

TUTELA JURÍDICA DO ACESSO À BIODIVERSIDADE NO BRASIL

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI*

O presente trabalho pretende apenas provocar uma reflexão sobre a proteção jurídica do acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, estabelecendo um necessário espaço para discussões e críticas acerca do binômio diversidade biológica e uso da biotecnologia.

Hodiernamente, não resta dúvida alguma de que a missão de buscar a sustentabilidade do progresso tecnológico, com ética e sem desequilíbrios ao meio ambiente, certamente representará escopo dos mais árduos neste século XXI.

I – Tutela jurídica do acesso aos recursos genéticos no Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, sensível à questão da paridade dos direitos ambientais como direitos humanos e suas conseqüências, ressalta a afirmação de Maguelonne Déjant-Pons: “O direito ao meio ambiente é um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos – o da própria existência”¹.

Na temática do acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional, a inter-relação da proteção dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente é ainda mais evidente, não só pelo valor intrínseco e essencial que a diversidade biológica representa para a vida na Terra, bem assim pela perda dos recursos naturais e dos serviços ambientais vitais ao homem. Nessa matéria, há um indissociável vínculo de dependência entre a biodiversidade e a sociobiodiversidade.

Consoante essa linha de raciocínio, conclui-se que a proteção da biodiversidade é um direito humano fundamental e que a Convenção da Diversidade Biológica veicula normas de direitos humanos. Bem por isso, uma vez ratificada pelo nosso Congresso Nacional, foi incorporada a Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional do art. 5º, jungida àquele rol de direitos constitucionalmente protegidos por via da norma de extensão de seu § 2º, e dotada, por conseguinte, de intangibilidade (art. 60, § 4º, IV, da CF/88) e de aplicabilidade

* Sandra Akemi Shimada Kishi é Procuradora da República e Mestre em Direito Ambiental.

¹ Apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 25.

imediate (§ 1º do art. 5º da CF/88), com fundamento em interpretação teleológica do sistema jurídico constitucional e por força do primado da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado de Direito Ambiental.

A paridade entre norma constitucional e tratado internacional de direitos humanos, como é o caso da Convenção da Diversidade Biológica, decorre também do princípio da prevalência da norma mais favorável, porquanto está constitucionalmente consagrado o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Tal interpretação resguarda sintonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico constitucional, mormente no que diz respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental prescrito no art. 1º, III, do nosso Texto Magno². E são esses princípios fundamentais que farão prevalecer na balança de pesos valorativos das liberdades públicas, o princípio da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país ante o princípio da ordem econômica pautada na livre iniciativa.

A Convenção da Diversidade Biológica³ veicula em seu preâmbulo e os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “e”, e 15 veiculam princípios fundamentais, verdadeiras regras matrizes ou pilares norteadores na conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, com o adequado acesso aos recursos genéticos e a repartição justa e eqüitativa dos benefícios dessa utilização.

A despeito da matéria, temos as leis estaduais do Acre e do Amapá – respectivamente, Leis n. 1.235/97 e 388/97, e a Medida Provisória n. 2.186-16/2001.

Além da Convenção da Biodiversidade e das leis estaduais do Acre e do Amapá, no nosso ordenamento jurídico pátrio, atinentes à diversidade biológica e ao acesso aos recursos genéticos, temos: a Lei de Proteção à Propriedade Intelectual – Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996; a Lei de Cultivares – Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997; a Medida Provisória que regula o Acesso ao Patrimônio Genético – MP n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, o Projeto de Lei n. 306/95, de autoria da ministra Marina Silva, em tramitação no Senado, bem como os Projetos de Lei n. 4.579/98 e 4.751/98, a Lei de Biossegurança, Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que disciplina a engenharia genética e os organismos geneticamente modificados, e o Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que institui diretrizes para a Política Nacional da Biodiversidade.

No tocante à tutela jurídica do acesso à biodiversidade, abordaremos aqui apenas aspectos mais relevantes da Lei de Proteção à Propriedade Intelectual (Lei n.

² A tese da incorporação de tratado internacional no ordenamento jurídico interno no mesmo plano hierárquico das leis infraconstitucionais foi firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal em 1977, no RE n. 80.004-SE e referia-se a temática de direito comercial (Lei Uniforme de Genebra). Tal entendimento foi mantido no julgamento do HC n. 72.131-RJ, de 22 de novembro de 1995, relativamente à incorporação, no nosso sistema jurídico, do Pacto de São José da Costa Rica. Não foi sempre assim. Há precedente da Excelsa Corte entendendo que as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Nesse sentido: Representação n. 803/DF, que submete à apreciação do E. Supremo Tribunal Federal a arguição de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo n. 33/1964 e do Decreto n. 58.826, de 14 de julho de 1966, que versam respectivamente sobre a ratificação e a promulgação da Convenção n. 110, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, com destaque para os votos dos ministros Rodrigues de Alckmin, Djaci Falcão e Eloy da Rocha, conforme publicado no *Diário da Justiça* de 17 mar. 1978 e na RTJ 84/724.

³ A Convenção da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 5 de junho de 1992, está incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, visto que ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998 (DOU de 17 mar. 1998).

9.279/96), da Lei de Proteção dos Cultivares (Lei n. 9.456/97), da MP n. 2.186-16/2001, do Projeto de Lei n. 306/95 e do Decreto n. 4.339/02.

É cada vez mais premente discutir o tema dos mais relevantes do terceiro milênio, que é a questão da propriedade intelectual e a exploração da biodiversidade. São inevitáveis questionamentos como: devem ou não ser patenteados os vegetais, os animais e os processos essencialmente biológicos? E como está o Brasil nesse debate?

Antes mesmo de enfrentarmos a problemática da normatização das atividades de exploração da biodiversidade, que na verdade não é a crucial causa da espoliação de nossos recursos, há que se destacar a falta de consciência não só dos governantes do país, mas da própria sociedade acerca da relevância do assunto, já que possuímos de 15 a 20% da biodiversidade mundial. E essa megadiversidade biológica é o nosso maior patrimônio.

Precisamos refletir, inicialmente, sobre o assunto, a partir da necessidade de um mapeamento, inventário e monitoramento dos componentes da nossa biodiversidade e dos ecossistemas, tarefa árdua, mas imprescindível. Essa providência está prevista no art. 7º da Convenção da Diversidade Biológica.

Com efeito, esse levantamento possibilitará o desenvolvimento de diretrizes de gestão, o reconhecimento de situações de vulnerabilidade no funcionamento de um ecossistema e, ainda, a estimativa das perdas ou dos impactos ambientais negativos. Precisamos desse valioso mapeamento e monitoramento também para uma avaliação plausível dos recursos genéticos passíveis de utilização. De fato, são inevitáveis as perguntas: Como e quanto de determinado recurso natural pode ser usado? E como quantificar o *quantum* de retorno econômico à comunidade e ao país, detentores da biodiversidade? Infelizmente, sem esse inventário dos recursos naturais e dos ecossistemas, nem ao menos as perdas poderão ser contabilizadas.

A) Propriedade intelectual e biodiversidade

O debate sobre propriedade intelectual, mais especificadamente as patentes de invenção, remonta a proporções urgentes e preocupantes, tendo em vista o crescente número de relatórios sobre pesquisas biológicas sobre o genoma humano, estudado nos EUA desde a década de 1970.

Em 1986, por pressão especialmente dos Estados Unidos, o tema propriedade intelectual foi inserido nas discussões da Rodada de Negociações Multilaterais de Comércio, conhecida como Rodada Uruguai, convocada pelo GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). Nessa ocasião, foi entabulado o acordo mundial TRIPS (sigla em inglês para questões atinentes à propriedade intelectual relativos ao comércio), apesar da forte resistência dos países em desenvolvimento. O TRIPS objetiva regulamentar a propriedade intelectual, estabelecendo um sistema internacional de patentes.

Para tratar da questão da propriedade intelectual relativa aos recursos genéticos, restringiremos nossa atenção à *patente de invenção*, que “consiste na concessão de direito temporário a um titular de excluir outros do uso da invenção nova e útil”⁴. A *Lei n. 9.279/96* prevê como requisitos para concessão da patente: a

⁴ SHERWOOD, Robert. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992.

novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial (art. 8º). Portanto, já de plano, exclui-se a possibilidade de patenteamento do conhecimento tradicional, dada a ausência total do pressuposto “novidade”. Ora, o conhecimento tradicional é ancestral e não novo.

Importante destacar ainda que a Lei de Propriedade Intelectual, não considera invenção, não sendo patenteáveis, portanto, as descobertas e, ainda, o todo ou parte de seres vivos, materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural, e os processos biológicos naturais (art. 10, I, VIII e IX, da Lei n. 9.279/96).

No que atina à genética humana, o trabalho de decodificação da seqüência genética não é nenhuma invenção, mas sim uma descoberta. O genoma humano, por conseguinte, não sendo uma invenção, não pode ser patenteado. O mesmo se diga quanto aos recursos encontrados ou descobertos *in natura* no nosso ambiente.

A técnica adotada na nossa Lei de Propriedade Intelectual consiste no elenco de condutas negativas. Ou seja, só pode ser objeto de patente o que não estiver expressamente proibido por lei. De fato, relaciona também o art. 18 da Lei n. 9.279/96 (a par do art. 10) que não pode ser objeto de patente o que for contrário à moral, à segurança, à ordem e à saúde públicas e o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Desta feita, a sistemática de patentes garante o monopólio ao titular do privilégio temporário, consistindo no instrumento por meio do qual os produtos, conhecimentos ou tecnologias são transformados em bem econômico, passível de apropriação privada e alienação⁵.

Realmente, não podem ser patenteáveis os recursos naturais, nem o todo ou parte de seres vivos naturais, aí incluídos os microorganismos, *sob pena de descaracterizar-se a natureza jurídica que lhes foi constitucionalmente conferida de bem de uso comum do povo*. Destarte, esses bens não podem ser monopolizados por uma empresa ou por um indivíduo.

Patrícia Aurélia Del Nero, em sua monografia *A tutela jurídica da biotecnologia*, pondera que, embora o art. 10, IX, da Lei de Propriedade Intelectual expresse a proibição do patenteamento de ser vivo, por sua vez, paradoxalmente, o art. 18, III, dessa mesma lei, acaba permitindo a patente de seres vivos. Isso porque, segundo tal dispositivo, os microorganismos geneticamente modificados, que indubitavelmente são seres vivos, são considerados como “invenção”, sendo possível, portanto, o patenteamento de vida⁶.

O nosso sistema de patentes, inexoravelmente, dá azo ao monopólio institucionalizado, acompanhando os movimentos de globalização econômica, porquanto se obrigou a observar os princípios fixados no já referido acordo TRIPS (sigla em inglês para Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio), o qual entrou em vigor no Brasil em 1º de janeiro de 1995, após aprovação, pelo Congresso Nacional, das deliberações assumidas na Rodada Uruguai do GATT.

⁵ DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 70.

⁶ DEL NERO, Patrícia Aurélia, op. cit., p. 254-255.

Para comprovar isso, basta seja citado que o art. 3º do acordo TRIPS prevê que cada país concederá aos nacionais de outro país “tratamento não menos favorável” que o conferido aos seus próprios nacionais, enfraquecendo a soberania de cada Estado, em franca contraposição aos princípios da Convenção da Biodiversidade e em rota de colidência com o texto constitucional quanto ao princípio da soberania nacional. Demais disso, o acordo TRIPS estipula estrategicamente a uniformização nas legislações dos países signatários quanto à disciplina jurídica da propriedade intelectual, de forma compatível com esse acordo internacional.

No nosso sistema jurídico, informado pelo princípio do acesso eqüitativo aos recursos naturais, a razoabilidade e a eqüidade devem orientar o uso desses recursos, dando-se oportunidades iguais diante de casos semelhantes. Ainda nessa linha de entendimento, interessante a observação de Paulo Affonso Leme Machado, no sentido de que “Uma ordem hierárquica no acesso aos bens ambientais observará a proximidade ou vizinhança dos usuários com relação aos bens. Podemos dizer que a prioridade no uso dos bens deve percorrer uma escala que vai do local ao planetário, passando pela região, pelo país e pela comunidade de países”⁷.

No âmbito internacional, a despeito da proteção jurídica em matéria de biossegurança, questionam Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros-Platiau:

OMC (que consolidou a impossibilidade de recusar importações sem evidências científicas) ou Protocolo de Biossegurança (que consagrou o princípio da precaução), qual mecanismo político-jurídico internacional poderia evitar o risco de um contexto de oligopólio biotecnológico? Na verdade, a questão pode ser colocada em outros termos: deixar as leis do mercado ou das instituições duvidosamente democráticas serem as garantidoras de mecanismos contra a desigualdade internacional?⁸

B) Proteção das cultivares

O que são cultivares?

“São espécies de plantas que foram melhoradas devido à alteração ou introdução, pelo homem, de uma característica que antes não possuíam”⁹. São distinguíveis de outras variedades pelas características da homogeneidade, estabilidade e novidade (Lei n. 9.456/97, art. 3º, IV).

A regulamentação sobre cultivares, também conhecida por “Direitos de melhorista” – que é a pessoa física que obtém a nova cultivar –, é menos restritiva que o sistema de patentes. A proteção às cultivares é *mais flexível*: há o registro da propriedade intelectual do titular, mas o agricultor pode usar a cultivar protegida, desde que para consumo próprio, sem o pagamento de nenhuma remuneração ao titular da variedade vegetal protegida. Ou seja, não há pagamento de *royalties*.

Além disso, diferencia-se a proteção sobre cultivares do sistema de patentes, uma vez que setores de pesquisa têm livre utilização da cultivar protegida, como fonte de pesquisa e de informação científica.

⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 50.

⁸ VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, ano 37, n. 145, p. 119-133, jan./mar. 2000.

⁹ GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. Reflexos da globalização sobre a Lei de Proteção de Cultivares no Brasil. *Cadernos de Direito* (cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba), São Paulo, v. 1, n. 2, p. 166, 2002.

E, ainda, há a possibilidade de comercialização do produto obtido do plantio da cultivar protegida, desde que para fins alimentares, independentemente de pagamento de *royalties* ao titular do certificado de proteção de cultivar.

A tutela da biotecnologia vegetal será exclusivamente por meio do sistema do direito de melhorista, pois o art. 2º da Lei n. 9.456/97 o prevê como única forma de proteção de cultivares, afastando a proteção via patente às plantas.

Tais características da proteção das cultivares, previstas na Lei n. 9.456/97, decorrem principalmente da adesão do Brasil à UPOV/1978 (sigla em inglês para Convenção Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais), que expressamente prevê o livre acesso do melhorista na utilização da variedade desenvolvida e proíbe a simultaneidade da dupla proteção, via patente e proteção *sui generis*¹⁰.

O acordo TRIPS, ao qual o Brasil também aderiu, em seu art. 27, item 3, alínea “b”, dispõe que os países-membros podem excluir da patenteabilidade plantas e animais, sendo-lhes facultado dispor de sistema *sui generis* efetivo para proteção de novas variedades de plantas.

A Lei de Cultivares (Lei n. 9.456/97) foi editada para completar as obrigações assumidas pelo Brasil nesses acordos internacionais, tendo adotado o sistema *sui generis* de proteção.

No plano internacional, é relevante destacar que no âmbito da FAO, Organismo das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, foi criada uma Comissão sobre Recursos Genéticos Vegetais, entre outras atribuições, para supervisionar a implementação do Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura, editado na forma da Resolução n. 08/83, como um instrumento de *soft law* que não detém poder de coerção legal entre as partes contratantes. A partir da Convenção da Biodiversidade, o sistema de “livre troca” dos recursos genéticos está banido juridicamente, sendo que a FAO tem se comprometido a regulamentar, de forma compatível com o regime de acesso vigente¹¹, mediante repartição de benefícios, as situações de recursos em bancos de germoplasma antes da Convenção da Biodiversidade. Tal incompatibilidade levou à rodada de negociações que resultou na aprovação pela FAO, em novembro de 2001, do Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos para a Alimentação e a Agricultura¹², na Conferência das Nações Unidas (ONU), como um ato normativo obrigatório e vinculante. Esse Tratado no âmbito da FAO, além de reconhecer o direito dos agricultores, estabelece um sistema de acesso e repartição de benefícios, protegendo determinados recursos fitogenéticos (milho, trigo, arroz...) listados no Anexo I do Tratado.

No Brasil, entretanto, não obstante seja expressamente proibido o patenteamento de seres vivos, exceto dos microorganismos geneticamente modificados, a realidade é que plantas, animais, variedades, ou seus componentes genéticos estão sendo patenteados no exterior, monopolizando nossos produtos, que ficam impedidos de ser utilizados no Brasil, salvo em caso de anuência do titular do privilégio, e sempre com o pagamento de *royalties*¹³.

¹⁰ GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira, op. cit., p. 167-168.

¹¹ YAMIN, Farhana. Biodiversity, ethics and international law. *Ethics, the Environment and the Changing International Order*, International Affairs, Royal Institute of International Affairs, v. 71, issue 3, p. 541, jul. 1995.

¹² Disponível em: <www.fao.org>.

¹³ Cf. Entrevista do atual Diretor do Greenpeace, Gerd Leipold, publicada na Revista *Veja*, de 19 fev. 2003, p. 11-12.

Na verdade, em matéria de biodiversidade há um direito intelectual coletivo e difuso a ser tutelado.

Acerca do tema, valemo-nos a seguir das valiosas observações e conceitos enunciados pela ministra Eliana Calmon, em seu instigante artigo “Direitos de quarta geração, biodiversidade e biopirataria”¹⁴.

Sem dúvida, a biopirataria é a forma moderna pela qual o mundo do século XXI dá prosseguimento à história de lutas coloniais pela usurpação e exploração das riquezas biológicas nativas.

O contrabando de mudas de seringueira do Brasil para o sudoeste da Ásia deu à Inglaterra a vantagem no comércio mundial da borracha, provocando o desastre econômico da Amazônia. Os caçadores de plantas estão hoje sendo substituídos por exploradores de genes. Os mercados globais, em mudança histórica, passaram a substituir a utilização de combustíveis fósseis e de metais raros pelos recursos genéticos e biológicos. As indústrias farmacêuticas, cosméticas e de alimentos, entre outras, contrabandeam os conhecimentos dos povos nativos, acrescentam alguma modificação na composição genética das plantas e intitulam de descoberta científica a manipulação de recursos nativos, ou do conhecimento tradicional, angariando, após patenteamento, grandes lucros.

Para se ter uma idéia desse poderoso mercado, basta lembrar que $\frac{3}{4}$ de todas as drogas utilizadas pela indústria farmacêutica derivam de plantas que eram utilizadas na medicina indígena. O *curare*, por exemplo, era usado pelos índios amazônicos para paralisar a caça e hoje funciona como anestésico cirúrgico. A *neen*, árvore simbólica da Índia, chamada de árvore abençoada pelo poder de cura, produz um antibactericida natural que hoje é industrializado pela W. R. Grace, que o patenteou, em detrimento de pesquisadores e empresas indianas que, há séculos, se utilizavam de sua árvore símbolo como fonte de biopesticidas e remédios. A taumatina, tradicional planta da África Ocidental, vem sendo usada de longa data pelos nativos da região como adoçante alimentar. Em 1993, a Lucky Biotech Corporation, empresa coreana do setor farmacêutico, e a Universidade da Califórnia conseguiram patente internacional para um adoçante de baixa caloria que é cem mil vezes mais doce que o açúcar. É identificada como a mais doce substância do planeta. A “descoberta” renderá milhões em lucros, mas os verdadeiros descobridores da taumatina nada receberão.

Outro exemplo recente de biopirataria com um recurso natural é o caso da *ayahuasca*, uma planta medicinal amazônica usada por diferentes comunidades indígenas, que foi patenteada por um laboratório norte-americano, sendo que os índios nada receberam¹⁵.

Segundo Eliana Calmon, as proposições internacionais para proteger a biodiversidade e frear a “pirataria” apresentam três ordens de idéias: 1) partilha dos lucros oriundos das patentes baseadas no conhecimento tradicional; 2) pagamento de *royalties* a esses povos; e 3) impossibilidade de venda ou negociação do conhecimento científico que possa influenciar na genética.

¹⁴ CALMON, Eliana. Direitos de quarta geração, biodiversidade e biopirataria. *Revista da Academia Paulista de Magistrados*, ano 2, v. 2, p. 47, dez. 2002.

¹⁵ Artigo sobre patentes, “Brasil quer mudar acordo de biodiversidade”, publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, de 12 set. 2001, Caderno Folha Ciência, p. A-34.

II – Tutela jurídica do conhecimento tradicional

A questão da propriedade intelectual do conhecimento tradicional associado é a mais polêmica e complexa dentro da matéria do acesso à biodiversidade. Com efeito, evidencia-se nessa seara a intrínseca interdisciplinariedade necessária para dar corpo ao ideal paradigma de proteção. Demais disso, é mister buscar um novo paradigma de proteção, em base jurídica, tanto em nível de princípios fundamentais, quanto em nível de meios eficientes de implementação.

O que vem a ser conhecimento tradicional associado? Consiste na informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético, segundo o art. 7º, II, da MP n. 2.186-16/2001. Nada mais genérico e impreciso que tal conceituação. Comunidade tradicional é a comunidade indígena e a comunidade local¹⁶.

Convém reservar a definição de conhecimento tradicional à doutrina, tarefa que dificilmente será bem alcançada pela via legislativa. Isso porque o conceito de conhecimentos tradicionais deve considerar toda a gama de interações e especificidades culturais com que são gerados e cultivados.

Aliás, nesse diapasão, como bem observado por Juliana Santilli,

aquilo que os cientistas naturais (botânicos, biólogos, ictiólogos) chamam de biodiversidade, traduzida em longas listas de espécies de plantas e animais, descontextualizadas do domínio cultural, é diferente do conceito de biodiversidade, em grande parte construída e apropriada material e simbolicamente pelas populações tradicionais. O próprio conceito de população tradicional ainda começa a se estruturar¹⁷.

Mister diferenciar, ainda, conhecimento tradicional de obras e manifestações folclóricas.

Segundo Eliane Y. Abrão,

Obras de folclore são manifestações de cultura tradicional e popular definidas na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular aprovada pela Conferência-Geral da Unesco, em Paris, em 15 de novembro de 1989, como o conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural fundadas na tradição, expressadas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente correspondem às expectativas da comunidade¹⁸.

¹⁶ Inexiste definição, dada pela lei, de comunidade local. Analogicamente, pode ser usado o conceito empregado na Lei n. 9.985/2000, ao tratar das populações em reservas de desenvolvimento sustentável, que são qualificadas como tradicionais e caracterizadas por terem a sua existência baseada “em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica”. Essa lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação não inclui os índios e quilombolas quando fala das populações tradicionais, o que é uma incorreção. Mas, com base nessa Lei n. 9.985/2000, podemos definir comunidade local como aquela com modo de vida e inter-relações sociais e materiais indissociáveis à diversidade biológica e à reprodução dos conhecimentos tradicionais a ela associados. São os pescadores artesanais, os seringueiros, a comunidade quilombola formada pelos negros e índios remanescentes de quilombos, a população ribeirinha...

¹⁷ SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, p. 86, jan./mar. 2003.

¹⁸ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 123.

No Brasil, essas obras e manifestações folclóricas são consideradas bens culturais de natureza imaterial, integram o patrimônio cultural brasileiro e estão sujeitas a registro para preservação, nos termos do Decreto presidencial n. 3.551, de 4 de agosto de 2000.

Além da impossibilidade da proteção via patente do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos, visto que quase sempre não é novo, mas ancestral, e mesmo quando recente, não há como patentear certos processos naturais, sendo que quase sempre os conhecimentos tradicionais traduzem-se justamente nas informações sobre esses processos naturais e no modo como elas são adquiridas, usadas e repassadas. Isto já basta para afastar o requisito da atividade criativa humana ou da atividade inventiva, necessário para o patenteamento.

Também não se revela possível proteger os conhecimentos tradicionais por meio do direito do autor, que tem como requisito a originalidade da obra, além da novidade, consoante a Lei n. 9.610/98. Ora, o “tradicional” não combina com o “original” ou “criativo”.

A Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual) nada dispõe sobre a proteção do conhecimento tradicional. O acordo internacional TRIPS, específico para a área de propriedade intelectual, também não contempla o conhecimento tradicional, não obstante proposta de emenda nesse sentido, apresentada em novembro de 2001, na Conferência da Organização Mundial do Comércio, em Doha, Catar.

No âmbito interno, relativamente à proteção do conhecimento tradicional, há a pífia contribuição veiculada na Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Ainda está em tramitação na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n. 306/95, de autoria da ministra Marina Silva, o qual se revela mais protetivo às comunidades locais e aos povos indígenas que a Medida Provisória n. 2.186-16. Isso porque, apenas para ilustrar:

- 1) O Projeto n. 306/905 inclui a proteção aos recursos biológicos e genéticos continentais, costeiros, marítimos e insulares presentes no território nacional, ao passo que a MP n. 2.186-16/2001 só fala em componente do patrimônio genético existente na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.
- 2) Aquele projeto de lei prevê a participação da comunidade local nas decisões e nos benefícios não só econômicos, mas também sociais, decorrentes do acesso aos recursos genéticos e a MP não dispõe nada a respeito.
- 3) O Projeto reconhece direitos coletivos de propriedade intelectual, adquiridos ancestralmente, englobando direitos de propriedade industrial, direitos de autor, direitos de melhorista, segredo e outros. A MP nada prevê nesse sentido.
- 4) O projeto de lei pressupõe a anuência para o acesso aos recursos genéticos, assegurando às comunidades locais o direito de não permitir a coleta desses recursos e o acesso ao conhecimento tradicional, e, ainda, que a autorização para acesso aos recursos genéticos não implica autorização para sua remessa ao exterior, ao passo que a MP prevê a anuência prévia apenas para autorização de acesso e remessa de

componente do patrimônio genético de espécie de endemismo estrito ou ameaçada de extinção.

- 5) O Projeto de Lei n. 306/95 reconhece um direito de propriedade intelectual do conhecimento tradicional. A MP, por sua vez, prevê o pagamento de *royalties* apenas para a transferência de tecnologias sujeitas a patentes.
- 6) A MP, ao definir erroneamente comunidade local e tradicional como comunidade quilombola e indígena, acaba por excluir da regulamentação do acesso aos recursos genéticos as demais comunidades locais, como as populações ribeirinhas, os seringueiros, os agricultores, os pescadores artesanais...

No âmbito interno, *de lege ferenda*, a legislação, especialmente dos Estados-Membros, há de incorporar minimamente os seguintes requisitos:

- a) a identificação do material genético utilizado no processo resultante da utilização de conhecimentos de comunidades tradicionais;
- b) a proteção *sui generis* aos direitos intelectuais coletivos de comunidades tradicionais não podem resultar em monopólio ou oligopólio dos detentores da biotecnologia, com proibição de qualquer cláusula de exclusividade para determinada pessoa ou empresa;
- c) a repartição de benefícios com os detentores de recursos genéticos;
- d) o consentimento prévio informado (ou fundamentado) fornecido pelos detentores dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais.

Na tutela jurídica do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado, a *legitimidade* representa o cerne da validade do ato, que será nulo de pleno direito na ausência desse requisito. O acesso em base justa só será legítimo com o consentimento prévio fundamentado¹⁹ das comunidades tradicionais, como resultado de um processo de intensa informação e participação.

No item 5 do art. 15 da Convenção da Biodiversidade, encontramos a expressão consentimento prévio fundamentado. Com efeito, assim estabelece tal artigo: "O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte".

A Convenção da Diversidade Biológica reconhece em seu preâmbulo a "estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais". Estabelece também, em seu art. 8º, parágrafo "j", que "os países signatários devem preservar o conhecimento e as práticas das comunidades locais e encorajar a repartição dos benefícios oriundos da aplicação destes conhecimentos"²⁰.

¹⁹ A doutrina tem distinguido o termo "consentimento prévio informado" de "consentimento prévio fundamentado", porquanto a expressão "informado" seja um *plus* a "fundamentado", por pressupor a necessidade vital de que as comunidades tradicionais sejam plenamente informadas dos riscos e benefícios derivados do acesso à biodiversidade. Há quem defenda, por outro lado, que o termo "fundamentado" também pressupõe a troca de informações para o acesso, sob pena de nulidade por ausência de motivação. Utilizamos o termo consentimento prévio fundamentado por ser o adotado pela Convenção da Diversidade Biológica. Demais disso, o termo "fundamentado" leva à concepção de que a comunidade que consentiu já foi devidamente informada dos riscos e benefícios do acesso aos recursos biológicos e, bem por isso, foi hábil a emitir um consentimento prévio devidamente justificado.

²⁰ Convenção da Diversidade Biológica.

De todo o art. 8º, “j”, da Convenção da Diversidade Biológica, destacamos a palavra “aprovação” dos detentores do conhecimento tradicional para estruturar o princípio do consentimento prévio fundamentado, principal instrumento para o acesso aos conhecimentos ancestrais associados ao patrimônio genético e ao acesso dos recursos em terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, locais (pescador artesanal, seringueiro, extrativistas, agricultores, ribeirinhos) ou quilombolas.

A Constituição Federal protege as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”²¹, bem como a “diversidade e a integridade do patrimônio genético do país”²².

O novo regime jurídico de proteção aos direitos intelectuais coletivos não haverá de pautar-se, como intentam a Organização Mundial de Propriedade Intelectual e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) no Brasil, no sistema de patentes para a tutela dos conhecimentos tradicionais, porquanto, frise-se, não são conhecimentos novos, mas imemoriais. O regime jurídico será, necessariamente, *sui generis*, a exemplo da legislação de proteção das cultivares.

Em relação aos conhecimentos tradicionais, o grande desafio é encontrar o melhor modelo de proteção, já que são de domínio de comunidades locais, desde tempos imemoriais.

A precariedade da proteção legal ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade contribui para o incremento das mais diversas formas de espoliação e de apropriação indevida.

O ideal mecanismo de proteção dos conhecimentos tradicionais inevitavelmente afastar-se-á dos mecanismos convencionais da propriedade intelectual (propriedade industrial e direito autoral), tendendo para um “mecanismo *sui generis*”, a permitir mais flexibilidade de adaptação às circunstâncias especiais e próprias desses direitos intelectuais coletivos ancestrais.

A propósito, desde 1988, existe no nosso sistema o instituto da anuência prévia da comunidade indígena no acesso a determinados recursos naturais. Com efeito, nossa Constituição Federal, no art. 231, § 3º, exige a autorização prévia em terras indígenas para o aproveitamento de recursos hídricos e mineração, assegurada a participação nos resultados da lavra e desde que com autorização do Congresso Nacional.

III – Medida Provisória n. 2.186-16/2001: outras impropriedades e inconstitucionalidades

A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 vem sofrendo, desde a sua primeira edição até hoje, reiteradas versões em suas mais de duas dezenas de reedições. Lamentavelmente, somos obrigados agora a assistir a conseqüências teratológicas, como a edição do Decreto n. 3.945, de 28 de setembro de 2001, pelo qual se sacramentou o absurdo de o Poder Executivo regulamentar medida provisória.

²¹ CF, art. 215, § 1º.

²² CF, art. 225, § 1º, II.

Em sua reedição de 26 de abril de 2001, a Medida Provisória do acesso aos recursos genéticos criou o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, composto exclusivamente por representantes da Administração Pública *federal*, desprezando o comando constitucional do art. 23 (incisos III, VI e VIII), que estabelece a competência comum à União, Estados e Municípios para exercerem políticas públicas ambientais e suas atribuições administrativas para proteger o meio ambiente.

Além disso, desprezando o comando constitucional do art. 225, *caput*, da CF/88, que prescreve o dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente, bem assim o princípio da participação popular, ainda não há lei prevendo a participação de representantes da sociedade civil e de comunidades tradicionais nesse Conselho. A representação paritária nesse Conselho, com participação de setores da sociedade civil e das comunidades tradicionais, está prevista, desde agosto de 2002, em projeto de lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Na prática, as reuniões desse Conselho têm ocorrido com a participação de representantes da sociedade civil, embora com atuação meramente formal, pois desprovidos de direito a voto, já que não o compõem legalmente.

Mister ainda destacar a inconstitucionalidade do art. 6º da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, no tocante às restrições à aplicação do princípio da precaução.

Como é cediço, o Princípio da Precaução é aquele segundo o qual o risco de dano significativo ao meio ambiente, ainda que não reconhecido com absoluta certeza, obriga a atitudes imediatas de precaução.

Paulo Affonso Leme Machado bem observa que a Constituição da República brasileira de 1988 (art. 225, *caput*, e § 1º, I e II) e a nova Constituição da Argentina de 1994 (art. 41), ao tempo em que prescrevem uma obrigação clara e incisiva da garantia à sadia qualidade de vida, prevêm que a biotecnologia não pode colocar em perigo a saúde da sociedade argentina e brasileira e dos residentes nesses países. E, ainda, segundo esse conceituado mestre, o princípio da precaução impõe uma prevenção imediata, tempestiva, e dirigida ao futuro²³.

Relativamente ao princípio da precaução, no Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica não se exigiu que a ameaça fosse de dano sério ou irreversível, como na Convenção de Mudança do Clima.

Não obstante tais previsões constitucionais e legais, o art. 6º da MP n. 2.186-16/2001 estipula que existindo *evidência científica consistente* de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, o Poder Público, *por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético*, determinará medidas destinadas a impedir o dano.

Verificam-se, de plano, duas ofensas a convenções internacionais assinadas pelo Brasil e ratificadas pelo nosso Congresso Nacional. O primeiro conflito diz com a exigência veiculada na Medida Provisória de evidência científica, quando, para toda a mais respeitada doutrina em direito ambiental, basta a dúvida científica para a adoção das medidas de precaução. Ora, a Convenção da Biodiversidade prescreve justamente o contrário do veiculado pela Medida Provisória, esclarecendo que “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar

²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Comercio, biotecnologia e principio precauzionale. *Rivista Giuridica Dell'Ambiente*, Milano: Giuffrè Editore, ano 16, fasc. 5, p. 746, 2001.

medidas para evitar ou minimizar essa ameaça". A mesma linha de raciocínio é lançada na Convenção de Mudança do Clima (art. 3º).

A Medida Provisória enfocada também conflita com o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (prevista na nossa Constituição da República, no art. 225, *caput*, e no Princípio 17 da Declaração de Estocolmo), mediante o qual impõe-se ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente. Isso porque a Medida Provisória, no já citado art. 6º e no art. 10, restringe a proteção da qualidade ambiental, na matéria de que trata a MP, unicamente ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, em desconsideração também ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, definido na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81, art. 6º). Por tais motivos, o art. 6º da Medida Provisória n. 2.186-16/2001 é ilegal e inconstitucional.

Outra inconstitucionalidade destacada por Fernando A. N. Galvão da Rocha é evidenciada no art. 2º da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que condiciona a exploração do patrimônio genético existente no país à autorização ou permissão da União. Segundo essa MP, o Estado-Membro não é consultado sobre qualquer atividade de bioprospecção em seu território. Essa forma centralizada de controle ofende a competência legislativa concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre os interesses locais²⁴.

IV – Conclusão

Enfim, percebe-se facilmente que a desigualdade abissal entre os provedores da biodiversidade e os detentores da biotecnologia é diretamente proporcional às fabulosas cifras envolvidas nesse setor. Regramentos modernos e eficazes e a detalhada normatização da matéria não serão nunca suficientes a alterar o atual quadro de desigualdade, que tem chances de ser modificado para uma situação mais justa, dotada de equidade, desde que a sociedade seja dirigida à cidadania participativa, com efetivas condições de acesso aos direitos outorgados. Começemos, destarte, a trilhar o espaço necessário para reflexões e debates sobre esse assunto tão instigante e novo, na seara desses novos direitos, orientados pela ética e na garantia do Estado Ecológico de Direito.



²⁴ GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Regulamentação jurídica do acesso à biodiversidade. *Revista de Direito Ambiental*, n. 29, p. 175.