do capitalismo voraz, da globalização sufocante, da cientifização do conhecimento, ou seja, contra todas as formas de opressão, colonialidade e exploração. Nesse sentido, utilizando o sentido do que leciona Zygmunt Bauman quando trata do mal-estar da pós-modernidade, os estranhos que foram produzidos pela sociedade (sistema-mundo-global), porque toda sociedade produz seus estranhos – aqueles que "não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo"-, a partir da descoberta das Américas, agora geram incertezas onde deveria reinar as certezas e obscurecem e tornam tênues as linhas de fronteira que deveriam ser claramente visíveis, isso dá origem ao mal-estar de se sentir perdido (BAUMAN, 1998, 27). Incertezas geram insegurança, desconforto, medo.

Os estranhos que agora geram o mal-estar e as incertezas, tornaram-se protagonistas em prol de um movimento de rebeldia contra a exclusão, a colonialidade, a exploração, e mais, erigiram as suas crenças e sabedorias a nível constitucional. Em um contexto em que povos

indígenas surgem como protagonistas na política e a pachamama tem direitos próprios como sujeito de direitos, certamente desperta o mal-estar daqueles que detinham o controle estável das forças de poder. Já que são núcleos subversivos, foco de inovações, potenciais ferramentas de emancipação a irradiar efeitos àqueles em igual ou semelhante situação.

Destarte, não se pretende dizer que os direitos da pachamama e o buen viver, assim como posto no novo constitucionalismo latino americano provocarão uma ruptura imediata no senso global. Ao revés, crê-se em um projeto de presente e que se projeta para o futuro, como ferramenta capaz de reconfigurar as concepções classistas de interrelações pessoais e com a natureza. De outro lado, os fundamentos que aqui se anunciam podem fomentar perspectivas para novas engenharias de tutela aos saberes tradicionais, e, portanto, deve-se tomar em consideração. O avanço da Constituição do Equador de 2008 é um aparato normativo, social, político, inovador, vanguarda, futurístico, e que resguarda o respeito aos povos tradicionais e a mãe natureza, elementos essenciais para o diálogo de salvaguarda, para além de utopias intangíveis.

3 UTOPIA OU POSSIBILIDADE: perspectivas de uma nova epistemologia de salvaguarda aos saberes tradicionais e biodiversidade associada

3.1 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO VERSUS PROPRIEDADE INTELECTUAL, TRIPS E CDB: COLÓQUIO ENTRE POTENCIALIDADES E FRAGILIDADES.

Questionar se o novo constitucionalismo latino americano pode contribuir para salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada frente aos imperativos econômicos, coloniais, do Acordo Trips (Propriedade Intelectual) e do Norte Social, impõe uma condicionante. Essa condicionante implica em superar a sedução das ilusões. Os encantos das inovações do novo constitucionalismo latino americano seduzem, mas se, pretende-se responder o questionamento inicial, é preciso atentar-se a realidade não só das suas potencialidades, mas também, das suas fragilidades.

Outrossim, o embate dessas potencialidades e fragilidades com as forças exercidas pela colonialidade do poder, do capitalismo, eurocentrismo, e as normativas do Acordo Trips (propriedade intelectual) e CBD são imprescindíveis para a consecução do derradeiro objetivo. Dessa forma o presente subcapítulo pauta-se em trazer aspectos mais pontuais, objetivos e

normativos, tendo em vista que os princípios e fundamentos já foram densamente explorados no capítulo anterior.

De imediato a fragilidade que se sobressai e é pauta de discussões e críticas dos estudiosos que vem se debruçando sobre o novo constitucionalismo latino americano, são as limitações impostas a jurisdição indígena, fruto da conquista da resistência das forças conservadoras. A temática da jurisdição indígena na Constituição da Bolívia é tratada sobretudo nos artigos 190 até artigo 192, mas é especificamente no artigo 191, incisos I e II[10] que resguarda maior profundidade a abordagem. As limitações são de ordem subjetiva, territorial e material.

Esse dispositivo, estabelece que a Justiça indígena abrangerá somente os membros da nação ou povo indígena originário, para assuntos indígenas e dentro da jurisdição (territorial) daquele povo. Sentido semelhante é adotado pela Constituição do Equador no artigo 171[11] ao estabelecer que a jurisdição indígena será exercida dentro do seu âmbito territorial e para solver seus conflitos internos.

Essa limitação imposta à jurisdição indígena implica em restrição ao gozo pleno e sua autodeterminação, seu autogoverno, e prejudica os intentos de um pretenso Estado que se diz plurinacional. Para Boaventura de Souza Santos, as limitações impostas pela vitória das forças conservadoras, refletem problemas de diversas ordens:

> La jurisdición indígena se aplica exclusivamente a los indígenas, lo que suscita el problema de la jurisdicción aplicable cuando los conflitos envulven indígenas y no indígenas, lo que ocorre frecuentemente. Por otro lado, la jurisdicción indígena se aplica em los territórios indígenas, lo que suscita dos problemas. El primero es la delimitación del território que em muchos casos puede no ser muy clara. El segundo es el problema de los conflitos entre indígenas cuando ocurren fuera del territorio. (SANTOS, 2015, p. 197)

Essa limitação é um fator de fragilidade ao novo constitucionalismo latino americano como fonte fomentadora de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada. Isso

---

[10] **Artículo 191**. **I.** La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta em ***un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario*** campesino. **II**. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: **1**. ***Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino***, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. **2.** Esta jurisdicción ***conoce los asuntos indígena originario campesinos*** de conformidad a lo establecido en una ley de Deslinde Jurisdiccional. **3.** Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen ***dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino***.

[11] Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, ***dentro de su ámbito territorial***, com garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios ***para la solución de sus conflictos internos***, y ***que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales***.

porque, insere os povos tradicionais em posição de desvantagem em relação aos não indígenas. Em uma situação hipotética de apropriação sem consentimento de seus saberes tradicionais e biodiversidade pelos homens brancos de laboratório vindos do Norte Social, mesmo que seja um assunto indígena, e se dê dentro do âmbito territorial na nação originária, o fato deste bioprospector ser não-indígena exclui a possibilidade de autonomia desta nação originaria exercerem sua jurisdição, seu direito, sua justiça sobre esse caso.

É, pois, um aspecto normativo que se deve avançar no sentido de conceder o exercício pleno da jurisdição indígena, e por conseguinte, da sua autonomia e autogoverno, se almeja-se refletir um diálogo para fomentar a formação de um instrumento jurídico de tutela aos saberes tradicionais que faça frente ao poderio exercido pelo Acordo Trips e os direitos de propriedade intelectual sob os países do Sul social. É, notadamente, um aspecto que deve ser razão para prosseguir a jornada das lutas, lutas que mudam o mundo.

Por outro ponto de vista, essas limitações impostas a jurisdição indígena desvelam a forte carga de influências que a colonialidade do poder, o capitalismo, e o eurocentrismo exercem sobre o continente latino-americano. Evidencia que uma ruptura com essa herança e o resgate das raízes - o olhar desde o Sul - é um processo e um procedimento progressivo e deveras lento. Romper com as ilusões e as seduções, é compreender que as dificuldades serão múltiplas para se posicionar no sistema-mundo-global, e que por vezes, poderá subsumir-se às forças desse sistema, o qual silenciosamente envolve e distorce aquela imagem que se pretendia ou sonhava construir. Ou, como Quijano falava, "um espelho que distorce o que reflete" (QUIJANO, 2005, p. 129)

A segregação da jurisdição indígena, aplicável apenas à indígenas, dentro do seu território, e para assuntos indígenas, não pode ser outra coisa que não a classificação conforme os critérios de raça, o mais importante instrumento de dominação do sistema-mundo-global. O novo constitucionalismo latino-americano com todo seu projeto descolonizador – e assim o é – cedeu espaço para a infiltração das forças da colonialidade do poder, do sistema-mundo-global perverso. Segundo Raquel Fajardo, um tendência neocolonial convivendo com a visão descolonizadora:

> [...] estas constituiciones no se librarán de la tensión entre una visión descolonizadora – que reconece que los pueblos indígenas ejercen su jurisdicción como parte de su derecho a la autonomia, bajo el principio de la igualdad de jerarquia entre la jurisdicción indígena y la ordinária, y una tendencia neocolonial que busca circunscrir la jurisdicción indígena a una forma de control étnico, aplicada entre indígenas, para "assuntos indígena", sin capacidad para ser aplicada a terceros que afectan sus bienes jurídicos dentro de sus territorios. (FAJARDO, 2015, p. 48)

De toda forma, o fato de as forças do sistema-mundo-global terem perpetrado o projeto de Estado (e de mundo) descolonizador, não põe por terra toda sua luta e seu objetivo. É inegável que o novo constitucionalismo da Bolívia e Equador são vanguardas na seara do Direito, em inovações políticas, sociais, culturais, ambientais, e possuem potencialidades diversas.

É imprescindível vislumbrar para muito além do que as fragilidades aparentemente representam. As fragilidades fomentam os motivos dessas lutas por reconhecimento, direitos, cultura, pela natureza, biodiversidade, não estagnarem. O movimento (dos povos) é o que faz o futuro ser construído de forma diferente, talvez uma utopia, contudo, é o que nos move. Além disso, são os frutos dessas lutas diárias, que vão se seguir e expandir, que colocam em evidência esse novo constitucionalismo no cenário global e emitem reflexos para os demais povos do Sul Social.

Um dispositivo normativo por si só não anula toda a intenção constitucional de dar voz e autoderminação aos povos, seu protagonismo. Países que se dizem comprometidos com um objetivo comum, por certo, hão de encontrar formas de contornar essa limitação, seja pela aplicação do princípio da interculturalidade, dos deveres de coordenação e cooperação entre as jurisdições, pela ausência de distinção de graus de hierarquia, ou simplesmente, como Fajardo defende

> Ello ha dado lugar a la existencia simultânea, en el texto constitucional, de princípios pluralistas (principio de pluralismo, auntonomía indígena, principio de representación paritária de jueces ordinários e indígenas) y normas limitativas (jurisdición indígena restringida a indígenas, para assuntos indígenas y dentro de su territorio). Para salvar los princípios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constituición será necessário hacer una interpretación pluralista del texto constitucional. (FAJARDO, 2015, p.47)

Ademais, de relevo salientar que a Constituição da Bolívia, a qual tem mais zelo pelo pluralismo como já mencionado, estabelece as suas instituições (Tribunal Constitucional Plurinacional, Assembleia Plurinacional, Corte Suprema etc) em conformidade com seus objetivos de descolonização e reconhecimento dos povos. Essas instituições devem ter composição plural e de forma paritária. Além disso, tem o dever de refletir em suas decisões e ações a interculturalidade e o pluralismo, incluindo a visão indígena e ordinária.

De outra banda, a soberania dos povos, e a autonomia é reforçada pela constitucionalização do direito à consulta prévia, livre e informada, em conformidade com seus usos e costumes, quando projetos de ingerência sobre seus territórios, recursos naturais, biodiversidades e conhecimentos podem serem afetados, ou são objetos da exploração. Ambas

constituições preveem o mecanismo de consulta prévia no rol de Direitos fundamentais das nações e povos originários.

A constitucionalização do direito a consulta prévia, livre e informada aos povos tradicionais, conforme seus próprios métodos e costumes, representa um potencial de tutela frente a utilização de seus saberes e biodiversidade associada. Isso porque, supera os limites tênues da CDB quando estabeleceu a necessidade de simples consentimento prévio e fundamentado da parte contratante. O Artigo 15.5[12] da CDB quando estabelece a voz do consentimento à "parte contratante", entende-se de imediato que se trata do Estado parte, já que no preâmbulo afirma o direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais, trazendo a menção aos provos tradicionais tão somente quando reconhece a sua intrínseca ligação de dependência com a manutenção dos recursos naturais, de forma secundária, em segundo plano. Portanto, a CDB deixa a mercê do interesse do Estado contratante a faculdade de transferir o protagonismo da tomada de decisão aos povos originários, principais afetados, sobre os usos dos recursos naturais e saberes associados.

O direito a consulta prévia, livre e informada dos povos originários sobre quaisquer assuntos que lhes afetem - e mediante suas próprias formas, normas e costumes, traduz o objetivo do Estado boliviano e equatoriano em garantir a soberania popular, o protagonismo dos povos originários, em correspondência ao projeto descolonizador, emancipatório. O Estado Plurinacional da Bolívia resguarda o direito de consulta prévia em diversos artigos e títulos (Art. 30, II, 15[13]; Art. 304, I, 21[14]; Art. 352[15], Art. 403, I[16]), evidenciando a obrigatoriedade e

---

[12] Artigo 15.5 O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desse recurso, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.

[13] Artículo 30.[...] II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...]15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan

[14] Artículo 304. I.Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas:[...] 21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.

[15] Artículo 352. La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.

[16] Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

imprescindibilidade do instrumento na promoção dos objetivos do Estado. De outro lado, O Estado do Equador, de forma mais suscinta - mas não menos importante - se restringe basicamente a tratar do tema no Capítulo quarto – "Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades", especificamente no Artigo 57, itens 7 e 17[17]. Ademais, a temática volta a ser abordada de forma aprofundada pelo Equador quando da promulgação do "*Código órganico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación*", ao passo que o Estado Plurinacional da Bolívia se restringe ao texto constitucional, não tendo editado legislação complementar, até o presente momento, em matéria destinada a tratar dos direitos coletivos e propriedade intelectual dos povos originários.

Patrícia Carrión observa o direito de consulta prévia sob duas perspectivas, as quais estão de acordo com os fundamentos do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador, afirma que

> [...] el derecho de consulta previa, libre e informada, se lo puede analizar desde una doble dimensión; por un lado, es un mecanismo de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y, por otro, se configura en un derecho colectivo reconocido tanto por la Constitución ecuatoriana, como por los instrumentos internacionales en especial el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas [...].
> El derecho de consulta previa, libre e informada, es un derecho colectivo y de participación que tiene importancia social y política, y cuya vigencia implica el reconocimiento de su alcance y contenido de acuerdo a la normativa nacional e internacional. (CARRIÓN, 2012, p. 25)

Obviamente o instrumento da consulta prévia, livre e informada não é uma criação desses países, visto que, como bem colocado pela autora, são mecanismos trazidos já na Declaração dos Povos Indígenas (art. 19) e no Convênio 169 da OIT, os quais foram ratificados pela Bolívia em 1991 e Equador em 1998. Contudo, é inegável que o status de norma constitucional ao instrumento fortalece as garantias e direitos coletivos dos povos tradicionais sobre seus saberes e sobre a biodiversidade, e vem a congregar esforços em prol da concretude dos direitos coletivos dos povos indígenas e originários, inclusive no que tange ao seus saberes tradicionais e a biodiversidade associada.

---

[17] Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

De toda forma, a exigência formal de consulta direcionada aos povos originários, como um direito constitucional, por si só já representa uma potencialidade frente ao "consentimento prévio e fundamentado da parte contratante" estabelecido na CDB. Aliás, importante anotar que há notável dissonância de significado entre "consulta" e "consentimento" prévio, de modo que este decorre daquele ou simplesmente implica em anuência estatal. Nesse sentido, especifica Carrión

> Sin embargo, es necesario que se establezca una diferencia entre la consulta y el consentimiento. La consulta implica, por un lado, un límite al actuar del Estado y, por otro lado, permite el diálogo con los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas. La Defensoría del Pueblo del Ecuador, analiza este tema desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional y señala que, el derecho de consulta involucra dos elementos fundamentales: 1. La consulta previa, libre e informada, entendida como límite del poder público, contiene una obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. 2. Este instrumento implica que el proceso de diálogo, entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de las decisiones estatales. (CARRIÓN, 2012, p. 25)

Outrossim, a autora segue afirmando que o reconhecimento dos direitos coletivos, entre eles o direito à consulta prévia, livre e informada representa um requisito indispensável para a concreção do auspício da livre determinação dos povos, a manutenção de suas culturas e sua identidade, frente a um histórico em que os povos indígenas tem sido objeto de exclusão, discriminação e exploração (CARRIÓN, 2012, p. 26). Indubitável é que o instrumento-direito da consulta prévia, livre e informada é um elemento imprescindível na consecução do objetivo de salvaguardar saberes tradicionais e biodiversidade associada. Além disso, é instrumento que reafirma a autodeterminação dos povos, a soberania, o protagonismo, a plurinacionalidade em prol do projeto de um Estado livre do ranço colonial, das forças da colonialidade do poder, do capitalismo.

Aliado ao direito constitucional fundamental de consulta prévia, ambas constituições tutelam os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade associada, reconhecendo os direitos coletivos e propriedade intelectual desses bens. A Carta Constitucional da Bolívia reconhece o direito aos povos originários da propriedade coletiva de seus saberes, ciências, conhecimentos, juntamente com a participação nos benefícios advindos da exploração dos recursos naturais em

seus territórios (art. 30, II, 9, 11. 16[18]), assegurando uma participação prioritária daqueles territórios e povos provedores dos recursos (Art.353[19]).

Esses bens serão tutelados pelo Estado mediante o registro (Art. 100, II[20]; Art. 381, II[21]). Além disso, em consonância com os objetivos de autonomia e autogoverno, a Carta concede como competência compartilhada dos povos originários a proteção e o registro dos direitos coletivos referentes a conhecimentos de recursos genéticos, medicina tradicional e germoplasma (Art. 304, II, 3[22]). E ainda, formaliza constitucionalmente a reprimenda contra a biopirataria, prevendo que haverá sanções penais para a posse, manejo e tráfico ilegal de espécies da biodiversidade (Art. 383[23])

Peculiar anotação da Constituição boliviana de 2009 é a proteção e/ou atenção especial conferida a medicina tradicional e medicamentos naturais dos povos originários. Assim, a Carta incentiva a medicina tradicional, a qual dotará do registro dos medicamentos naturais e princípios ativos, bem como da proteção aos conhecimentos como propriedade intelectual, cultural, e como patrimônio das nações e povos originários (Art. 42, I, II[24]).

Na mesma esteira normativa segue a Carta do Equador de 2008. Entretando, percebe-se um grau mais acentuado de rigidez no tratamento dado a apropriação dos saberes tradicionais

---

[18] Artículo 30. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. [...] 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. [...] 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

[19] Artículo 353. El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

[20] Artículo 100. II. El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas.

[21] Artículo 381. II. El Estado protegerá todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Para su protección se establecerá un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen. Para todos aquellos recursos no registrados, el Estado establecerá los procedimientos para su protección mediante la ley.

[22] Artículo 304 - II. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas: 3. Resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma, de acuerdo con la ley.

[23] Artículo 383. El Estado establecerá medidas de restricción parcial o total, temporal o permanente, sobre los usos extractivos de los recursos de la biodiversidad. Las medidas estarán orientadas a las necesidades de preservación, conservación, recuperación y restauración de la biodiversidad en riesgo de extinción. Se sancionará penalmente la tenencia, manejo y tráfico ilegal de especies de la biodiversidad.

[24] Artículo 42. I. Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el pensamiento y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos. II. La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

e biodiversidade associada, trazendo no texto legal, expressamente, proibições. Assim, traz a imposição negativa de toda forma de apropriação dos conhecimentos, inovações e práticas dos povos tradicionais (Art. 57, 12[25]). Ainda reconhece a propriedade intelectual e proíbe formas de apropriação de cconhecimentos coletivos no âmbito das ciências, tecnologias e saberes tradicionais, e a apropriação de recursos genéticos que contém diversidade biológica e agro-biodiversidade (Art. 322[26]). Acresce ainda, ao enfratizar a proibição de outorga de direitos, incluindo, os direitos de propriedade intelectual, sobre produtos que derivem ou sejam sintetizados, ou obtidos a partir do conhecimento coletivo associado a biodiversidade nacional (Art.402[27]).

Perceptível que a proibição de apropriação sobre os recursos da biodiversidade, dos saberes tradicionais, sejam eles associados ou não, retraram a fidedignidade com os direitos da Pachamama enquanto sujeito de direitos (giro biocêntrico) e os princípios do *Buen Vivir*. É dever do Estado e de os povos preservar e defender os direitos da mãe natureza contra a sua exploração indevida, assim como, dos saberes tradicionas associados ou não, visto que integram a riqueza e o patrimônio nacional. Imprescindíveis para o *buen vivir*.

Não obstante, ainda, no mesmo dispositivo legal (Art. 402) anteriormente mencionado, oportuna é a atenção e proteção depreendida aos povos e nações em isolamento, sendo vedada qualquer forma de atividade de extração, incumbido ao Estado zelar pela sua vontade de permanecer em isolamento, e por seus direitos. A Carta considera que qualquer violação aos direitos dos povos em isolamento será imputada a delituosidade do etnocídio.

A tutela engendrada na Constituição do Equador e Bolívia aos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada ou não, de forma suscinta, porém de inigualável

---

[25] Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

[26] Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

[27] Art. 402.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.
Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

vanguarda, é, pois, o reflexo dos fundamentos, princípios e objetivos que norteiam essas constituições. Em atenção a plurinacionalidade, a democracia intercultural, ao pluralismo jurídico, ao buen viver e aos direitos da Pachamama, e em face ao histórico colonial, as forças neoliberais, exploratórias do sistema-mundo-global, é que estas Constituições tomam posturas ativas para salvaguardar as riquezas da sua nação.

Nesse diapasão, o Equador avança na regulamentação desses normativos ao editar o "*Código órganico de la economía social de los conocimientos, creatividade e innovación*" – Registro Oficial nº 899, recentemente, em *09 de dezembro de 2016* em complementação a Constituição. As disposições acerca dos direitos de propriedade intelectual, e da tutela aos direitos coletivos dos povos originários e saberes tradicionais apresentam-se de tal modo que confrontam as disposições do Acordo Trips, sobretudo, o Artigo 27 que ampliou o rol de matérias patenteáveis para incluir formas vivas, dando fluência, também, a apropriação ilegal e ilegítima dos saberes tradicionais. Em contrapartida, a Bolívia ainda carece de regulamentação.

Esse código subscreve como uma das competências do Sistema Nacional de Ciências, Tecnologia, Inovação e Saberes tracionais o dever de elaborar um sistema de mapeamento internacional de publicações científicas e acadêmicas, e solicitações de registro de depósito de direitos de propriedade intelectual que podem afetar, ou tem o condão de vulnerar os direitos coletivos dos legítimos possuidores que fazem parte do território nacional[28]. Quer dizer, pode-se entender como um mecanismo que visa congregar esforços para identificar possíveis atos de biopirataria, e/ou de apropriação com ou sem consulta prévia, livre e informada dos povos originários do Estado, bem como de seus recursos naturais.

Ulteriormente o código regula os direitos e propriedade intelectual e a salvaguarda dos direitos coletivos referentes aos saberes ancestrais dos povos originários em conformidade com os anseios da Constituição, seus princípios e fundamentos. Ao que nos interessa, está nos dispositivos que disciplinam as concessões do instrumento das patentes (de invenção), dispostos no Título III do ordenamento. De imediato, já nos artigos inaugurais deixa explícito que os conhecimentos tradicionais não são passíveis de proteção via instrumento de patente[29].

---

[28] Artículo 8.- Deberes y atribuciones de la entidad rectora del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales.- La entidad rectora del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, tiene las siguientes atribuciones y deberes: [...] 21. Elaborar un sistema de mapeo internacional, principalmente sobre publicaciones científi coacadémicas y sobre solicitudes de registro o depósito de derechos de propiedad intelectual que puedan vulnerar derechos colectivos de los legítimos poseedores que habitan en el territorio nacional; entre otras;

[29] Artículo 267.- De la materia protegible.- Se otorgará patente para toda invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación industrial. No se considera materia protegible a los conocimientos tradicionales.

A acrescer, delimita no Artigo 268 as matérias e procedimentos que não podem ser considerados invenção para fins de patenteamento, dentre os quais

> Art. 268 - [...]
> 1. Los descubrimientos, los principios y teorías científicas y los métodos matemáticos;
> 2. El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza, o aquél que pueda ser aislado, inclusive genes, proteínas, genoma o germoplasma de cualquier ser vivo;
> 3. Una nueva forma de una sustancia, incluyendo sales, ésteres, éteres, complejos, combinaciones y otros derivados;
> 4. Los polimorfos, metabolitos, formas puras, tamaño de partículas e isómeros; 5. Los usos y cualquier propiedad nueva o uso nuevo de una sustancia conocida o utilización de un procedimiento o de una máquina o aparato conocidos;
> 6. Los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad, como tales; [...]

De igual modo, proíbe o patenteamento incidente sobre invenções cuja comercialização possa resultar em danos à saúde, ao meio ambiente, aos animais, bem como métodos de diagnósticos e tratamento, tanto de humanos quando de animais. De igual maneira, as plantas e animais, procedimentos biológicos para obtenção de plantas e animais, recursos genéticos que contenham biodiversidade ou agrobiodiversidade que não tenham sido investigados no Equador, etc[30].

Quanto aos critérios acerca da divulgação da origem, dispõe que o solicitante tem o dever de informar a origem (país) de onde foram obtidos tais recursos ou conhecimentos tradicionais associados, bem como a fonte, com a inclusão de forma minuciosa a respeito da entidade de que se obteve esses recursos e/ou conhecimentos tradicionais. Deverá também anexar a cópia do documento que certifica o cumprimento da legislação de acesso a recursos genéticos e saberes tradicionais, reconhecido internacionalmente[31].

---

[30] Artículo 273.- Invenciones no patentables: No será patentable lo siguiente: 1. Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente o ecosistema. A estos efectos, no se considerará contraria al orden público o a la moral la explotación comercial de una invención, por la sola existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación; 2. Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; 3. Las plantas y los animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos para obtención de plantas o animales que no sean procedimientos no-biológicos o microbiológicos; 4. El producto de los polimorfos, metabolitos, formas puras, tamaño de partículas e isómeros que no hayan sido investigados en el Ecuador; y, 5. El producto de los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad que no hayan sido investigados en el Ecuador. [...].

[31] Artículo 282.- De la patente y la divulgación de origen.- De acuerdo a lo previsto en los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte, este Código y su reglamento respectivo, en el caso de que el objeto de una solicitud de patente implique la utilización de recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados, el solicitante deberá informar: 1. El país donde se obtuvieron esos recursos o los conocimientos tradicionales asociados; y, 2. La fuente, con inclusión de pormenores respecto a la entidad, en su caso, de la que se obtuvieron esos recursos o los conocimientos tradicionales asociados. Deberá igualmente adjuntar copia de un certificado de cumplimiento con la legislación de acceso a recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados

Por conseguinte, o diploma infraconstitucional, dedica o Título VI para as tratativas dos direitos destinados aos saberes ancestrais, frisando que as normas ali dispostas possuem caráter complementar as normas sobre acesso a recursos genétivos, patrimônio cultural e outras relacionadas[32]. Assim, reconhece-se os direitos coletivos dos legítimos possuidores, direitos estes que são inalienáveis e impenhoráveis, posto que fazem parte da identidade cultural desses povos. Afirma que a proteção desses conhecimentos será conferida conforme os próprios usos e costumes dos possuidores, as disposições constitucionais e o tratamento alcançado pelos tratados internacionais dirigidos ao tema. Entre esses direitos de autogerir seus saberes, que faz parte dos princípios da plurinacionalidade e da autoderminação[33] dos povos, o dispositivo lhes confere o direito de negar o acesso aos seus saberes, usos e qualquer aproveitamento indevido, igualmente de se opor ao registro de denominação próprias dos povos por terceiros, que deverá, se convier, contar com o consentimento prévio, livre e informado de seus legítimos possuidores[34]. A decisão soberana de negativa de concessão ao acesso, uso e aproveitamento,

---

reconocido internacionalmente. Si un certifi cado de cumplimiento reconocido internacionalmente no es aplicable en el país proveedor, el solicitante deberá proporcionar información pertinente en cuanto a la conformidad con el consentimiento fundamentado previo y el acceso y la participación justa y equitativa en los benefi cios, tal como lo exija la legislación nacional del país que aporte los recursos genéticos y/o los conocimientos tradicionales asociados, que sea el país de origen de dichos recursos o un país que haya adquirido los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados de conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los demás tratados internacionales de los que Ecuador es parte.

[32] Artículo 511.- [...] El reconocimiento y la protección de derechos colectivos sobre el componente intangible y las expresiones culturales tradicionales serán complementarios a las normas sobre acceso a recursos genéticos, patrimonio cultural, y otras relacionadas. El espíritu del ejercicio de estos derechos es preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales de las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas, procurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima.

[33] Artículo 520.- Derecho de libre determinación.- Se reconoce la potestad y el ejercicio en la toma de decisiones sobre los conocimientos tradicionales a los legítimos poseedores de acuerdo a su libre determinación y sus propias formas de convivencia, organización social, instituciones, generación y ejercicio de la autoridad.

[34] Artículo 512.- Del reconocimiento de los conocimientos tradicionales.- De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte, se reconocen los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales. Estos derechos son imprescriptibles, inalienables e inembargables y forman parte de la identidad cultural de sus legítimos poseedores. La protección de estos conocimientos se hará de acuerdo a sus propias costumbres, instituciones y prácticas culturales, la Constitución y los Tratados Internacionales que rijan la materia, coadyuvando al fortalecimiento de sus estructuras tradicionales internas. Bajo esta forma de protección, los legítimos poseedores tienen, entre otros, derecho a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos tradicionales conforme a sus usos, prácticas, costumbres, instituciones y tradiciones, así como a impedir o detener el acceso, uso y aprovechamiento indebido a estos conocimientos. El reconocimiento de los derechos sobre los conocimientos tradicionales incluye la expresión de su cultura o práctica, así como la capacidad de nombrar al conocimiento tradicional y de que esta denominación se mantenga en los productos derivados que puedan generarse del mismo, con el fi n de permitir la trazabilidad hasta su origen. Esta capacidad de nombrar a sus conocimientos también implica la capacidad de oponerse al registro de denominaciones propias de pueblos y nacionalidades por terceros, quienes de ser el caso deberán contar obligatoriamente con el consentimiento previo, libre e informado de sus legítimos poseedores, dentro del cual se establecerá una repartición justa y equitativa de los benefi cios monetarios y no monetarios. Los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales son susceptibles de las medidas de observancia pertinentes ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales de acuerdo a lo establecido en el presente Código, su reglamento y demás normas aplicables. De igual manera, se reconocen estos derechos a las personas pertenecientes a las comunidades, pueblos y nacionalidades en igualdad y equidad de condiciones y sin discriminación de género.

deverá ser registrada perante a autoridade competente, a fim de que esta possa realizar o controle dessa decisão[35].

De outro lado, afirma enfaticamente que nenhuma pessoa jurídica poderá ser sujeito de direitos de saberes ancestrais, e portanto, legítima possuidora. Resalta a compreensão de que nos casos em que haja a cedência para o uso e acesso aos recursos genétivos e saberes tradicionais associados, mediante consulta e consentimento prévio, livre e informado em favor de uma pessoa jurídica, isto não lhe outorga os direitos possessórios sobre esses bens, senão, unicamente a autorização de uso[36].

Outrossim, não deixa de tratar da questão que envolve os saberes compartilhados por mais de um povo ou nacionalidade, e até mesmo transfronteiriçamente. Nesse sentido, infere que, aquele que deseja ter acesso a tal conhecimento deverá buscar a aquiescência de todas as comunidades a qual pertence tal saber ancestral, outras que identificar como legítimas possuidoras, sem prejuízo de outras que sobrevierem poderem anuir conjuntamente, e/ou de prosseguirem fazendo uso desses bens, da mesma forma em que não lhes é tolhido o direito de conceder acesso a outra terceira pessoa[37].

---

[35] Artículo 531.- De la concesión o negativa.- La concesión y negativa del legítimo poseedor para autorizar el acceso, uso o aprovechamiento de sus conocimientos tradicionales deberá ser registrada ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, a fi n de que ésta pueda efectuar el control correspondiente sobre la decisión del legítimo poseedor. A petición de parte, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación podrá asistir a las negociaciones que se efectúen para el otorgamiento de un consentimiento previo, y asesorara a los legítimos poseedores durante las mismas.

[36] Artículo 514.- Persona jurídica no puede ser poseedor de conocimiento tradicional.- En ningún caso una persona jurídica podrá ser sujeto de derechos sobre conocimientos tradicionales. Esto implica que nunca una persona jurídica podrá tener la calidad de legítima poseedora de un conocimiento tradicional. En aquellos casos en los que se autorice el acceso a un recurso genético o se otorgue el consentimiento para acceso a un conocimiento tradicional en favor de una persona jurídica, esto no otorga derechos de posesión sobre el conocimiento tradicional ni sobre el recurso genético sino únicamente la autorización para hacer uso del mismo en los términos indicados en la autorización o en el contrato según el caso.

[37] Artículo 516.- De los conocimientos tradicionales compartidos.- Se reconoce la protección de los conocimientos tradicionales compartidos entre comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades asentados en un mismo ámbito geográfi co a todos sus legítimos poseedores, quiénes deberán procurar una gestión conjunta de dichos conocimientos. En estos casos quien pretenda acceder al conocimiento deberá solicitar el consentimiento de la o las comunidades que haya identifi cado como legítimas poseedoras. El solicitante deberá hacer sus mejores esfuerzos en la búsqueda e identifi cación de los legítimos poseedores. Una vez otorgado el consentimiento y registrado el contrato de acceso, la aparición de nuevos legítimos poseedores desconocidos al momento del acceso, no afectará el contrato suscrito. Cada legítimo poseedor podrá ejercer libremente sus derechos colectivos sin perjuicio del ejercicio de estos derechos de parte de otros legítimos poseedores. Esto implica que en los casos en los que existan varios grupos legítimos poseedores de un mismo conocimiento, el consentimiento otorgado y los benefi cios recibidos por uno de ellos no impiden que otro de los grupos legítimos poseedores otorgue su consentimiento en favor de una tercera persona. Esto tampoco genera el derecho en favor del grupo legítimo poseedor que no habría sido consultado inicialmente, a reclamar benefi cios de parte de quien haya obtenido el consentimiento y accedido al conocimiento inicialmente. Los legítimos poseedores que no hayan sido consultados tienen el derecho a otorgar consentimiento y suscribir contratos de acceso con nuevos investigadores. Ningún grupo legítimo poseedor podrá ejercer derechos exclusivos sobre un conocimiento tradicional que sea compartido entre varios grupos humanos.

Por conseguinte, o Código lista diversas hipóteses de matérias cujos conhecimentos tradicionais incidentes são tutelados como patrimônio coletivo das nacionalidades, povos indígenas, afro-equatorianos, comunidades campesinas, etc[38]. A forma de proteção reconhece a desnecessidade que haver registro oficial acerca do saber ancestral e seu legítimo possuidor para efeito de garantir a outorga de salvaguarda, vigência e seu livre exercício[39].

Ainda assim, concede a faculdade aos povos e nacionalidades de depositar voluntariamente seus saberes ancestrais perante a autoridade competente em matéria de direitos de propriedade intelectual, com finalidade de evitar apropriações ilegítimas, bem como verificar possíveis concessões de direitos de propriedade intelectual que possam lhes atingir. Ressaltando o fato de que o não registro, não impede a concessão de proteção e reconhecimento dos bens aos seus legítimos possuidores, sendo mera formalidade e facilitação[40].

---

[38] Artículo 521.- De lo protegible.-Se reconocen como patrimonio colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo montubio, afro-ecuatoriano, comunidades campesinas y comunas, entre otros, los siguientes conocimientos tradicionales: a) Métodos terapéuticos para la prevención, tratamiento y cura de enfermedades de forma ancestral; b) Conocimientos sobre combinaciones de extractos biológicos naturales para la preparación de la medicina tradicional; c) Conocimientos sobre compuestos biológicos naturales para la elaboración de productos alimenticios, dietéticos, colorantes, cosméticos y derivados o similares; d) Conocimientos sobre productos naturales y composiciones que los contienen para uso agropecuario, así como de caza, pesca y otras actividades de subsistencia; e) Conocimientos sobre Mecanismos y práctica de siembra, cosecha, mantenimiento y recolección de semillas, entre otras prácticas agropecuarias. f) Formas tangibles de las expresiones culturales tradicionales como: indumentaria, obras de arte, dibujos, diseños, pintura, escultura, alfarería, ebanistería, joyería, cestería, tejidos y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestral; y, g) Formas intangibles de las expresiones culturales tradicionales como: mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográfi cas tradicionales, nombres indígenas y ceremonias rituales, independientemente de que estén o no fi jadas en un soporte de cualquier tipo. En general, se protegen todos los conocimientos tradicionales, que se ajusten a la defi nición del presente código, y que por tanto expresen la genuinidad de las prácticas propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades, las cuales constituyen, tanto de forma oral como escrita, su tradición histórica, cosmológica y cultural

[39] Artículo 522.- Forma de Protección.- Se garantiza la protección efectiva y positiva de los conocimientos tradicionales contra el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados, expresada en los mecanismos de prevención, monitoreo y sanción que se generen en el reglamento que se expedirá para el efecto. El reconocimiento de los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales no está sujeto a formalidad o registro alguno para efectos de garantizar su protección, vigencia y ejercicio, ya que éste radica en la legitimidad del ámbito comunitario. Se promoverán mecanismos de fortalecimiento de capacidades locales sobre el derecho colectivo de los conocimientos tradicionales para su revitalización, promoción y protección.

[40] Artículo 523.- Depósito voluntario de conocimientos tradicionales.- Los legítimos poseedores podrán realizar un depósito de sus conocimientos tradicionales ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. Este depósito podrá ser de carácter confidencial y restringido al público a pedido de los legítimos poseedores. El objetivo de este depósito será evitar apropiaciones ilegítimas de dicho acervo cognitivo, así como también, será un medio de verifi cación para el reconocimiento de los derechos colectivos sobre conocimientos tradicionales que puedan ser infringidos en cualquier solicitud de derechos de propiedad intelectual. El depósito de los conocimientos tradicionales no otorga al depositario ninguna autorización de concesión de uso y acceso para terceros sin la autorización expresa de los legítimos poseedores y detentores de tales conocimientos tradicionales y previo el cumplimiento de la norma correspondiente. Previo a la concesión de derechos de propiedad intelectual, la autoridad nacional competente en la materia deberá verifi car la información a la que se refi ere el párrafo anterior con el propósito de evitar la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se podrán compilar conocimientos tradicionales que se hayan hecho públicos con anterioridad. La información del depósito, así como a la que se refiere el párrafo anterior, formarán parte del Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Conocimientos tradicionales.

Por fim, ainda estabelece como foro de solução de controvérsias a jurisdição equatoriana, a qual adotará mecanismos mais favoráveis aos legítimos possuidores no deslinde do conflito[41]. As tratativas acerca da temática extravasam a breve síntese aqui mencionada. Entretanto, apresenta-se como um documento normativo paradigma, eis que, elucida a proteção dos saberes tradicionais e dos recursos naturais de modo pertinente e favorável aos seus legítimos possuidores. É possível dizer, que trata-se do mais avançado normativo em tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

No entanto, nota-se uma certa confusão, (perceptível na Constituição boliviana também), quando na Constituição do Equador há a previsão de proteção dos saberes ancestrais e biodiversidade associada por meio a propriedade intelectual, e a tutela mediante o reconhecimento de direitos coletivos. Parece proeminente que há a tutela mediante reconhecimento de direitos coletivos sobre os saberes tradicionais, os quais são passíveis de registro, ao passo que, deixa claro nos itens propriamente ditos de propriedade intelectual, sobretudo das patentes, que tais saberes não são passíveis de incidência. Quer dizer, em que pese estejam regulados em um mesmo Código, e constitucionalmente, parece-nos que a tutela dos saberes tradicionais é mediante o reconhecimento de direito coletivo, de forma residual as disposições negativas dos instrumentos de propriedade intelectual.

De toda sorte, são notáveis os avanços de ambas as Constituições vanguarda, e visível que a jornada pela concreção dos objetivos inicias não se estagnaram. Ao revés, as inovações trazidas pelo novo Código do Equador, em atenção e consonância com a Carta de 2008, evidencia que a matéria prossegue em discussão e produzindo avanços nessa seara. E além disso, impõe limitações a ausência total de restrições concedidas pelo Acordo TRIP's, quando legitimou a apropriação de saberes tradicionais e biodiversidade, tanto pela via legal, quanto pela rota da biopirataria.

O rigor trazido pelas normas são potencialidades nesse cenário de afirmação dos países latinos frente aos ditames econômicos que incidem do Norte Social. Insigne que, como afirma Gargarella e Courtis

> [...] dicir lo dicho no implica afirmar que, por incluir nuevos derechos en las nuevas Constituiciones, esos derechos van convertirse, mágicamente, en realidad. Lo que se afirma es lo opuesto, es decir, que la ausencia de tales derechos tende a trabajar negativamente contra su possible, y por lo demás desable, materialización. (GARGARELLA, COURTIS, 2015, p. 77)

[41] Artículo 534.- Solución de controversias.- En caso de discrepancias o confl icto respecto de los acuerdos que se desprendan de un contrato de acceso, uso o explotación de conocimientos tradicionales, estos serán resueltos necesariamente en jurisdicción ecuatoriana y mediante los mecanismos más favorables para los legítimos poseedores.

Isto é, a simples normatização não implica em sua efetivação imediata, mas a ausência dela, implica em tornar impossível sua concretização. Até mesmo porque, não é em razão de que a Constituição desses países veio a ser alterada de modo absolutamente favorável aos povos originários, que as forças de resistência interna, daquelas minorias que outrora exerciam seu poderio sobre os sujeitos negados, deixaram de existir. Ao contrário, há a coexistência ainda mais intensa, entre a tensão de novos atores e direitos, e o intento de retomada do status quo, sob as estruturas e impulsionamento dos interesses do sistema-mundo-global.

A instabilidade dessas novas Constituições e atores sociais no cenário nacional e global é certa, sendo plúrimos os imperativos contrários a serem vencidos e resistidos para sua afirmação, e, não só, mas expansão. Superar a ilusão de que o que se está disposto como norma é suficiente para reverter os fatos reais e históricos, é imprescindível para alcançar a efetivação. A utopia de tornar as normas em realidade reinante deve estar presente. Nesse sentido, Santos afirma que

> Los movimento indígenas de América Latina están conscientes de las dificuldades, pues saben que refundación del Estado no ocurrirá em cuanto permanezcan con vigor en la región los dos grandes sistemas de dominación y exploración: el capitalismo y el colonialismo. [...] la refundación del Estado es um processo de largo plazo, una parte de la transición de largo plazo analizada atrás. A lo largo de la transición irán emergindo instituiciones y mentalidades transicionales o híbridas que van anunciando lo nuevo al mismo tempo que parecen confirmar lo viejo. Las alianzas irán cambiadas así como los instrumentos de lucha. Habrá muchos passos atrás, pero lo importante es que éstos sean menos que los passos hacia adelante. (SANTOS, 2015, p. 182)

É essa consciência das dificuldades que tem os povos e nações, e das suas fragilidades diante dos sistema-mundo-global (capitalismo/colonialidade) que permite que mais passos a frente sejam dados, que retrocessos sejam sentidos, ou que as forças desse sistema infiltrem-se nas suas perspectvias. Haverão concepções, metalidades, normas de transição, híbridas, em que conviverão a tensão das forças inovadadoras e das forças conservadoras. O que importa é a consciência dessas dificuldades, ou seja, o rompimento com as ilusões, que projeta um futuro possível, no qual, igualmente, os saberes tradicionais e biodiversidade hão de ser tutelados eficazmente em contraposição aos cânones do Trips.

Para isso, Bartolomé Claveró afirma que não basta um novo constitucionalismo de direitos, mas sobretudo, um novo constitucionalismo de poderes, que refundem as bases estatais:

> [...] quero dizer, se por meio de seu próprio texto respondeu-se ao desafio constituinte da construção constitucional da plurinacionalidade. Dito em outros termos, para alcançar eficácia o constitucionalismo de direitos precisa do constitucionalismo de

> poderes, e um novo constitucionalismo de direitos precisará de um renovado constitucionalismo de poderes. Ao qualificar o Estado como plurinacional, as Constituições do Equador e da Bolívia não constatam uma evidência, uma vez que o estado precedente obviamente não é plurinacional, o que fazem é assumir um compromisso, o compromisso de conseguir que a plurinacionalidade existente na sociedade se torne, justamente, característica do Estado. Por mera virtude da postulação constitucional não cabe dizer que já ocorreu, como fato histórico, um trânsito para o Estado plurinacional nem no Equador nem na Bolívia. O imperativo está formulado e o desafio está pendente. O imperativo é de direitos, e o desafio, de poderes, de poderes que devem ser constitucionalmente funcionais aos direitos. (CLAVERÓ, 2015, p.125)

É este compromisso assumido pelos Estados, e não só, mas também pelos novos protagonistas sociais que pode reformular e movimentar esse constitucionalismo de poderes, para alcançar o desafio postulado. É inegável que há fragilidades, tanto de ordem normativa, quanto política, social, econômica e cultural nessa nova perspectiva, mas há as suas potencialidades evidentes, que revigoram as esperanças de transformação das bases desse sistema-mundo-global, injusto, explorador, discriminatório.

Isso posto, é imperativo ter as fragilidades como instrumentos de motivação e não estagnação das lutas, e as potencialidades as bases de alicerce e impulsionamento dos movimentos em direção a emancipação, descolonização, protagonismo, subversão ao modelo forjado de sistema-mundo-global. É sobre essas bases contruídas que reside a utopia de formação de um instrumento de tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, a nível regional e/ou internacional, que levem em consideração os postulados concretos dessas vanguardas Constituições e contraponham o poderio do Acordo Trips e superem as fragilidades da corrompida CDB.

3.2 AFINAL, PODE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO DA BOLÍVIA E EQUADOR SER UM PARADIGMA REAL DE TUTELA AOS SABERES TRADICIONAIS E BIODIVERSIDADE ASSOCIADA?

Com a devida licença, pretende-se inaugura o presente subcapítulo, de imediato, com o que tem a nos dizer e ensinar Santamaría:

> Toda declaración de derechos constitucional siempre – y no puede dejar de serlo – debe ser utópica y plantear uma realidade que, siendo difícil, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. [...]
> Las constituiciones y los derechos fundamentales, al final, simpre son armas fictícias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas em el poder. Es más fácil exigir cuando um sistema jurídico há reconocido um derecho que hacerlo sin él. Pero

> el derecho como las garantias jurídicas no son suficientes. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimentos sociales. También los grandes câmbios se nutren y requierem "esfuerzos audaces y mentes abiertas". Se ha demonstrado historicamente que los poderosos nunca han cedido sus privilégios de forma voluntaria sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente. Esa lucha em Ecuador y em Bolivia tiene múltiples caras y organizaciones, muchas comunidades y personas que han jugado su vida resistiendo, em ellas encontramos las claves para construir una utopia diferente, más armónica y posible. (SANTAMARÍA, 2015, p. 174-176)

Se é fato que os poderosos, no curso da história, nunca cedem seus privilégios de forma voluntária, senão e razão da pressão e das lutas das massas, pensar a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a apartir da formulação de um instrumento jurídico em nível internacional que oponha forças ao sistema-mundo-global, não poderá ser outra coisa, que o fruto gestacionado no bojo das lutas sociais do protagonismo do Sul Social em face aos imperativos econômicos e colonialidade impostos pelo Norte Social. A marcha inicial foi dada pelo protagonismo popular e pela vanguarda das Constituições do Equador e Bolívia.

Questionar se a proteção dos saberes tradicionais a partir da perspectiva do novo constitucionalismo latino americano é utopia ou possibilidade, a partir de tudo que foi exposto até aqui, importa em uma perspectiva de futuro a partir das concretudes estabelecidas no presente. É, portanto, utopia. É, igualmente, possibilidade. É, pois, uma *utopia possível*.

Mas afinal, que é uma utopia? De que se trata uma utopia possível?

Para a literatura, utopia está relacionada com projetos sonhadores, perspectivas que extravasam as possibilidades do realizável, objetivos inalcançáveis que alimentam fantasias. Marilena Chauí afirma que a utopia nasce como um gênero literário, como uma narrativa sobre uma sociedade perfeita e feliz, e como um discurso político é a uma exposição de uma cidade justa (CHAUÍ, 2008,p. 07).

De outra monta, a utopia que a aqui se pretende afirmar, irrompe com as fronteiras literárias para exercer uma função utópia. Santamaría afirma que primordial executar a distinção entre "gênero utopia" e "função utópica", assim inferindo que

> Debemos distinguir entre el "género utópico" y la "función utópica". El primero es meramente descriptivo y se restringe a una forma lieteraria. En cambio, la finción utópica tienee algunas características: es crítico, em tanto sirve para valorar uma realidad que se considera injusta e inadequada, y es propositivo, em tanto promueve la transformación de la realidad y la construcción de uma forma de convivência justa. [...] la función utópica hay crítica, enfrentamento con la realidad, desenmascaramiento de las ficciones que la sostienen, hace que la realidad sea insostenible. 'La utopia representa el esfuerzo por reitroducir la imaginación transformadora en una realidad reacia al cambio. El discurso utópico ataca, así lo pretente, los procedimentos de reprodución del status quo'. (SANTAMARÍA, 2015, p. 149)

A função utópica, e nesse sentido que chamaremos de utopia aqui, se propõe a uma releitura da realidade de forma crítica a fim de promover transformações reais. A utopia que se pretente, desmascara as entrelinhas da forjada realidade, para introjetar novas perspectivas de pensamento com objetivos de mudanças estruturais do presente no futuro que se pretende anunciar. A utopia é o que fomenta as lutas, os movimentos, o que elide os olhos das cegueiras impostas. Essa utopia, é tangível, realizável. Essa utopia, tem o poder de mudar o futuro, e como tal, é uma utopia possível.

Boaventura de Souza Santos infere que a utopia é a capacidade de exploração de novas possibilidades e vontades humanos, por intermédio da oposição da imaginação criada à necessidade do que existe em benefício de algo radicalmente melhor, ao qual a humanidade tem direito de desejar e pelo qual vale a pena lutar (SANTOS, 2013, p. 335). O novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador, por todos os seus aspectos, já é uma utopia possível por si só, parte já realizada, mas muito a se realizar.

Perceber as contribuições desse novo constitucionalismo latino americano para a salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir do fomento para elaboração de um instrumento jurídico internacional de tutela, é uma utopia, possível. É uma utopia porque irromper com as barreiras das forças e impertativos do sistema-mundo-global, para instrumentalização de um aparato jurídico internacional - fundamentado nos preceitos do novo constitucionalismo latino americano, em oposição ao Acordo Trip's – que é um braço da colonialidade, é medida de extrema dificuldade no presente, hodiernamente.

Entretanto, os reflexos provenientes das lutas que se sucedem e se sucederão ao longo dessa empreitada, são capazes de alterar as perspectivas do futuro. Portanto, é uma utopia possível, realizável e concretizável. Isso porque, o novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador nasce em meio a crise do sistema atual, da modernidade, em razão de que não conseguiu dar as respostas e concretizar as promessas a que se propôs, de modo que

> [...] el derecho y el estado colonial del siglo XXI está e crisis porque no da ni puede dar respuesta a la demanda de eliminación de la exclusión, marginación y discriminación. Todas las instituiciones occidentales no sólo que no dan respuesta sino que fortalecen um sistema social que promueve la asimetría, através de instituiciones tales como la ciudadanía, la democracia representativa como única forma de expressión política, los derechos humanos leídos en clave hegemónica-occiental, la nación y otras. El costo social y cultural de la propuesta occidental es muy alto: la descaracterización, la subordinación y la devastación de la natureza. (SANTAMARÍA, 2015, p. 149)

Assim, o novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador anuncia projetos que propagam a esperança de alternativa às mazelas produzias pela realidade atual. Os

povos marginalizados, ignorados, ocultados aspiram esperança de serem parte do todo. A natureza aspira a retomada da vida. E tutelar os saberes tradicionais e biodiversidade a partir de um aparato normativo internacional é parte integrante dessa esperança, traduzida em lutas.

Assim é que a utopia é duplamente relativa, segundo Santos. No sentido de que, de um lado se volta a chamar a atenção para o que ainda não existe como parte silenciada do que já existe. De outro, afirma que a utopia é desigualmente utópica, na medida em que a imaginação criada do novo é fomentada em parte pelas novas combinações e escalas do que já existe. (SANTOS, 2013, p. 336)

Se traduzir essa perspectiva na linguagem de possibilidades de formação do instrumento jurídico internacional de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir das perspectivas do novo constitucionalismo latino americano tem-se que: o que não existe é exatamente a salvaguarda desses bens frente ao Acordo Trip's e os imperativos impostos pelo Norte Social (sistema-mundo-global) como parte silenciada do que já existe: o tratamento depreendido aos povos originários e a natureza nas Cartas Constitucionais da Bolívia e Equador. E a imaginação do novo, do que pode vir a ser criado, é a combinação desses fundamentos, princípios e normas, consubstanciada em um aparato normativo capaz de subverter a ordem legal da realidade forjada atual, a qual não consegue dar respostas aos anseios e demandas do Sul social.

Aliás, Fajardo afirma que é a falta de respostas aos anseios, e as políticas neoliberais, que se reclama uma atuação positiva do Estado, de modo que

> Luego de las crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población em general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Estademanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la visión indígena, como ela derecho al agua, al "buen vivir", la seguridad alimentaria, entre otros. Y, así mismo, reconocen el ejercicio del derecho próprio em el marco de la cosmovisión indígena. (FAJARDO, 2015, p. 47)

Dentre esses novos direitos, a tutela dos conhecimentos ancestrais e a biodiversidade associada possuem destaque significativo nessas novas Constituições. Dessa forma, é cristalino que a escala de relevância da tutela desses bens é suficiente para criar utopias, exatamente porque, quando estamos a discorrer dessa temática, estamos dialogando acerca da manutenção da vida em nível global, para além dos interesses econômicos. É imperioso que se adote uma visão holística e ontológica, para que se possa ter a compreensão da categórica importância desses povos e seus saberes na manutenção da biodiversidade, e desta com a vida na Terra, de tal modo, que a apropriação desses bens é inconcebível.

A inesgotabilidade dos recursos naturais prometida pela modernidade, é outra, vã promessa incapaz de concretização. Aliás, audaciosa e pretenciosa é a ideia posta pelo sistema-mundo-global da natureza ao seu dispor, como fonte inesgotável de produção de riqueza. Em razão dessa cegueira capitalista, o futuro dos seres e das vidas estão incertos, e ainda assim, o desejo de prosseguir com a lógica é predominante. Ou seja,

> O futuro prometido pela modernidade não tem, de fato, futuro. Descrê dele, vencida pelos desafios, a maioria dos povos da periferia do sistema mundial, porque em nome dele negligenciaram ou recusaram outros futuros, quiçá menos brilhantes e mais próximos do seu passado, mas que ao menos asseguravam a subsistência comunitária e uma relação equilibrada com a natureza, que agora lhes deparam tão precárias. Decreem ele largos setores dos povos do centro do sistema mundial, porque os riscos que ele envolve – sobretudo os ecológicos – começam a ser mais ilimitados que ele próprio. Não admira que em face disto muitos tenham assumido uma atitude futuricida, assumir a morte do futuro para finalmente celebrar o presente, como sucede em certo pós-modernismo, ou menos para celebrar o passado como sucede o pensamento reacionário. A verdade é que, depois de séculos de modernidade, o vazio do futuro não pode ser preenchido nem pelo passado nem pelo presente. O vazio do futuro é tão só um futuro vazio.
> Penso, pois, que, perante isto, só há uma saída: reinventar o futuro, abrir um novo horizonte de possibilidades, cartografado por alternativas radicais às que deixaram de o ser. (SANTOS, 2013, p. 335)

Os efeitos imediatos dos benefícios econômicos advindos dessa apropriação podem ser adorados pelo Norte Social, e nefastamente sentidas pelo Sul social presentemente. Contudo, os efeitos mediatos serão suportados não só pelo Sul Social, como também, por aqueles que fizeram as vias da destruição. Entretanto, é dever do Sul Social, como detentora dessa riqueza, subverter essa perspectiva de futuro negativo, ou, de um futuro futuricida. Aliás, este é um dos maiores contrassenso do Sul Social - é detentor da maior riqueza natural e cultural, e sofre as maiores consequências da pobreza e miséria. Isso, explica-se exatamente e tristemente, nas palavras de Gargarella "somos pobres porque somo ricos en recursos naturales [...]" (GARGARELLA, COURTIS, 2015, 147).

O novo constitucionalismo latino americano alavanca os primeiros passos para que o Sul Social seja protagonista na subversão desta ordem, e é por essa razão que faz ressurgir a utopia como engrenagem de mudanças paradigmáticas em um futuro, esperamos, não tão distante. Aliás, Santos afirma que o este século foi carecedor de utopias, o que motivou o conformismo e a estagnação, anunciando a morte de um futuro, pela morte das utopias

> Nosso século tem sido paupérrimo em pensamento utópico, o que durante muito tempo foi pensado como sendo um efeito normal do progresso da ciência e do processo de racionalização global da vida social por ela tornada possível. No entanto, a crise da ciência moderna, hoje bem evidente, obriga a questionar esta avaliação e

> esta explicação. Não será que a morte do futuro que hoje tememos foi anunciada há muito pela morte da utopia? Não será que a perda da inquietação e busca de uma vida melhor contribui para a emergência da subjetividade conformista que considera melhor, ou pelo menos inevitável, tudo o que for ocorrendo só porque ocorre e por pior que seja? [...] Será que a recusa da utopia não acabou por redundar na recusa das ideias por realizar? (SANTOS, 2013, p. 337)

É essa inquietação que carrega as novas Constitições do Equador e da Bolívia. E, é inquietação que veio das massas populares, das lutas, que fez a subjetividade do conformismo ser questionada, em irresignação a perspectiva do seputaltamento de um futuro. Nesse sentido, Gargarella e Courtis afirmam que o constitucionalismo andino reúne duas utopias centrais em busca de alternativas pós-capitalistas: a primeira, uma proposta emancipadora dos direitos humanos; e a outra, a proposta de respeito a natureza e harmonia de todos os seres. Para isso, os autores afirmam que o mecanismo é o Estado plurinacional e o meio é a interculturalidade. Não negam que há muitas respostas faltantes, mas aduzem que o desafio fora plantado (GARGARELLA, COURTIR, 2015, p. 177).

É o que há de concreto no novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador que torna a perspectiva de formação de um instrumento jurídico de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade possível – plurinacionalidade, democracia intercultural, pluralismo jurídico, buen viver, direitos da Pachamama, etc. Ao mesmo tempo, são as respostas faltantes, e as forças de resistência do sistema-mundo-global, que o tornam utópico. Entretanto, não uma utopia do gênero literário, irrealizável. Ao revés, uma utopia possível, engendrada nos fatos e instrumentos concretos do presente, para fomentar um futuro possível, um futuro além do vazio, do seu sepultamento. Se assim não o for, àqueles que criticamente superaram a cegueira, não restará nada além de aguardar o futuricídio[42].

A utopia possível é imprescindível para afirmar as lutas, movimentar os desejos, e subverter a ordem. Para Santos, na verdade, a natureza das utopias é serem irrealizáveis, em que pese hajam utopias realizáveis. Contudo, para o autor o que importa de fato não é o que a utopia

> [...] diz sobre o futuro, mas a arqueologia virtual do presente que a torna possível. Paradoxalmente, o que é importante nela é o que nela não é utópico. As duas condições de possibilidade de utopia são uma nova epistemologia e uma nova psicologia. Enquanto nova epistemologia, a utopia recusa o fechamento de horizontes

[42] Boa ventura de Souza Santos em sua obra, ao tratar do futuro sob as prespectivas a tual conjectura, elucida a morte do futuro a partir da ausência das utopias, da ausência de possibilidades. A partir disso desenvolve a ideia de que muitos assumem uma atitude futuricida, ou seja, assumir a morte do futuro, para só então, celebrar o presente, ou o passado, como fazem alguns pós-modernos. É com base nessa compreensão que se utiliza o termo 'futuricídio'. (SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo, Cortez: 2013, p. 334-335)

> de expectativas e de possibilidades e cria alternativas; enquanto psicologia, a utopia recusa a subjetividade do conformismo e cria a vontade de lutar por alternativas. (SANTOS, 2013, p. 337)

Se estamos a afirmar que tutelar os saberes tradicionais e biodiversidade a partir da formação de um aparato jurídico internacional arraigado nos preceitos do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador é uma utopia possível, o que disso decorre em não utópico? O não utópico, é exatamente o que já existe no novo constitucionalismo latino americano, a arqueologia do presente que o torna possível.

Essa é a nova epistemologia de Santos, a criação de novas alternativas e horizontes pelas Cartas Constitucionais da Bolivia e Equador. E a psicologia que gera a recusa do conformismo e a vontade de lutar pelas novas epistemologias, é imbuída pelos novos atores sociais, os povos originários, as coletividades das massas, as nacionalidades-plurinacionais, o empoderamento social.

Em contrário a isso, Gargarella e Courtis afirmam que muitos têm se referido as novas Lonstituições latino-americanas como Constituições "poéticas", ou seja, sonhos, aspirações, sem que tenha qualquer relação ou contato com a vida real dos países onde se aplicam (2015, p. 76). De fato, esses que assim a consideram, podem até deter alguma razão quanto ao fato de considerá-las sonhadoras, poéticas, ou seja, utópicas, mas em nenhuma medida assiste razão quanto a alegação de não representarem a realidade dos países onde se perfectibilizam.

Esses que assim entendem, certamente, ou fazem defesa as forças do sistema-mundo-global, ou, certamente, estão envoltos pela cegueira imposta por ele. Aliás, os próprios autores se encarregam de garantir a argumentação necessária para desconstituir descabida afirmação, no sentido de que

> [...]también es certo que, en buena medida gracias al status constitucional que se la ha assignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso. Por ejemplo, grupos de indígena y homosexuales, habitualmente maltratados en sus derechos fundamentales, han encontrado respaldo em estas Constituiciones y litigado – em algunos casos importantes, al menos – de modo exitoso, frente los tribunales. Y ello, em buena medida, gracias a lo escrito em estas nuevas Constituiciones. [...] nadie duda e que presenciamos uma "inflación" de derechos, y que muchos de los derechos incorporados en las nuevas Constituiciones serán de difícil o impossible satisfacción. Pero ellono nos debe llevar a descalificar automaticamente a la operación de expandir el aparato de los derechos próprio de estos nuevos textos. (GARGARELLA, COURTIS, 2015, p. 76-77)

Tentar deslegitimar tais constituições e/ou direitos em razão de possíveis direitos de difícil ou impossível realização é ceder espaço para infiltração das forças conservadoras e a derrocada desse projeto de Estado e de mundo inovador, e que muito tem a contribuir. Aliás,

como visto no subcapítulo anterior, é notório que há fragilidades nesse novo constitucionalismo, de modo que ter a real ciência dessas fragilidades, transmuta-as em potencialidades para fomentar as lutas por melhorias e fortalecimento. De outro lado, em contra-peso, há potencialidades inúmeras capazes de suportar as intervenções externas de tentativa de retorno ao *status quo*. Isso é a base dessa utopia possível. Aliás, como bem assevera Santos "lo que hoy es un absurdo desde el punto de vista de la cultura política liberal, puede mañana ser aceptado como una práctica de igualdad en la diferencia [...]" (SANTOS, 2015, p. 192).

A função da utopia (possível) está arraigada a essa mutação de aceitação. Por melhorias e mudanças de perspectivas, subverte as combinações hegemônicas do que já existe, "destotaliza os sentidos, desuniversaliza os universos, desorienta os mapas", com objetivo único de "descompor a cama onde as subjetividades dormem um sono injusto" – subjetividade do conformismo e da estagnação (SANTOS, 2013, p. 338).

Isto é, porque despertando do conformismo é que a visão crítica da realidade aflora, e a utopia se manifesta em lutas por um futuro possível, realizável, diferente. Até mesmo porque, se objetiva-se a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada em nível tal que contraponha os impulsos do instrumento de dominação chamado "Acordo Trip's", é salutar retomar o que inicialmente se trouxe em destaque: em todo curso da história, nenhum privilégio dos poderosos (Norte Social), foi concedido voluntariamente, senão pela movimentação das lutas (Sul Social).

Nesse sentido, parte-se do povo o poder de mudanças conjecturais e paradigmáticas, a união é a construção de um poder próprio. Sob essa mesma concepção Dussel infere que

> O poder do povo, como *hiperpotentia* crítica, constrói-se 'em baixo" (e não só "de" baixo). Esse poder tem como sede o próprio povo. O que se "constrói" (não se toma) é a acumulação de forças, a unidade; são as instituições e a normatividade subjetiva dos agentes. Depos vem o exercício do delegado poder (a *potestas*). Nesse sentido, a práxis de libertação é a própria "construção". (DUSSEL, 2007, p.128)

O poder do povo, expressado no novo constitucionalismo pela plurinacionalidade, a democracia intercultural, o pluralismo jurídico, a autodeterminação, bem como, a exaltação dos direitos da mãe natureza, aliados aos movimentos de luta pela não estagnação dos projetos de ruptura com o eixo colonial e exploratório, são elementos indispensáveis para a construção de uma utopia possível de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada em nível global. Obviamente, a plenitude da concretização desses projetos é dado em um largo prazo, paulatinamente e lentamente.

A simples normatização de novos direitos, não implica em ruptura imediata com a ordem anterior. Santos, coerentemente, afirma que "durante mucho tempo los princípios y los discursos irán bien adelante de las práticas. La distancia mayor o menor será la medida de la intensidad mayor o menor de la democratización de la democracia" (SANTOS, 2015, 203). Ou seja, trata-se de uma construção e afirmação diária, assim como a utopia possível de que estamos tratando.

Sua afirmação é posta em prova, diante de uma intensa crise do modelo de Estado atual. Refundar as bases conjunturais, instituições, Direito clássico, emana como novos horizontes, novas possibilidades. Entretanto, imprescindível haver ponderação, visto que, conforme Santos afirma, a crise desse Estado e das ideologias desenvolvimentistas

> [...] abre neste domínio uma caixa de Pandora donde podem sair, lado a lado, e às vezes misturados, o racismo, o chauvinismo étnico e mesmo o etnocídio, por um lado, e a criatividade cultural, a autodeterminação, a tolerância pela diferença e a solidariedade, por outro. A dificuldade dilemática neste domínio reside precisamente em que à partida é difícil prever qual destes processos prevalecerá ou sequer e qualquer deles pode em dadas circunstâncias transmutar-se no outro. Os termos em que se deu e continua a dar a globalização do sistema mundial origina recorrentemente processos de fragmentação e de localização. Nas condições presentes, a articulação entre estes é fundamental para potenciar o que há de progressivo e emancipatório neles e para neutralizar o que há neles de retrógrado e mesmo reacionário. (SANTOS, 2013, p. 327-328)

De toda sorte, nesta atual crise do Estado, o novo constitucionalismo latino americano que saiu da abertura da caixa de pandora, por certo, está vinculado a criatividade cultural, a tolerância, não fazendo parte dos males que dela sejam libertados. De outro lado, as forças da colonialidade do poder, do capitalismo, do eurocentrismo, ou, resumidamente do sistema-mundo-global são capazes de transmutar esse novo projeto aos fins que desejam. Nisto reside a importância da manutenção da utopia (possível) em todas as dimensões, a qual fomenta a luta, apresenta novas realidades, alternativas e possibilidades – esperança - e impede que essas forças possam impor essa transmutação, ou seja, a derrocada do projeto e o retorno do *status quo*.

São inegáveis os paradigmas trazidos para seara o Direito pelo novo constitucionalismo latino americano, sobretudo ao tratamento depreendido as diversidades culturais e aos direitos da natureza. As bases formadoras do Direito, igualmente devem ser refundadas, de modo que o "[...] derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver com la ruptura del formalismo jurídico y com una superación de la cultura jurídica imperante, que no puede lograrse sin conocer el saber indígena" (SANTAMARÍA, 2015, p. 164), a fim de que haja exequibilidade e efetividade às novas postulações. O papel do Direito, nesse ínterin, é

se reinventar para compreender os novos atores sociais, as demandas que surgem e irão surgir, e impulsionar e tornar possível a utopia.

A indagação que moveu o estudo que aqui se concretiza, era questionar se o novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador poderia ser considerado um paradigma para orientar estratégias de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada, frente a atual estrutura normativa vigente, especialmente as patentes insertas no Acordo Trips. A reflexão que se chega ao fechamento deste estudo, é que sim, o novo constitucionalismo latino americano pode e deve ser considerado um paradigma capaz de orientar estratégias de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

Isso porque, os preceitos, fundamentos, princípios e normas dessas cartas constitucionais consubstanciam-se em um aparato capaz de irradiar efeitos aos demais países do Sul Social, e fomentar a formulação de um instrumento jurídico internacional de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada em contraposição aos ditames do Acordo Trip's. No entanto, é imprescindível atentar-se a realidade dos fatos e ter a ciência que se trata de um projeto de futuro, posto que, a concretização de algo nessas proporções, no presente imediato, é deveras inconcebível. Isso porque, é inegável que as forças do sistema-mundo-global residem em tensão com esse novo paradigma, de modo que há fragilidades em meio a potencialidades.

A afirmação desse novo paradigma requer uma constante de lutas, movimentos em prol de uma não estagnação das bases de construção de um novo poder. Pensar a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir dos ensinamentos do novo constitucionalismo latino americano, é projetar no futuro a possibilidade de um aparato jurídico em igualdade de forças com o império do Acordo Trip's.

Por derradeiro, inferir a salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir das Constituições vanguarda da Bolívia e Equador é, pois, uma utopia. Entretanto, é uma utopia possível, que se propõe a romper com a perspectiva de um futuro vazio ou morto, e construir um futuro possível, com bases alicerçadas nos princípios do respeito a diversidade cultural, a natureza, e sobretudo, a renovação da vida. Essa utopia possível de salvaguardar saberes tradicionais e biodiversidade, deve ser movida pela constante de lutas, movimentos, a partir da construção do poder e soberania popular. O legado do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e do Equador do presente, é a crença e esperança de uma utopia possível, em um futuro, não tão distante.

CONCLUSÃO

A complexidade do tema que se esboçou neste trabalho, exige uma conclusão sem ilações discrepantes com a realidade posta. Isso posto, dialogar acerca da tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada no contexto de um cenário ostil de capitalismo e cânones neoliberais, sobretudo de colonialidade sobre o Sul Social, é um desafio de difícil empreitada. Entretanto, deve ser calcado especialmente por aqueles que são os mais afetados nesse cabo de guerra díspar de poderes - os países do Sul Social.

Tutelar esses bens, importa em reconhecer que a vida no globo detém estreita relação com sua manutenção e preservação. As culturas que outrora foram sobrepujadas pela superioridade eurocêntrica, hodiernamente, detém o poder de mudar as bases do futuro.

O Acordo Trip's, os instrumentos de propriedade intelectual, e até mesmo a Convenção sobre a diversidade biológica impõe uma racionalidade em consonância com a ordem econômica do mundo globalizado. E, além disso, atende os interesses do Norte Social em desfavor do Sul Social. Isso porque, vem atender a lógica de um sistem-mundo-global em que o domínio dos recursos, e sobretudo das informações é sinônimo de poder.

Nesse ínterim, na era em que a biotecnologia domina os mercados, os saberes tradicionais e biodiversidade associada restam em evidente fragilidade, em razão de que formam a base da produção desses setores, e como tais, são alvo de apropriação e biopirataria. Mais evidente ainda é sua vulnerabilidade, diante do limbo jurídico criado pelo vazio normativo que direciona salvaguarda. Isso porque, a Convenção sobre a Diversidade Biológica que teria o propósito de fazer as vias de tutela, é um instrumento absolutamente corrompido pelas forças econômicas, e, além disso, ainda quando se propõe minimamente a tutelar, não possui mecanismos coercitivos, não passando de normas de caráter meramente ético, sem cumprimento obrigatório. De outro lado, há quem defenda a tutela desses recursos mediante a utilização do instrumento de patentes, ínsita no Acordo Trip's, o que, como demonstrado no discorrer do estudo, é absolutamente inconcebível, seja pelas suas próprias características, seja por configurar o instrumento que é titular da espoliação de saberes ancestrais e recursos genéticos do Sul Social.

Ademais, esses instrumentos normativos são braços da colonialidade do poder, do capitalismo, do eurocentrismo, ou seja, do sistema-mundo-global, que tem como objetivo, tomar as vias da exploração e manutenção da subserviência do Sul Social aos interesses do Norte Social. Portanto, são incapazes de conferir qualquer salvaguarda efetiva aos saberes tradicionais e biodiversidade associada do Sul Social.

Se, pretende-se tutelar tais riquezes, é impreterível que se observe a temática a partir e desde o Sul. Quer dizer, nenhum instrumento de tutela formulado pelo Norte Social, terá o condão de fato de tutelar essas riquezas, já que, estará sempre corrompido e mascarado pelos seus interesses econômicos e coloniais. Então, a tutela aos saberes tradicionais há de ser gestada e formulada no bojo do Sul Social, em atenção a sua realidade, peculiaridades, riquezas, sua gente, seu povo.

Hodiernamente, saberes tradicionais e biodiversidade associada estão desamparados normativamente de qualquer tutela efetiva. Portanto, são imprescindíveis novas epistemologias, que tenham como fundamento uma visão holística e ontológica, imbuídas de contribuir para fomentar e orientar diálogos e formação de instrumentos jurídicos capaz de conferir a tutela a qual se almeja a esses recursos.

Nesse cenário, frente a crise do Estado clássico moderno, que não consegue, e não tem como dar as respostas prometidas aos anseios da população: um Estado que é responsável pela marginalização, exclusão, racismo, miséria, pobreza, destruição da natureza, e que alçou promessas de bem-estar social sem qualquer cumprimento, surge como oposição e alternativa, no centro da América Latina, o novo constitucionalismo latino-americano da Bolívia e Equador.

Esse novo constitucionalismo latino-americano é gestacionado e emana dos movimentos populares, as lutas das nações, por reconhecimento, emancipação, pela descolonização e independência das forças do sistema-mundo-global. A partir do reconhecimento das diversas nacionalidades, da concessão de poderes polítivos, sociais, etc de atuação aos diversos povos, como protagonistas dentro do Estado, erigindo as cosmovisões indígenas a status constitucionais, e o respeito aos direitos da mãe natureza, o Novo Constitucionalismo Latino Americano da Bolívia e do Equador surgem como possíveis paradigmas capazes de orientar as novas epistemologias de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

A palavra de ordem desse paradigma é a pluralidade. O constitucionalismo da Bolívia inova fortemente com os elementos e fundamentos da plurinacionalidade, da democracia intercultural e do pluralismo jurídico. Um autência tripé que tem potencialidades inúmeras de contribuição para salvaguarda dos saberes tradicionais e biodiversidade, seja pelo empoderamento e soberania popular, pelo protagonismo e participação democrática dos povos nas decisões do Estado, e pelo seu direito de autodeterminação, autogoverno, seus direitos coletivos, e exercício da própria Justiça, como reconhecimento e respeito a pluralidade de culturas e nações.

De outro lado, o constitucionalismo do Equador é paradigmático, ao incorporar fortemente os princípios do Buen Vivir, que implicam no respeito mútuo entre seres humanos e natureza. Aqueles como parte integrante desta. A complexidade da absorvição desse princípio pela Constituição do Equador, das cosmovisões indígenas, resulta no que há de mais inovador: o reconhecimento dos direitos da mãe natureza (Pachamama) como sujeito de direitos – o giro biocêntrico. Esse reconhecimento importa em contribuições imprescindíveis para a salvaguarda dos saberes tradicionais e, sobretudo, da biodiversidade, frente aos imperativos econômicos. Além disso, o Equador, é detentor das mais avançadas normas de direitos coletivos e propriedade intelectual, editada recentemente, em consonância com a Constituição de 2008.

De toda sorte, como visto, é necessário atentar-se não só as potencialidades destes normativos, como também as suas fragilidades para então aferir sua capacidade de orientar novas engenharias de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade. Nesse sentido, é imprescindível, tem ciência que a instabilidade desse movimento ainda é presente, e que as forças conservadoras do sistema-mundo-global exercem e exercerão constantemente pressões a fim de que se retorne ao *status quo* da dominação.

Nesse sentido, a empreitada de afirmação desse paradigma é de um caminho tortuoso e ostil. Entretanto, suas potencialidades são impulsionantes, e suas fragilidades devem ter a funcionalidade de motivar a continuidade das lutas e movimentos pelos avanços e melhorias em prol de um futuro de bases reconfiguradas. As novas edições normativas do Equador, evidenciam que este movimento segue em caminhada, e que os objetivos desse projeto de Estado e de mundo inovadores não se acomodou, tampouco estagnou-se.

Dessa forma, por todos os fundamentos, princípios e objetivos do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador, se conclui que é possível nortear novas epistemologias de tutela aos saberes ancestrais e biodiversidade associada, bem como, de fomentar a instrumentalização de um aparato jurídico internacional capaz de contrapor os ditames do Acordo Trips e as forças do sistema-mundo-global. Entretanto, tais perspectivas não são imediatas. Quer dizer, o processo de afirmação desse novo paradigma é de longo prazo, e paulatino, igualmente no que tange as contribuições de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade.

Portanto, defende-se que a tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir dos reflexos do novo constitucionalismo latino americano da Bolívia e Equador, constitui uma utopia e uma possibilidade. Constitui, assim, uma utopia possível. Uma utopia porque projeta no futuro novas possibilidades e alternativas de construir um futuro diferente, e fomenta a vontade de lutar por esse futuro. Possível porque o que já existe de concreto nessas novas

constituições é o subsídio para a formação do que se almeja alcançar, em um futuro não tão distante, um aparato jurídico internacional de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada que faça contraposição aos ditames injustos do sistema-mundo-global. Em um cenário ostil do mundo globalizado, uma utopia possível é o que move o mundo em busca de construir um futuro de vida, de novas arquiteturas, de esperança. Para além de ilações que destoam da realidade, pensar em uma utopia possível não só sustenta os sonhos de novos horizontes, como também instiga a continuidade das lutas, para ao final, alcançar esse futuro de boas aspirações globais e aos saberes tradicionais e biodiversidade.

REFERÊNCIAS

AMAZONLINK. **Biopirataria na amazônia: fatos históricos**. Disponível em: <http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_historia.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (org); ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso (org.); SILVA, Rosane Leal da (org.). **Direitos Emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

BOLÍVIA. **Constituición del Estado Plurinacional de Bolívia**. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel (org.); BELLO, Enzo (org.). **O pensamento pós e descolonial do novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul/RS: Educs, 2014

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Decreto nº. 1.355 de 30 de dezembro de 1994. **Promulga a Ata final que incorpora o Resultado da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2016.

_____. **Convenção sobre a diversidade biológica**. In: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2016.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo en su labirinto. In: CARBONELL, Miguel (org). **Teoría del neoconstitucionalimo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARRIÓN, Patrícia. **Consulta prévia: Legislación y aplicación – cadernos democráticos**. Quito- Equador: Konrad Adenauer Stiftung, 2012. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130307015213>. Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

CHAUÍ, Marilena. Notas sobre utopia.In: **Revista Ciência e Cultura**. Vol. 60. São Paulo: 2008. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v60nspe1/a0360ns1.pdf. Acesso em: 06 de janeiro de 2017.

CLAVERÓ, Bartolomé. Estado plurinacional: aproximação a um novo paradigma constitucional americano. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constituición. In: CARBONELL, Miguel (org). **Teoría del neoconstitucionalimo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE GREGORI, Isabel Christine. Os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade: direitos intelectuais coletivos ou monopólio da natureza?. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (org); ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso (org.); SILVA, Rosane Leal da (org.). **Direitos Emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

DELGADO, Miguel Vargas. La democracia comunitária entre el deseo e la realidade: la experiência de los pueblos indígenas chiquitano y guarani. In: **Tinkazos**, v. 17, nº 36, La Paz,

2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-74512014000200005>. Acesso em: 15 de desembro de 2016.

DIEGUES, Antonio Carlos Santana. **O mito moderno da natureza intocada**. 3 ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2001.

DUSSEL, Henrique. **20 teses de política**. Tradução: Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Clacso; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.); VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ECUADOR. **Código órganico de la economía social de los conocimientos, creatividade e innovación.** Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/multimedios-legislativos/38877-codigo-organico-de-la-economia-social>. Acesso em: 03 de janeiro de 2016.

ECUADOR. **Constituición del Equador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A teoria da constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo (moderno), do Neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo (latino-americano) plurinacional. In: MORAIS, José Luis Bolzan (org.). BARROS, Flaviane de Magalhães (org.). **Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FLÓREZ, Margarita Alonso. Proteção do conhecimento tradicional?. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Tradução: eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2002.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latino-americano: promessas e interrogantes. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GLADSTONE, Leonel Júnior. **O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

GRACIANO, Lílian Lúcia. Biotecnologia e o futuro da sociedade. In: LACOMINI, Vanessa (org.). **Propriedade Intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2009.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

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

HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal do tipo igualitario. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOERNER, Wagner Siloto. **América Latina e os recursos biológicos amazônicos: Pesquisas e patentes sobre plantas medicinais da Amazônia**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-10102012-171222/pt-br.php>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempo de globalização**. Tradução: José Luis Bolzan de Morais; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KLEIN, Herbert S. **Bolívia: do período pré-incaico à independência**. Tradução: Alberto Alexandre Martins; Maria Glória P. Kok. São Paulo: Brasiliense, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, Editora Líder, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. WEIL, Henrique. **Bioética no Estado de Direito Plurinacional**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14151/bioetica-no-estado-de-direito-plurinacional>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

MAMANI, Juan Ramos. Nuevo constitucionalismo social comunitário desde américa latina. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.); BARROS, Flaviane de Magalhães (org). **Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes editora, 2014.

MAYORGA, Fernando. La democracia intercultural em América Latina: procesos y desafios. In: TROTTA, Nicolás (org.); GENTILI, Pablo (org). **América Latina: la democracia em la encrucijada**. Buenos Aires: Clacso, 2016. Disponível em:<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20161226111424/America_Latina_Encrucijada.pdf>. Acesso em: 27 de dezembro de 2016.

MEIRELES, André Bezerra. Dependencia e interdependência: variantes em uma "mesma" realidade. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JUNIOR, Arno, (orgs). **Relações internacionais: interdependência e sociedade global**. Ijuí: Unijuí, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **Biopirataria na Amazônia: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados**. 1º ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá: 2012

PLATIAU, Ana Flávia Barros. Governança global para o acesso a recursos genéticos e da repartição de benefícios: rumo a um regime internacional?. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.); VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Maria Ligia Coelho; SOARES, Gabriela Pellegrino; COLOMBO, Sylvia. **Reflexões sobre a democracia na américa latina**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005. Disponível

em:<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

REYES, Manuel Aragón. La constituición como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (org). **Teoría del neoconstitucionalimo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SANTAMARÍA, Ramiro Avila. La utopia andina. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.); CHAUÍ, Marilena (org). **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. La refundación del estado y los falsos positivos. In: BALDI, César Augusto (org.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org); MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo, Cortez: 2010

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo, Cortez, 2010

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula G. de; NUNES, João Riscado. Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Tradução: Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

_____. **Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. Tipologia de normas sobre controle ao acesso aos recursos genéticos. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.); VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos**. Ijuí: Editora Ijuí, 2015.

VIEIRA, Vinícius Garcia. **Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2015.

ANEXO I

Cuadro 1
Asambleístas indígenas elegidos por normas y procedimientos propios
en las elecciones de abril de 2010

Pueblo indígena	Asambleístas indígenas departamentales	Calidad	Organización
Chiquitano	Rodolfo López Cuchui	Titular	OICH
	Beatriz Tapanache	Suplente	
Ayoreo	Suby Picanerai Chiquejñoi	Titular	CANOB
	Saron Picanere Dosape	Suplente	
Guarayo	Wilson Añez Yamba	Titular	COPNAG
	Celinda Agei Urapogui	Suplente	
Guaraní	Filemón Suárez Ramón	Titular	APG
	Nely Romero	Suplente	
Yuracaré-Mojeño	Romanet Bravo Soria[4]	Titular	CYPIM
	Roberto Carlos Cortez Soria	Suplente	

Fuente: CIDOB-CEJIS, 2010: 7.

Cuadro 2
Composición étnica de la bancada indígena dentro de la Asamblea Legislativa
Departamental de Santa Cruz, mayo de 2014

Pueblo indígena	Asambleístas indígenas departamentales	Calidad	Organización
Chiquitano	Rodolfo López Cuchui	Titular	OICH
	Nélida Faldín Chuvé	Suplente	
Ayoreo	Suby Picanerai Chiquejñoi	Titular	CANOB
	Saron Picanere Dosape	Suplente	
Guarayo	Wilson Añez Yamba	Titular	COPNAG
	Celinda Agei Urapogui	Suplente	
Guaraní	Filemón Suárez Ramón	Titular	APG
	Nely Romero	Suplente	
Yuracaré-Mojeño	Einar Moye	Titular	CYPIM
	Rosalí Soquinés Soria		

Fonte: DELGADO, Miguel Vargas. La democracia comunitária entre el deseo e la realidade: la experiência de los pueblos indígenas chiquitano y guarani. In: Tinkazos, v. 17, nº 36, La Paz, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci