

Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Lei do Senado nº 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos

FRANCISCO EUGÊNIO M. ARCANJO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Convenção sobre Diversidade Biológica/92: regulamentação global do acesso aos recursos genéticos. 3. Projeto de Lei do Senado nº 306/95: regulamentação nacional do acesso aos recursos genéticos. 3.1. Histórico. 3.2. Os núcleos legislativos do PLS nº 306/95. 4. Considerações sobre soberania e propriedade. 4.1. Elementos do procedimento de acesso. 4.2. Entendimento de soberania na CBD e no Direito Internacional. 4.3. Entendimento de soberania no Direito interno e a titularidade jurídica dos recursos genéticos. 5. Outros aspectos sobre o PLS nº 306/95. 5.1. Definição de conceitos para aplicação da lei. 5.2. Os demais núcleos legislativos.

1. Introdução

A Convenção sobre a Diversidade Biológica¹ (de agora em diante, CBD, para sua sigla em inglês) nos brindou com o termo *acesso*, e seu respectivo conteúdo jurídico, para três diferentes contextos: *acesso aos recursos genéticos*, *acesso à tecnologia* e *acesso aos benefícios advindos do uso da biodiversidade*². Por força desse tratado e em razão das tarefas para sua implementação, convivemos, principalmente desde 1995, com a complexa tarefa

¹ Assinada no Rio de Janeiro, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em junho de 1992. Com vigência no plano internacional a partir de 29 de dezembro de 1993 e para o Brasil a partir de maio de 1994. Tem seu secretariado permanente em Montreal e em agosto de 1996 contava com 149 ratificações.

² O presente estudo dedica-se apenas à discussão do tema *acesso aos recursos genéticos*, vértice mais importante desta relação e cuja regulamentação condiciona, parcialmente, a resolução dos outros dois termos, *acesso à tecnologia* e *acesso aos benefícios*.

de desenhar, numa lei interna, a disciplina para este vetor da CBD. A menção, logo de início, às três vertentes do conceito de *acesso* servirá para adiantar, em termos extremamente simplificadores, a equação para tal questão (apesar de não explicitada na CBD), da seguinte maneira: a conservação da biodiversidade implica a compensação do acesso aos recursos genéticos pelo acesso à tecnologia e aos benefícios decorrentes de sua utilização. Todavia, a equação não se resume à permuta tecnologia-recursos genéticos, devendo agregar-se ao binômio mais uma variável – o papel das populações indígenas e comunidades locais –, com o seguinte argumento: reconhecendo a absoluta essencialidade do modo de vida destes grupos para a conservação da biodiversidade, estatui-se na CBD que o acesso aos benefícios defina uma partilha justa e equitativa com as comunidades detentoras do conhecimento porventura utilizado, no sentido de que isso estimule a manutenção de sua integridade cultural, social e econômica.

A simplificação vai até este ponto, e apenas para efeito de apresentação do tema. Na realidade, esses conceitos informados pela CBD encerram grandiosas questões jurídicas e políticas, destinadas a alimentar os formidáveis processos de implementação deste tratado tão inovador.

Ainda no terreno do senso comum, podemos dizer que o acesso aos recursos genéticos, grosso modo, significa o estudo e o uso do recurso genético. Pretendemos, em primeiro lugar, que isso só seja permitido quando se pratique dentro dos adequados preceitos da sustentabilidade ambiental. Sabemos também que essas atividades devem se dar em um quadro onde incidem regimes de propriedade – intelectual e material – e uma ordem legal soberana, reconhecida pelo ato internacional. Compreendemos também que o acesso deve aperfeiçoar-se em termos contratuais adequados. Exigimos que os benefícios – financeiros e tecnológicos – derivados dessas ações sejam equitativamente repartidos. Por fim, concordamos todos que as práticas das comunidades indígenas e locais são muito importantes para a proteção da biodiversidade e que merecem uma retribuição equitativa e justa, de cunho holístico, por eventual utilização de (acesso a) seus conhecimentos.

Esta, portanto, é a agenda do acesso aos recursos genéticos: definição de uso sustentável, soberania, propriedade, questões contratuais, retribuição monetária e não-monetária, trans-

ferência e fixação de tecnologia, proteção do conhecimento indígena. Diversos setores políticos, acadêmicos, econômicos, de organizações e de comunidades, aqui e em todo o mundo, debruçam-se sobre essa pauta na busca de uma disciplina pública obrigatória e eficaz para essas questões. Verifica-se, igualmente, no plano global, que os organismos internacionais especializados e a Conferência das Partes da CBD dedicam uma parcela considerável de seus fluxos de trabalho à compreensão e formulação deste tema: a disciplina do acesso aos recursos genéticos.

O presente trabalho é fruto de um segmento desse esforço coletivo. É resultado de um profundo e constante acompanhamento da CBD, desde sua assinatura, somado agora, neste último ano, às tarefas de traduzir em um projeto de lei o perfil do acesso aos recursos genéticos. Por este último aspecto, principalmente, queremos salientar que o presente artigo representa muito mais uma organização dos temas pertinentes, associada a uma coleção de reflexões e indagações resultantes. Sua intenção é compor um texto instrumental, orientador do conhecimento disponível e norteador dos possíveis caminhos neste processo legislativo.

O assunto está estruturado em quatro partes além dessa introdução. A primeira sobre a CBD, com uma breve apresentação sobre os principais aspectos relativos à questão do acesso aos recursos genéticos. A segunda parte versa sobre o projeto de lei de acesso aos recursos genéticos, buscando a discussão acerca de como a proposta de texto interno vem manejando os grandes temas perfilados na CBD. A parte seguinte pretende discutir mais esquematicamente os aspectos jurídicos do tema proposto: soberania e propriedade dos recursos genéticos. Ao final, a título de conclusão, acrescenta-se um pequeno registro com outras questões consideradas importantes para a criação da legislação sobre o acesso. Esclareça-se de antemão, em razão da tripla utilização do termo *acesso* na CBD referida acima, que o uso do termo sem complemento neste trabalho significa *acesso aos recursos genéticos*.

2. Convenção sobre Diversidade Biológica/92: regulamentação global do acesso aos recursos genéticos

Acesso à flora e à fauna existe desde as

primeiras tarefas humanas de domesticação de plantas e animais, no Neolítico. Acesso em sua forma mais moderna e científica existe desde a especialização da botânica e da zoologia, a partir, principalmente, do século XVIII. Acesso em termos mais contemporâneos e sofisticados existe desde o recente e formidável salto da genética e da biotecnologia, a partir da segunda metade deste século. Pois *acesso*, em concepção mais direta, é o estudo e o uso dos componentes da biodiversidade. Acesso, portanto, tem sido feito cotidianamente para uso familiar e comunitário, com objetivos científicos e de desenvolvimento e, por último, para fins comerciais e industriais.

O acesso tradicional, comunitário, de características econômica e ambientalmente sustentáveis, representava, antes da Revolução Industrial, uma parcela significativa da atividade humana, porém sem quase nenhuma agressão à diversidade biológica e sua reprodutibilidade. O advento da moderna atividade secundária, com sua absurda voracidade de recursos naturais, além de acarretar o afastamento progressivo dos indivíduos e grupos de suas tradições e práticas saudáveis, representou, em sua fase mais recente, com o agravante do extremo empobrecimento das populações, uma ameaça concreta à teia de vida diversa que mantém o homem na Terra. Essa a condição concreta, material, mensurada que deu origem à CBD. Da mesma forma que no caso dos regimes do ozônio³ e do clima⁴, havia uma base científica que ancorava a consciência crescente

³ Basicamente constituído pela Convenção de Viena (1985), Protocolo de Montreal (1987), Emenda de Londres (1990) e Emenda de Copenhague (1990), representa um caso de particular sucesso entre os regimes internacionais ambientais. A segura base científica e o papel ativo e passivo dos países ricos estão entre as razões deste sucesso. Para um apanhado sobre o assunto, ver o capítulo II, 1, de *Mudança Ambiental Global e Formação do Regime para Proteção da Biodiversidade* (ALENCAR, 1995).

⁴ Ancorado na Convenção-Quadro sobre Mudança Climática, assinada na Conferência do Rio de 1992, destinado basicamente a combater o efeito estufa causado pelo acúmulo de dióxido de carbono na atmosfera. Ao contrário do regime do ozônio, demora a se firmar em razão das relativas incertezas quanto à cadeia causal do fenômeno e da multiplicidade de países e fontes de produção do gás e do desinteresse dos países ricos em reduzir a queima de petróleo e derivados. Sobre o assunto, ver (ALENCAR, op. cit. cap. 2, 3)

de que os Estados deveriam empreender entendimentos globais para atacar o problema.

Acesso enquanto prática, então, não é uma novidade da CBD, apesar da emergência e superexposição do termo decorrentes do tratado, o que pode levar a alguma incompreensão quanto a esta gênese. A grande revolução da CBD foi a decisão de, em nome da conservação da diversidade biológica, legitimar os Estados para estatuir bases novas para a disciplina do acesso. Dali em diante, ultrapassava-se o estágio de *laissez-faire* das coletas biológicas ou de rígidas e inócuas proibições nacionalistas para se construir um quadro de responsabilidades compartilhadas; possibilitava-se a contenção da atividade prospectora predatória, pelo respeito aos princípios da conservação e da sustentabilidade; valorizava-se o acesso tradicional e comunitário e o desenvolvimento local por serem matrizes da conservação e do uso sustentável. Ou seja, para a atividade de acesso, preexistente, com práticas sociais, científicas e comerciais arraigadas, sobrevém uma nova ordem legislada, baseada nos princípios ambientalistas dominantes que cunharam a CBD, assim como outras regras nacionais e internacionais produzidas nestes últimos anos⁵.

Essa nova ordem, conformadora da CBD, foi fruto de um longo período de debates, que tem seu marco inicial principal, pelo menos em termos de visibilidade, na Conferência de Estocolmo⁶, em 1972. Ao longo dos vinte anos subsequentes, as diversas tendências do pensamento ambientalista, assim como as próprias linhas de políticas externas nacionais, travaram um rico debate sobre quais as melhores formas

⁵ Para uma visão completa da CBD ver GLOWKA, Lyle et al. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. IUCN Gland e Cambridge, 1996. xii + 179p; e para um apanhado sobre os demais mecanismos internacionais para conservação de espécies e ecossistemas ver DE KLEMM, C., SHINE c. *Biological diversity conservation and the Law*. IUCN, Gland e Cambridge, 1993. xix + 292 p.

⁶ A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano talvez represente o fórum de grande porte onde pela primeira vez as posições sobre preservação e desenvolvimento tenham se confrontado. Ao Brasil, na época, coube um papel de "vilão", ao advogar em favor da poluição se acompanhada de desenvolvimento, nas palavras de ministros de Estado de então. O que importa é que marcou o início do diálogo que resultou nas concepções atuais sobre meio ambiente e desenvolvimento.

de ações públicas e particulares para fazer face aos severos problemas de continuidade e mesmo de sobrevivência que a humanidade começava a enfrentar.

Genericamente, pode-se afirmar que ao fim, em termos de bases teóricas para as ações de proteção ambiental, prevaleceu a concepção de *desenvolvimento sustentável*, na qual não se dissocia o approach econômico, político e social da conservação da natureza. Distintamente de um papel meramente estético e de berço para reprodução biológica, o meio ambiente é reconhecido também como a coleção de recursos naturais apropriados pelo homem. Por outro lado, o conceito não representa também simplesmente o uso de instrumental econômico para a valoração dos componentes bióticos e sua preservação de cunho monetarista. Talvez signifique a introdução necessária, voluntária e coerente do conservacionismo em toda a atividade humana; o redescobrir pela humanidade, em seu percurso, de sua inafastável unidade com a natureza.

Por outro ângulo, os conceitos e teses que prevaleceram mostraram claramente a clivagem Norte-Sul nas relações internacionais e as diferentes atribuições, direitos e responsabilidades para os diversos países. Nesse quadro, país biologicamente diverso tornou-se quase sinônimo de país em desenvolvimento, e, no outro pólo, país com capacitação em tecnologia e biotecnologia remete ao grupo dos países desenvolvidos.

Nesse sentido, as questões da soberania e propriedade relacionadas ao acesso assumem um papel fundamental para o conhecimento do tema e para a formulação de uma estratégia nacional adequada. Uma lei nacional sobre acesso deverá obrigatoriamente explicitar em que paradigma se fundamenta quanto aos vínculos jurídicos que almeja existir entre o Estado, os agentes particulares e os recursos biológicos e genéticos encontrados no território nacional. Uma abordagem sobre essa relação jurídica é precisamente o objetivo deste trabalho.

3. Projeto de Lei do Senado nº 306/95: regulamentação nacional do acesso

3.1. Histórico

No Brasil, especificamente no Poder

Legislativo, a perspectiva de regulamentação do acesso aos recursos genéticos permaneceu adstrita ao escopo da CBD até fins de 1994, ano em que ela entrou em vigor para o País. No âmbito do Governo, já se desenvolviam ações gerais e pontuais de implementação do tratado, sem entretanto observar-se uma diretriz específica para uma legislação sobre acesso⁷.

Vale dizer que estava em vigor, como até hoje, o Decreto nº 98.830, de 15 de janeiro de 1990 (regulamentado pela Portaria nº 55, de 14 de março de 1990, do Ministro da Ciência e Tecnologia), que dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil. Esse decreto, com dispositivos rigorosos, define sua aplicação a todas as atividades de campo, exercidas por pessoas físicas ou jurídicas *estrangeiras*, que tenham por objeto a coleta de dados, materiais, espécimes biológicos e minerais e peças integrantes da cultura nativa e cultura popular, que se destinem a *estudo ou pesquisa*. Determina que as atividades somente serão autorizadas se contarem com a co-participação e co-responsabilidade de instituição brasileira de competência correlata. O decreto dispõe sobre os procedimentos para solicitação da coleta, em que devem figurar, entre outros, a informação sobre as fontes de recursos e a autorização para divulgação científica do trabalho pelo MCT; regulamenta a possibilidade de remessa para o exterior, impõe a necessidade de acordo prévio para utilização comercial do material coletado e institui um sistema de sanções para os casos de descumprimento de suas disposições.

Em janeiro de 1995, o Senador Dirceu Carneiro, numa iniciativa que contou com a colaboração do Consultor Legislativo do Senado Federal Fernando Lyrio, apresentou o Projeto de Lei nº 001, de 1995, dispondo sobre os “instrumentos de preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País”, que pode ser considerado o embrião da regulamentação do acesso no âmbito do Legislativo. Essa proposição criava uma comissão de recursos genéticos, com atribuições

⁷ Adiante-se aqui o reconhecimento, que se expressa abaixo, quanto ao pronto engajamento do Governo, principalmente por meio da Coordenação de Diversidade Biológica do Ministério do Meio Ambiente, para discutir e apresentar propostas ao Projeto de Lei nº 306/95, em tramitação no Senado, evitando-se assim a duplicação e dispersão de esforços.

de fiscalização e de implementação de medidas conservacionistas, condicionava o acesso à autorização governamental, regulamentava a remessa para o exterior e disciplinava a introdução de espécies, além de estatuir uma cláusula penal. O projeto, com oito artigos de conteúdo, foi apresentado no final da legislatura e, como não teve nenhum andamento até o encerramento da mesma, foi arquivado definitivamente, conforme previsto no Regimento Interno.

Por esse tempo, e até abril de 1996, tramitava no Senado o Projeto de Lei da Câmara nº 115/93, sobre propriedade industrial – a notória lei de patentes. Entre os temas mais polêmicos desse projeto, figuravam a dimensão e as repercussões do patenteamento de formas de vida. Nesse longo processo, com debates e emendas nas Comissões de Constituição e Justiça e de Assuntos Econômicos e no Plenário, destacou-se, no final, a participação da Senadora Marina Silva, do Acre, empossada na legislatura iniciada em fevereiro de 1995. Estando o projeto já em fase de Plenário, realizaram-se numerosas discussões em seu gabinete para a elaboração de emendas sobre o patenteamento na área da biotecnologia. Entre essas, cabe destacar aqui duas propostas apresentadas pela Senadora Marina Silva. A primeira, acrescentando um artigo no capítulo sobre os titulares de patentes, com o seguinte teor:

“Art. – As comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica será assegurada a partilha equitativa dos direitos de patente relativos ao uso de seus conhecimentos, inovações e práticas aplicados aos recursos biológicos locais.”

A segunda criava outra condição para o pedido de patente, quando este se referisse aos conhecimentos das comunidades indígenas e locais, adicionando o seguinte parágrafo ao art. 24 daquele projeto de lei:

“§ 2º. No caso de pedido de patente relacionado aos conhecimentos, inovações e práticas de comunidades locais e povos indígenas aplicados aos recursos biológicos locais, o relatório será suplementado por documentação indicando precisamente a origem geográfica e etnológica do material biológico e/ou processo biotecnológico e certificando a contratação junto às comunidades locais e populações indígenas da partilha

equitativa dos direitos de patente respectivos.”

Se se observar bem, esses dois singelos dispositivos já se constituíam em um vigoroso ensaio de uma disciplina do acesso aos recursos genéticos. O primeiro determinando a repartição equitativa de benefícios em caso de patente relacionada a conhecimento tradicional, e o segundo criando o chamado “passaporte” do material biológico objeto da patente, a condição mais eficaz para a referida partilha dos benefícios. Como se sabe, as emendas foram rejeitadas. Todavia, o outro resultado dessas discussões, quando se vislumbra também a perspectiva de apresentação e discussão de uma lei sobre cultivares, foi a decisão da Senadora Marina Silva de propor um projeto de lei sobre acesso aos recursos genéticos, no intuito de prover uma legislação ampla sobre essa matéria, apta portanto a sanear os eventuais defeitos dos demais textos pertinentes. Desde meados de 1995, fomos incumbidos, juntamente com o Consultor Legislativo Fernando Lyrio, da elaboração desse projeto. Sua apresentação ocorreu em outubro de 1995, sob o protocolo de Projeto de Lei do Senado nº 306, de 1995. A intenção explícita do legislador era dar início ao debate sobre essa questão. Importava apresentar um texto que contivesse a gênese da abordagem necessária para uma lei de tal natureza, que apresentasse as diretrizes essenciais para essa regulamentação, e que se promovesse a discussão nacional com o duplo objetivo: aperfeiçoar o texto do projeto e garantir sua eficácia pela difusão do conhecimento a todos os usuários e beneficiários da lei⁸.

⁸ De fato, a intenção do Senado tem sido alcançada e a discussão do tema alargou-se bastante durante o ano de 1996. A Comissão de Assuntos Sociais do Senado, órgão que deverá apreciar o parecer do Relator, Senador Osmar Dias, realizou em agosto e setembro de 1996 três audiências públicas (São Paulo, Manaus e Brasília) e participou da organização do *workshop Acesso a Recursos Biológicos - Subsídios para sua Normatização*, junto com o Ministério do Meio Ambiente, em outubro de 1996. Ademais, os senadores e consultores responsáveis pelo projeto participaram de numerosos seminários e debates promovidos por diversas entidades, para discutir o projeto, na Colômbia, Argentina, Campinas, Rio de Janeiro, São Paulo e Nova Friburgo, apenas para citar os eventos de caráter formal. O processo de diálogo com a sociedade, entretanto, está longe da perfeição. Uma das principais críticas que se deve fazer neste processo refere-se à debilidade da participação de comunidades indígenas.

Com esse escopo e com essa pretensão política, o projeto foi apresentado, recebeu como Relator designado o Senador Osmar Dias, e, ao longo de sua tramitação, a iniciativa vem se fortalecendo pelas fundamentais contribuições do Poder Executivo, das organizações não-governamentais, das associações de classe, das instituições de pesquisa, entre outras entidades interessadas.

3.2. Os núcleos legislativos do PLS nº 306/95

Todos os temas da CBD sobre acesso, compreendendo aquilo que denominamos acima de agenda do acesso, fazem parte do projeto de lei nacional. Distintamente, porém, do compromisso internacional, devem figurar no quadro normativo interno com a responsabilidade adicional de ter de expressar um comando de eficácia muito mais nítida, emanado de uma soberania nacional incontestada e única (este pode ser um ponto de reflexão, inicial mas que deverá perpassar todo o processo de redação legislativa: como produzir o texto adequado e com máxima eficácia).

Como veremos abaixo, pela coleção de questões jurídicas, somos desafiados hoje a construir uma disciplina legal inovadora, para um campo de direitos até então não-positivado, em que contribuições doutrinárias e fontes comparadas são escassas. O pouco material que possa ter representado um aporte direto ou indireto para a produção legislativa, especificamente, foram o projeto de resolução do Pacto Andino, a recente legislação das Filipinas e algum material sobre contratos de transferência de material genético. Fontes tão importantes nesse processo foram, também, as contribuições orais e escritas apresentadas nos diversos debates e reuniões particulares e nas audiências públicas realizadas pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado em São Paulo, Manaus e Brasília, nos dias 19 e 26 de agosto e 10 de setembro de 1996.

Este trabalho representa, portanto, uma revisão do estado da arte da discussão sobre a matéria, no sentido de permitir que os novos aportes possam agregar componentes mais definitivos para a produção do texto legislativo. Tem por base não somente o texto seco inicial do projeto publicado em 1995, mas também os recentes estudos sobre propostas de alterações para serem utilizadas na elaboração do parecer do Senador Osmar Dias, que constituem material de trabalho em desenvolvimento, não-publicado, não-avalizado pelos parlamen-

tares envolvidos com o projeto, embora de circulação autorizada entre a comunidade interessada⁹.

Em primeiro lugar, devo registrar que, *nesse estágio inicial*, a principal dificuldade no projeto não se deve a conflitos de natureza política, ideológica ou técnica, como ocorreu na lei de patentes e, em menor escala, tem acontecido no projeto de lei sobre cultivares. Considero que o principal obstáculo da proposta (reitero: nesse estágio inicial) tem sido o marcante caráter de inovação dessa legislação, ante o qual se agrupa todo o atual esforço de composição política e técnica em torno do projeto, entre Governo, sociedade civil e Legislativo. Para cumprir este requisito de inovação legislativa, legitimados pela CBD, com todo seu aparato de implementação (Secretariado¹⁰, SBSTTA¹¹ e Conferência das Partes¹²), e pela crescente consciência de proteção ambiental, somam-se todos os esforços institucionais na discussão desta lei. Possivelmente, em outro momento posterior, pode ser que o empenho de composição política e técnica tenha outro objetivo que não o enfrentamento

⁹ A última versão do estudo para a elaboração do parecer ao projeto de lei data de 30 de novembro de 1996. Apesar das profundas alterações e acréscimos nos capítulos que tratam dos princípios e do regime contratual do acesso, nesta versão ainda não se incorpora nenhuma modificação no importante capítulo sobre a proteção dos direitos das populações indígenas sobre seus conhecimentos.

¹⁰ O Secretariado da CBD, estabelecido pelo artigo 24, é administrado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e está sediado em Montreal, Canadá, por decisão da segunda reunião da Conferência das Partes, em 1995.

¹¹ *Subsidiary Body for Scientific, Technical, and Technological Advice*, previsto no artigo 25 da Convenção. O SBSTTA provê consultoria relacionada à implementação da CBD à Conferência das Partes. É um corpo multidisciplinar de representantes dos Governos, *experts* nos campos mais relevantes para a Convenção. Sua primeira reunião ocorreu em setembro de 1995 e a segunda em setembro de 1996.

¹² Órgão que reúne periodicamente todos os países signatários da CBD, disciplinado no artigo 23. Desde a entrada em vigor da Convenção, em dezembro de 1993, a COP (para *Conference of Parties*) já se reuniu três vezes: em novembro de 1994, em Nassau, Bahamas; em novembro de 1995, em Jakarta, Indonésia; e em novembro de 1996, em Buenos Aires, Argentina. Apesar da coincidência de datas, não há periodicidade fixa para as reuniões, tanto que a COP-4 está marcada para maio de 1998, em Bratislava.

do óbice quanto às posições de conteúdo, e sim a superação de contradições de fundo político. Quero creditar a essa conjugação de tarefas o rápido amadurecimento do processo de criação legislativa. Com cerca de um ano de sérios e efetivos esforços de discussão, pode-se antever que esse projeto possa estar apto a ser votado pelo Senado até meados de 1997.

Com essa perspectiva conjuntural, na racionalização da discussão concluímos pela análise do projeto a partir de seus *núcleos legislativos* mais importantes, que condensam os pontos principais para decisão política e técnica. Preferimos denominar essas áreas de concentração temática de “núcleos legislativos” em vez de “pontos polêmicos”, como fizéramos no projeto de lei sobre patentes, porque agora, distintamente, não enfrentávamos as fortes controvérsias que caracterizaram aquela tramitação no Congresso Nacional. Patenteamento de plantas e animais, produção local, licença compulsória, *pipeline*, prazo de transição eram de fato questões polêmicas, sobre as quais as partes envolvidas até hoje não chegaram a acordo.

Essa separação do projeto em *pontos focais* foi sugerida quase naturalmente pelos temas que compõem a agenda do acesso e influenciada pelo processo de redação da lei, pelos atores envolvidos e autores consultados. Certamente alguns dos núcleos apresentam uma carga de dificuldade bem maior para solução legislativa que outros, sendo entretanto indispensável uma abordagem integral para a eficácia da lei.

No presente caso, repito, o desafio da construção de uma nova fórmula legal é ainda maior que eventuais disputas entre concepções de fundo sobre a matéria. Como mero exercício de futurologia, devo antecipar que, considerando-se os pontos de vista envolvidos, as controvérsias que, eventualmente, decorram deste projeto deverão girar sobre dois temas: o *alcance do texto* e a *forma de proteção dos direitos intelectuais das comunidades locais e indígenas*. Quanto ao primeiro tema, subentende-se que ao Governo parece interessar uma lei ordinária mais genérica, deixando-se ao alvitre do decreto regulamentador seu detalhamento executivo. Já setores da sociedade civil consideram necessária a especificação do *modus operandi* da regulação do acesso desde sua tramitação no Congresso, para não se correr o risco da adoção de uma disciplina sobre bioprospecção muito aberta. No segundo ponto, concordam todos que não se pode usar os conceitos de propriedade intelectual, em sentido

estrito, para a definição dos direitos ditos comunitários, comunais ou coletivos. Porém, a divergência se instaura quando alguns setores do Governo e associações civis ligadas ao capital justificam essa opção em nome de uma proteção fraca para os direitos das comunidades, ao passo que as organizações não-governamentais e as instituições de pesquisa nacionais, majoritariamente, concordam em excluir a patente do universo do Direito intelectual comunal, mas em nome de uma proteção específica forte para o conjunto cultural da comunidade. Esses focos de eventuais dissensos, analisados aqui e em outros documentos, são, todavia, elementos fundamentais para a construção de uma legislação conseqüente.

Por ora, deixemos de lado os demais aspectos da agenda do acesso e nos dediquemos às questões relativas à *soberania sobre propriedade dos recursos genéticos*, acerca das quais se discorre abaixo. Informe-se, entretanto, para efeitos de uma apresentação completa da *decupagem* do assunto que propomos, o que entendemos serem os demais núcleos legislativos do Projeto de Lei nº 306/95, sobre os quais se apresentam, ao final, algumas pequenas considerações. São eles: 1) definições técnicas e institucionais para a aplicação da lei; 2) definição do regime contratual do acesso; 3) definição do regime de acesso para recursos genéticos alimentares; 4) repartição de benefícios com o país; 5) proteção dos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas; 6) transferência de tecnologia; e 7) definição do sistema de sanções penais, civis e administrativas.

4. Considerações sobre soberania e propriedade

4.1. Elementos do procedimento de acesso

Dependendo da solução técnico-política que se adote no projeto de lei, os procedimentos de acesso podem envolver os seguintes atores: o solicitante do acesso, que pode ser pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira; o Estado brasileiro; a instituição brasileira designada para acompanhar os trabalhos de acesso; a comunidade local ou população indígena fornecedora do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado; o curador de recurso biológico de acesso restrito; o pesquisador ou instituição titular do recurso genético;

e o proprietário do recurso natural que contém o recurso genético.

O acesso pode ter como objeto recursos genéticos *in situ*, desconhecidos ou conhecidos; recursos *ex situ*; recursos genéticos específicos de acesso restrito; cultivos agrícolas domesticados; e conhecimentos associados das comunidades locais e populações indígenas.

Quanto à finalidade, o acesso aos recursos genéticos pode ser compreendido por seus objetivos comerciais ou primariamente para pesquisa.

Prescreve-se, ademais, que o contrato de acesso deverá incorporar condições que permitam a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos do acesso com o País e com os detentores privados dos bens genéticos, e, quando for o caso, a garantia de compensação, igualmente justa e equitativa, às comunidades locais e populações indígenas, pela utilização de seus conhecimentos associados aos recursos genéticos.

Para o universo de relações entre esses sujeitos, conteúdos, finalidades e condições, a lei deve sistematizar os direitos e obrigações pertinentes aos procedimentos do acesso, o que denominamos aqui de regime contratual do acesso. E sobre todos esses elementos opera uma ordem jurídica que se afirma *soberana*, interna e externamente, a qual deverá definir o regime de *propriedade* aplicável ao manejo dos recursos genéticos, conceitos sobre os quais se discorre a seguir.

4.2. Entendimento de soberania na CBD e no Direito Internacional

A primeira consideração que se impõe refere-se ao valor da soberania que reveste um dos sujeitos do contrato de acesso – o Estado nacional –, seja como proprietário ou como mero interveniente (a depender do regime que se adote na lei). A pacificação desse conceito será fundamental para a elaboração e aplicação da lei.

Nas negociações que antecederam a assinatura da CBD esteve presente, durante muito tempo, a intenção de compreender os recursos genéticos como integrantes do *patrimônio comum da humanidade* (*common heritage of mankind*). Considerados juridicamente dessa maneira, os recursos genéticos seriam ou de apropriação livre por qualquer

pessoa ou administrados por um regime internacional. O Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos da FAO, de 1983¹³, buscava ser esse sistema regulatório de conservação e acesso aos recursos genéticos, mantendo, entretanto, o princípio do livre acesso entre os países. O Compromisso, por ser uma resolução de uma organização internacional, embora assinado por mais de 100 países, manteve-se como instrumento de *soft law*, sem vinculação jurídica plena, culminando por ser revogado com a entrada em vigor da CBD, que adotou paradigma contrário.

Pode ser interessante traçar aqui um breve paralelo com o Direito Internacional do Mar. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar¹⁴ estatui que os fundos marinhos (a Área) constituem um patrimônio comum da humanidade, a serem administrados pela Autoridade constituída na forma do tratado, a qual pode explorar diretamente os recursos da Área, por meio de uma empresa subordinada (também prevista no tratado), ou autorizar os Estados a realizarem atividades de exploração. Essa decisão da Conferência do Mar causou a recusa dos Estados Unidos em assinar a

¹³ *A International Undertaken on Plant Genetic Resources*, firmado como Resolução nº 8/83 da Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas – FAO, propunha que cada país protegesse seus recursos genéticos *in situ* e *ex situ* em nome da humanidade e criava a Comissão sobre Recursos Genéticos Vegetais para supervisionar sua aplicação.

¹⁴ Em inglês, *U.N. Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), assinada em dezembro de 1982, em Montego Bay, Jamaica, depois de três rodadas da Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que se iniciou em 1958. A Convenção entrou em vigor em novembro de 1994, depois da sexagésima ratificação. O Brasil firmou o tratado em 1982 e o ratificou em 1988. Em junho de 1996, registravam-se 100 ratificações. Cuida-se de um acordo internacional de larguíssimo alcance, compreendendo todas as principais questões do Direito do Mar, incluindo o mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva, estreitos, plataforma continental, alto-mar, fundos marinhos (a Área), proteção do meio ambiente marinho, pesquisa científica no mar e solução de controvérsias. A Convenção também estabelece a criação de organizações internacionais, como a Autoridade dos Fundos Marinhos, mediante a qual as atividades de exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos são organizadas e controladas, e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, para a solução dos conflitos.

Convenção. Os Estados Unidos pretendiam que os fundos marinhos, leito do alto-mar, onde não incide nenhuma jurisdição territorial, mantivessem o *status* de *res nullius*, coisa de ninguém ou de quem a encontrar, sem regime internacional de utilização. A opção majoritária das nações foi em considerá-los *res communes*, coisa comum, patrimônio comum em que incidem múltiplos direitos, a ser apropriado de forma convencionada. Registre-se, então, que, na questão dos fundos marinhos, uma vez que localizados fora das jurisdições territoriais nacionais e dependentes de alta tecnologia para sua exploração, foram os países do Sul que buscaram e aprovaram a fórmula do *patrimônio comum da humanidade*.

Na CBD, essa mera condição geográfica de incidência do fator em disputa mais uma vez faz a diferença. Desta feita, os países do Sul, subdesenvolvidos em sua maioria, mas ricos em biodiversidade, que brota e floresce no seio de suas matas e sertões, não aceitaram a adoção do princípio do patrimônio comum da humanidade para o tratamento dos componentes bióticos. Exigiram que a concepção de jurisdição territorial fosse acolhida para a disciplina da matéria. A tese foi vencedora. Ao cabo de vários anos de negociações, o texto final da CBD firmado no Rio de Janeiro, em 1992, trazia o paradigma jurídico a ser implementado: “os Estados têm direitos soberanos sobre seus próprios recursos biológicos”, ao mesmo tempo em que se garante o princípio internacionalista de que “a conservação da diversidade biológica é preocupação comum da humanidade” (Preâmbulo da CBD).

Pela primeira vez se utiliza a expressão *preocupação comum da humanidade*¹⁵ em um acordo internacional. Essa inovação conceitual reflete o novo tratamento que se quer conferir, daquele momento em diante, aos problemas ambientais internacionais. Dada a característica das questões a serem enfrentadas, o modelo da independência e autonomia estatal não se mostra suficiente. Há que se enquadrar as atividades necessárias como tarefa comum, como preocupação comum. Esse novo princípio vai ter sua aplicação prática, seja na construção e consolidação de regimes ambientais internacionais de âmbito global, seja em acordos bilaterais ou regionais para proteção ambiental.

¹⁵ *Common concern of mankind*, na versão em inglês. Este conceito aparece também na Convenção-Quadro sobre Mudança Climática, firmada igualmente na Conferência do Rio, de junho de 1992.

Todavia, ocupa-nos aqui, principalmente, a compreensão de como se devem traduzir os “direitos soberanos sobre seus próprios recursos biológicos” na lei nacional sobre acesso, ora em elaboração.

Trata-se de uma questão jurídico-política central ao projeto de lei, que acarretará importantes desdobramentos na formulação do regime contratual e da proteção dos direitos comunais. Estranhamente, pouca discussão substancial tem-se entabulado até o momento sobre o assunto¹⁶. Provavelmente, pelo maior envolvimento nas discussões de setores ligados apenas aos aspectos científicos e técnicos do acesso, essa questão, essencialmente jurídica, tenha permanecido sem o suficiente enfrentamento.

A expressão dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos genéticos está formulada da seguinte maneira na CBD:

PREÂMBULO	Reafirmando que os Estados têm direitos soberanos sobre os <i>seus próprios recursos biológicos</i> .
ARTIGO 3-PRINCÍPIO	Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do Direito Internacional, <i>têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos</i> segundo suas políticas ambientais e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.
ARTIGO 15-ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS	1. Em reconhecimento dos <i>direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais</i> , a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.

¹⁶ Uma das exceções recentes é a monografia de SILVA, Eugênio da Costa e. *Biodiversity : related aspects of intellectual property rights*. Tóquio : Universidade das Nações Unidas, 1996. (Working Paper UNU/IAS n. 17), onde o autor aborda, entre outros assuntos, a tese da propriedade estatal dos recursos genéticos.

O que significaria, então, *soberania* no quadro normativo da CBD? A chave para essa resposta está em se observar que a Convenção sobre Diversidade Biológica opera no plano internacional; sua disciplina visa normatizar as atividades, no caso, atividades de acesso, praticadas como trocas internacionais. Assim, soberania reconhecida por um texto internacional reveste-se do conteúdo que o Direito das gentes lhe confere. Nesse sentido, soberania tem a conotação de *independência* ou *autonomia*. Ou seja, afirma-se, por outras palavras, que os Estados são autônomos para cuidar de seus recursos naturais. Esclareça-se que, no Direito interno, distintamente, o significado de soberania para o Estado nacional está mais próximo de *autoridade mais alta* e que não se submete a *nenhum poder superior*¹⁷.

Fica claro assim que, no Direito Internacional, mesmo em época de mundialização, quando os rigores territorialistas se atenuam, o termo *soberania* não pode ter o mesmo valor intrafronteiras de inferior/superior, uma vez que os Estados, formalmente, estão sempre em nível de igualdade jurídica. Sua expressão nesse campo se dá pelo conteúdo negativo de *independência* ou proativo de *autonomia* em relação aos demais pares. É com esse sentido que a expressão figura nos textos internacionais mais importantes, como as Cartas da ONU¹⁸ e da OEA¹⁹, por exemplo.

Observe-se ainda que o Direito Internacional ambiental vai além do reconhecimento da autonomia dos Estados na gestão de seus bens ambientais. Deve-se creditar a esse campo do Direito o *princípio da obrigatoriedade de intervenção estatal*²⁰, inscrito no Princípio 17

¹⁷ Para uma discussão do conceito de *soberania*, ver o verbete de mesmo título preparado por Nicola Matteucci no *Dicionário de Política* (BOBBIO, Norberto et al. 8. ed. Brasília : Ed. UnB, 1995).

¹⁸ Artigo 2 da Carta das Nações Unidas: “A Organização é baseada no princípio da igualdade *soberana* de todos os seus Membros.” (RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993).

¹⁹ Artigo 3º da Carta da Organização dos Estados Americanos: “A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, *soberania* e *independência* dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional;”

Ibidem.

²⁰ Para a formulação deste e de outros princípios gerais de Direito Ambiental Internacional, ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Princípios gerais de Direito Ambiental Internacional e a política*

da Declaração de Estocolmo de 1972, que proclama: “deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. Ou seja, reconhece-se a legitimidade para atuação estatal em atividades de vigiar e controlar a utilização de seus recursos naturais. E o Brasil, desde a criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente, na década de 70, passando pela Constituição de 1988 e pelas políticas ambientais, tem confirmado e praticado esse princípio.

Por esse caminho, o do Direito Internacional, à primeira vista, o preceito da CBD nada mais faz do que reafirmar um dos mais antigos e consensuais princípios jurídico-políticos da civilização: o de que o território de cada Estado nacional conforma o conjunto de bens e pessoas sobre as quais aquele ordenamento exerce seu poder político soberano (independente, autônomo). E sendo a diversidade biológica um componente da coleção de bens nacionais, estará sempre compreendida entre os destinatários da soberania estatal. Seria desnecessário, então, este dispositivo na CBD? Tratando-se de uma obviedade, não seria mais aconselhável deixá-lo ao critério das práticas já em vigor? Para nós fica claro que é imprescindível a explicitação do caráter de soberania dos direitos de cada Estado-parte, porque cuida-se de um ato internacional que atua no nível da regulamentação sobre as trocas entre os Estados e de suas obrigações internacionais, sem se imiscuir na questão da organização interna. Ademais, torna-se relevante este reconhecimento em virtude de se estar transitando de um regime ou de coletas livres ou então disciplinadas apenas por instrumentos nacionais, não considerados pelo Direito Internacional, ou mesmo instrumentos internacionais de *soft law*, para um sistema ordenado de acesso aos recursos genéticos. Daí a importância de que na CBD haja a ostentação do princípio da soberania de cada Estado sobre seus recursos.

Por outro lado, aceitando-se o postulado de que a CBD opera apenas no plano internacional, carimbando o reconhecimento da independência (soberania) de cada Estado para cuidar de seus recursos, não se pode *a priori* concluir que a *soberania* contemplada na CBD signifique apenas competência legislativa,

ambiental brasileira. In : BENJAMIN, Herman (coord.). *Dano ambiental* : prevenção, reparação e repressão. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

administrativa e judicial plenas e não propriedade estatal dos recursos, por exemplo. Pode ser plenamente legítimo, do ponto de vista da CBD e do Direito Internacional, que um país decida considerar seus recursos genéticos como patrimônio estatal e administrá-los dessa maneira, cumprindo integralmente os preceitos da Convenção, que aliás, no artigo 15, ao falar apenas em acesso *entre* os Estados-Partes enquanto tais, sem referências a atividades individuais ou internas a cada país, permite uma interpretação bastante estatocêntrica de seus termos. Com essa observação pretende-se, desde já, afastar as teses apriorísticas de que a CBD não permitiria a apropriação estatal dos recursos genéticos. Na verdade, a CBD nem sequer aborda essa problemática.

Quer-se reiterar, portanto, que o exclusivo entendimento do conceito de soberania no texto da CBD, um ato internacional, reporta-se à autonomia do país para dispor sobre seus recursos genéticos; preceito que poderia ser deduzido do sistema jurídico-político vigente, mas que se torna necessário escrevê-lo e divulgá-lo, posto que inserido em uma convenção sobre relações de trocas entre os países e sinalizador da transformação de um regime de livre acesso para um regime negociado. Portanto, não vai ser no campo do Direito Internacional que vamos buscar as ferramentas para construir a definição de soberania e propriedade dos recursos genéticos que tal legislação requer.

4.3. Entendimento de soberania no Direito interno e a titularidade jurídica dos recursos genéticos

Seria suficiente o texto convencional se se estivesse apenas disciplinando trocas mercantis tradicionais entre países, quando se ignora o processo de produção do bem exportado ou importado, e apenas a quantidade estocada na alfândega é verificada. Não é o caso quando se cuida do acesso aos recursos genéticos, que inclui da coleta à comercialização de componentes da diversidade biológica, rede matriz da vida na biosfera. O patrimônio genético do país não pode ser simplesmente tratado como um armazém de mercadoria para ser objeto de escambo. O acesso aos recursos genéticos representa a atividade essencial, o ponto fulcral de qualquer política de proteção do meio ambiente, e essa preocupação, todos sabemos, há muito tempo está inscrita em nossa legislação e em nossa organização como soci-

idade. Por esse motivo, faz-se imprescindível um desenho o mais adequado possível do papel a ser desempenhado pelo Estado nacional brasileiro na regulamentação e administração do acesso.

A primeira certeza incontestável é a de que o Brasil, assim como os demais países, irá exercer, plenamente, as soberanias estatais típicas sobre o acesso aos recursos genéticos. Ou seja, ao Estado brasileiro caberá legislar, julgar e administrar todas as questões afetas a esse campo; em caráter monopolístico, inclusive, quanto às duas primeiras funções citadas, legislativa e jurisdicional, e com a participação do particular quando no desempenho da função administrativa²¹. O dilema se instala verdadeiramente quando se vai além da questão da soberania e se pretende detalhar com mais precisão a relação jurídica de dominialidade entre a coleção dos recursos genéticos do país e o poder público.

Na verdade, a preocupação com a titularidade de direitos patrimoniais nessa área vem-se registrando desde que o meio ambiente, em si, deixou de ser meramente o entorno passivo e inerte e passou a integrar o conjunto de bens jurídicos de cada nação, assim como de toda a humanidade. Isso porque se trata de uma área que, além das questões sanitárias e de preservação das condições para a vida, compreende também aspectos estéticos, culturais ou de inter-relações de efeitos por vezes geograficamente distantes, e, o que nos interessa mais nesse estudo, inclui até o controle sobre recursos naturais que recebem rotineiramente outro tipo de relação jurídica de apropriação humana. Tal é o caso de uma pretendida lei de acesso. Cuida-se de instrumento para dispor sobre a atividade de utilização de um patrimônio natural, no qual se prevê a atuação essencial do Estado, devendo portanto estabelecer-se uma clara definição sobre qual a relação jurídica existente entre a organização política constituída e o patrimônio genético incidente no território.

Sobre essa definição, tema central deste trabalho, estarei utilizando, fundamentalmente, o texto de Antonio Herman Benjamin, "Função

²¹ Ver BENJAMIN, Herman (coord.). *Dano ambiental* : prevenção, reparação e repressão. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993 : Função ambiental; para um completo estudo sobre a construção do conceito de "função ambiental", nas atividades estatais especializadas, no moderno Direito Administrativo.

Ambiental”, publicado em *Dano Ambiental - Prevenção, Reparação e Repressão* (RT, 1993, p. 9-82). Nesse artigo, o eminente jurista alcança o exato desenho da disciplina ambiental no ramo do Direito Administrativo, delimitando a *função ambiental* como a qualidade da função estatal nas atividades de proteção ambiental, além de prover o entendimento da titularidade na atividade de proteção ambiental, seja na garantia do direito a um bem jurídico ambiental mais abstrato, seja na preservação de recursos físicos, como é o caso de espécies componentes da diversidade biológica.

Cumpra destacar em primeiro lugar que uma lei de acesso aos recursos genéticos não se tipifica como uma lei de proteção ambiental em sentido amplo, onde o bem jurídico a ser protegido é o meio ambiente, considerado nesta escala sempre como um *bem público de uso comum*. Nessa acepção, o meio ambiente é um *macrobem*, que pode ser composto de *microbens*, tais como os componentes da biosfera, mormente aqueles mais importantes para a manutenção do ciclo da vida, quais sejam, as florestas, as águas, o ar, as plantas, animais e microorganismos. A legislação sobre os microbens, sobre os componentes materiais do meio ambiente é também uma legislação de proteção ambiental. Entretanto, nesse caso, já não se impõe a estes microbens invariavelmente a titulação jurídica de *bem público de uso comum*. Sobre as matas, animais, e mesmo sobre o ar, por exemplo, podem incidir outros regimes de propriedade. Existem florestas pertencentes à União e bosques de propriedade particular, sem que indistintamente se deixe de aplicar o Código Florestal. Quer-se dizer, afinal, que os bens que compõem o meio ambiente, e que são alvo de legislações específicas, podem ser públicos ou privados. A primeira clivagem que se deve fazer, portanto, é a de que a lei de acesso não constitui especificamente um instrumento de tutela a um bem público de uso comum, mas busca disciplinar a utilização de bens que, à primeira vista, poderiam ser considerados bens públicos ou privados.

Deve-se observar que não é o critério da possibilidade de *utilização* que afasta os recursos genéticos da classificação de *bem público de uso comum*, uma vez que esse tipo de bem (público de uso comum), apesar de insuscetível de apropriação individual, é passível de utilização, individual ou coletivamente. Na verdade o termo *uso comum* opõe-se à concepção de *uso privado*, se se tem em

mente a idéia de apropriação e de exclusão dos demais interessados. A não ser então pelos raros casos de desafetação, esses bens são por natureza inalienáveis e imprescritíveis, o que não impede a utilização individual, tal como se verifica com o ar, as águas, os mares, as ruas etc.

Os recursos genéticos, por sua vez, foram, são e serão cada vez mais plenamente utilizáveis. Entretanto, distintamente dos bens públicos de uso comum, aceita-se majoritariamente em todas as legislações e doutrinas, assim como nas práticas ancestrais de circulação de materiais genéticos, que esses recursos naturais podem ser objeto de apropriação individual e de algum tipo de alienação, tal como semelhantemente ocorre com os demais recursos da natureza. Conclui-se, assim, em primeiro lugar, que o recurso genético não pode ser enquadrado como *bem público de uso comum*.

Vejam, então, as demais aproximações de classificação jurídica que se fazem necessárias. As fontes para tal devemos buscar na Constituição, no ordenamento jurídico infraconstitucional, no Direito comparado e na doutrina, assim como nos princípios éticos e morais que conformam a sociedade. A primeira consideração, sem qualquer aprofundamento, tomamos deste último campo de origem da normatividade humana – a ética e a moral. Pelos valores intrínsecos, é imperioso distinguir a apropriação jurídica de bens manufaturados ou naturais sem vida daquela apropriação dirigida aos seres vivos e seus componentes, principalmente hoje quando se tem consciência da radical necessidade desse substrato de diversidade biológica para a manutenção de todas as formas de vida na Terra, inclusive do homem. Certamente nenhuma legislação atual permitirá que haja apropriações tipicamente liberais para esse tipo de recurso natural.

Sabendo-se então que os recursos genéticos não podem ser considerados *bens públicos de uso comum*, pelos motivos acima, de que forma deve uma legislação moderna enquadrar esses bens, no que diz respeito à titularidade jurídica, segundo os princípios do Direito Administrativo?

Devemos, preliminarmente, determinar se os direitos de propriedade, garantidos constitucionalmente, podem abranger os recursos genéticos. Ou seja, de modo mais pragmático: deve o proprietário do recurso natural (terra,

madeira, etc.) que contém o recurso genético ser considerado também proprietário deste recurso genético? Em nosso entendimento, afasta-se a noção de *bem público comum* para o recurso genético em razão exclusivamente do sentido finalístico de *uso comum* que está inserido neste conceito, pelo qual não se permite a apropriação. Entretanto, mesmo não sendo de *uso comum*, deve permanecer a característica de *bem público* para o recurso genético, o que significa que sobre este bem recai o interesse público. Para corroborar a concepção do recurso genético como bem público, analise-se o capítulo da Constituição sobre meio ambiente. O art. 225, onde se observa a explicitação, em seu *caput*, do meio ambiente em sentido macro como bem público de uso comum, traz ainda os seguintes preceitos:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

.....
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

O § 4º do mesmo artigo é outro dispositivo que remete à consideração acerca da obrigatoriedade da atribuição de *interesse público* aos principais ecossistemas brasileiros:

“§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são *patrimônio nacional*, e sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, *inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*.”

Mesmo em se tratando de bens públicos, o Direito ainda nos provê outro refinamento dessa classe de bens, exatamente no sentido de possibilitar sua apropriação. São aqueles

denominados no Direito Administrativo de *bens públicos de uso especial*. A diferença neste caso é que, mesmo mantido o interesse público, podem abrir-se exceções e permitir-se algumas formas de apropriação privada sobre estes bens. Observemos que continuam classificados como bens públicos, porém sua utilização não é facultada a todos indistintamente, “mas apenas a pessoas determinadas, com base em um título particular, constituído ou pelo pagamento de uma taxa (pedágio, para o trânsito sobre algumas estradas ou pontes; direitos de ancoragem, para permanência nos portos), ou, então, pela obtenção de permissões ou licenças expedidas pela autoridade administrativa”²².

Ainda segundo o ilustre administrativista José Cretella Junior, os bens públicos de uso especial podem ser definidos como “toda parte do domínio público sobre a qual determinadas pessoas exercem direitos de uso e gozo, mediante outorga *intuitu personae* do poder público, através dos institutos da permissão ou da concessão”. Considera que permanece o manto do *interesse público* sobre esse tipo de bens, com as características de inalienabilidade e imprescritibilidade. Porém, facultase ao poder público levantar a condição de inalienabilidade e promover a apropriação privada conveniente, na forma da lei.

É possível que essa seja a classificação mais adequada para os recursos genéticos nacionais. Por ela, acata-se o princípio do interesse público para a tutela desses bens, permitindo-se ao poder público excepcionar, em bases legais e contratuais, a condição de impossibilidade de apropriação privada, o que é exatamente a finalidade do acesso. Há que se atentar para a ocorrência de recursos em áreas privadas e para a existência de coleções genéticas privadas. Nesse caso, a lei deverá criar condições para levantar *a priori*, e sem burocracia, a característica de inalienabilidade, em benefício porém apenas do proprietário ou posseiro legítimo, ressaltando que qualquer negociação ou transação com vistas ao acesso aos recursos genéticos dessas áreas ou dessas coleções só poderão ser efetuadas pelo poder público, garantidos ressarcimentos ao proprietário. Por sua vez, os recursos genéticos situados em áreas públicas seriam de domínio pleno do Estado, e teriam o acesso negociado sem interveniência de particulares.

²² CRETELLA JUNIOR apud BENJAMIN, op. cit.

Observa-se também que é essa orientação que vem sendo imprimida às legislações dos demais países. Recentemente foi editada a lei sobre acesso do Equador, declarando que as espécies que integram a biodiversidade são “bens nacionais e de uso público”, que deve representar uma classificação jurídica semelhante à que se propõe acima, *verbis*:

“Art. 1 - El Estado Ecuatoriano es el titular de los derechos de propiedad sobre las especies que integran la biodiversidad en el país, a las que se considerara como bienes nacionales y de uso público.

Su explotación comercial se sujetará a la reglamentación especial que para este efecto dictará el Presidente de la República, garantizando los derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre los conocimientos y los componentes intangibles de biodiversidad y de recursos genéticos y a disponer sobre ellos.”

Da mesma forma, as Filipinas adotaram recentemente a *Executive Order n° 247*, que estabelece em seu preâmbulo que “wildlife, flora and fauna, among others, are owned by the State and the disposition, development and utilization thereof are under its full control and supervision”.

Em suma, sem prejuízo de outras considerações que possam ser feitas no atual processo de elaboração da lei, inclusive com o convencimento dos agentes de que outra tipologia jurídica deva ser tentada, entendemos que a lei brasileira sobre acesso deverá imputar aos recursos genéticos a nomenclatura de bens públicos de uso especial, por ser a mais conveniente do ponto de vista político, jurídico e técnico. Essa conceitualização jurídica facilitará a implementação da lei, além de propiciar as melhores condições para otimizar a lei como instrumento de política ambiental, sem entrar a pesquisa e a prospecção biológicas.

5. Outros aspectos sobre o PLS n° 306/95

5.1. Definição de conceitos para aplicação da lei

A versão de trabalho do projeto apresenta uma primeira grande inovação ao acrescentar um artigo inicial composto apenas de definições de termos para efeitos da lei. Ao longo do estudo do tema e dos debates, foi-se cristalizando a

necessidade de tal rol de conceitos que ora se incorpora.

Na doutrina e nos regimentos legislativos, não há regra específica para a adoção ou não de definições em qualquer lei. Cuida-se de ato de vontade do legislador, a partir de alguns critérios de bom senso. Evidentemente não seria necessário explicitar definições para os conceitos mais triviais, o que poderia trazer inclusive problemas quanto à aplicação da lei. Por outro lado, a regulamentação de assuntos contemporâneos e de natureza científica muito provavelmente vai requerer um quadro de termos. A lei sobre biossegurança²³, por exemplo, inclui um artigo com definições bastante técnicas. Já durante a tramitação da lei de patentes, uma discussão bastante acirrada operou-se justamente sobre a inclusão ou não de definições, culminando por introduzir-se apenas o conceito de microorganismo transgênico para fins de patenteamento.

A questão reside, assim, em situar-se numa posição em que, por um lado, a aplicação da lei, administrativa e judicialmente, não fique prejudicada e, por outro, que a lei tenha o alcance preciso que se requer. Reporta-se também a questão à tradição do sistema legislativo brasileiro. Apesar de seguirmos a linha

²³ Lei n° 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que disciplina o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGMs). Esta legislação cria a Comissão Nacional de Biossegurança (CTNBio), ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, composta de 18 membros do Governo e da sociedade civil, que será responsável pela normatização, avaliação e emissão de pareceres relacionados à transferência, manipulação e uso de OGMs no Brasil. As normas e regulamentos relativos às atividades e projetos relacionados a OGMs e derivados a serem expedidas pela CTNBio abrangerão a construção, cultivo, manipulação, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte dos mesmos, com vistas especialmente à segurança do material e à proteção dos seres vivos e do meio ambiente. As entidades nacionais, estrangeiras ou internacionais, para que possam desenvolver atividades relativas a OGMs e derivados no Brasil, deverão requerer à CTNBio o Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB. A legislação brasileira de biossegurança determina ainda que toda instituição que se dedique ao ensino, pesquisa, desenvolvimento e utilização de técnicas de engenharia genética, pública ou privada, nacional ou internacional, deverá constituir uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), cujos mecanismos de funcionamento serão estabelecidos pela CTNBio.

do Direito positivado, distinto do Direito costumeiro, não é usual no Brasil a redação de artigos ou preâmbulos contendo definições de termos. Essa prática é mais corrente no processo legislativo norte-americano e europeu, assim como na sistemática da elaboração de tratados, no âmbito do Direito Internacional público.

De qualquer forma, até o momento, por todos os setores considera-se necessária a implantação deste artigo contendo as definições sobre o assunto legislado. Subliminarmente, este dispositivo tem funcionado como um *ponto de acordo* para os demais comandos da lei. Todos, aparentemente, concordam com a necessidade de definições e que o conjunto proposto é adequado, enquadrando corretamente a lei. É fundamental, entretanto, que esta função de “linguagem comum” do artigo de definições venha a se tornar explícita, porque, na verdade, as posturas assumidas implicam atitudes de interpretação quanto aos mais diversos temas da lei. Destaco, em seguida, apenas o que considero um dos conceitos-chave em estudo, que condensa o ponto de vista assumido e se reflete em todo o quadro de definições. Seguramente muitas outras divergências poderão surgir acerca de todo o elenco de conceitos utilizado. E essa discussão, de todo o conjunto, é necessária para que se possa extrair o melhor efeito de “pacto” conceitual sobre a lei.

A primeira definição incluída é a de *acesso aos recursos genéticos*. Constitui-se o conceito lapidar do projeto. A pequenina vantagem prática dessa definição reside no fato de não se necessitar repetir, a cada utilização da expressão, o seu conteúdo. A imensa responsabilidade desse conceito é encerrar, em suas palavras, tudo o que doravante vai se entender como acesso no país, com a dimensão econômica e social que o fato agora se reveste. Dissemos acima que acesso é o estudo e o uso do recurso genético. Esse é o conceito do senso comum. Na lei, entretanto, o entendimento há de ser mais preciso.

A CBD reporta-se apenas a “acesso aos recursos genéticos” (artigo 15) e não fornece definição do termo, como o faz para dezessete outros termos em seu artigo 2^o²⁴. Também não impõe limites para o entendimento nacional

²⁴ A título de ilustração, observe-se que a Convenção adota definições para: biotecnologia, conservação *in situ*, conservação *ex situ*, material genético, recursos biológicos, recursos genéticos e utilização sustentável.

sobre acesso. Apenas preconiza que, “em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional” (CBD, artigo 15, § 1^o). Podemos então construir nosso conceito, com aportes dos estudos do Pacto Andino sobre a matéria, sendo sua mais recente versão do seguinte teor:

“ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS: obtenção e utilização dos recursos genéticos, material genético e produtos derivados, em condições *ex situ* ou *in situ*, existentes no território nacional ou dos quais o Brasil é país de origem, dos conhecimentos das populações indígenas e comunidades locais associados aos recursos genéticos ou produtos derivados e dos cultivos agrícolas domesticados no Brasil, com fins de pesquisa, bioprospecção, conservação, aplicação industrial ou aproveitamento comercial, entre outros.”

Buscou-se, obviamente, um escopo ampliado para a definição. Uma lei dessa natureza correria o risco de se tornar inócua se procurasse a salvaguarda apenas para o recurso genético em sentido estrito, tal como conceituado no artigo 2^o da Convenção: *material genético de valor real ou potencial*. A se entender desse modo, apenas os componentes bióticos conhecidos, depositados *ex situ* ou conservados *in situ*, teriam seu acesso regulamentado. A imensa quantidade de recursos genéticos, ainda sem valoração, ficaria ao sabor da coleta e remessa livres. Portanto, essa é uma definição que amplia o objeto da lei, em primeiro lugar, para alcançar o acesso aos produtos derivados. As demais ampliações do conceito reportam-se aos conhecimentos tradicionais associados, às condições de localização (no campo ou em depósitos) e aos cultivos agrícolas domesticados.

Outras definições também deverão merecer um cuidado extra para suportarem a aplicação da lei. Diversidade biológica, comunidade local e população indígena, produto derivado, provedor do conhecimento tradicional associado, recursos biológicos e recursos genéticos são os conceitos que considero de maior relevância para esta atenção, e sobre os quais não nos estende-

remos aqui, sendo certo entretanto que numerosas questões são suscitadas por cada palavra utilizada.

5.2. Os demais núcleos legislativos

Seguindo a agenda que propomos para discussão do projeto, consigno aqui algumas considerações sobre alguns dos demais assuntos centrais, apenas com a finalidade de alimentar a discussão, sem firmar posições definitivas.

Definição do regime contratual do acesso. Este capítulo deverá estabelecer as bases da filosofia sobre bioprospecção que se quer implantar. Separação entre acesso com fins comerciais e com fins científicos, permissão para acesso por pessoas estrangeiras, conteúdo e processamento do requerimento, participação das comunidades locais no processo decisório são alguns dos temas sobre os quais o projeto deverá adotar uma posição. Considera-se que, regra geral, esta lei deverá, ao mesmo tempo, controlar e estimular a bioprospecção. Controlar no sentido de não permitir a devastação e as apropriações indevidas de recursos nacionais; e estimular, porque se necessita também incrementar a capacitação tecnológica do país e também porque o mapeamento dos recursos genéticos é um requisito para sua preservação. Com este norteamento, pode-se dizer que o projeto deverá ser menos burocrático na concessão do acesso, sem entretanto perder os instrumentos de controle. Deverá também propiciar condições diferenciadas para iniciativas nacionais e estrangeiras, no intuito de fortalecer a capacitação local.

Definição do regime de acesso para recursos genéticos alimentares. A lei de acesso do Brasil deverá ser apta a trabalhar com a real situação de interdependência mundial de recursos genéticos domesticados e extrair os melhores benefícios. O Brasil vivencia uma situação de desequilíbrio da distribuição de recursos genéticos selvagens e domesticados. Enquanto é detentor de uma megadiversidade de recursos silvestres, é majoritariamente dependente dos recursos que compõem a cesta dos produtos agrícolas mais utilizados. Além do que nossos próprios recursos nativos alcançam melhoramentos em outros países e aos quais é importante termos acesso. Essa lei deverá refletir o novo compromisso internacional que deverá se firmar no âmbito da FAO, garantindo a supremacia nacional na regu-

lamentação dos acessos aos seus recursos genéticos.

Repartição de benefícios com o país e transferência de tecnologia. Exigência da própria CBD, o acesso aos recursos genéticos deverá propiciar aos países a partilha dos benefícios resultantes e o ganho de tecnologias relevantes, incluindo biotecnologias. Neste tópico o mais relevante é que se alcance dotar a legislação da maior eficácia possível. Na repartição dos benefícios, parece apropriado adotar o critério de aplicação local dos benefícios, de forma a garantir o retorno à região e à comunidade fornecedoras do recurso. Sobre a aquisição de tecnologias, considera-se adequado o mesmo princípio de aplicação local, podendo também a lei reforçar a utilização de mecanismo de *clearing-house*²⁵, previsto nos regimes ambientais internacionais, como um caminho efetivo para a transferência de tecnologia.

Proteção dos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas. Este talvez seja o capítulo da lei de maior dificuldade técnica e política para sua elaboração. Cuida-se de construir um sistema inovador de salvaguarda de direitos intelectuais comunais. Nenhum dos institutos existentes de propriedade intelectual pode ser adotado com plena adequação para essa nova categoria de direitos. O caminho parece ser buscar em cada um deles – patentes, direitos autorais, certificado de inventor, Lei Modelo da Unesco sobre Folclore, cultivares, entre outros – alguma característica aplicável ao novo sistema. Um princípio que deve prevalecer é o de que essa proteção deverá ultrapassar a condição meramente monetária para alcançar uma característica de totalidade, inerente ao conhecimento utilizado. A proteção visa salvaguardar práticas comunais de utilização da biodiversidade e, portanto, os institutos previstos devem proporcionar a valorização integral das comunidades. Nesse sentido, um primeiro *approach*, apenas em nível terminológico, é o conceito de *integridade intelectual*, para diferenciar de propriedade intelectual, que é um direito que se traduz,

²⁵ Pode ser traduzido como “câmara de compensação”, ou lugar onde se trocam informações sobre tecnologias, experiências e fontes de financiamento. A política nos regimes ambientais é a de estabelecer pólos regionais informatizados através dos quais o fluxo de informação possa trafegar da maneira mais ágil possível.

no mais das vezes, apenas pecuniariamente. Talvez não necessitemos criar um sistema tão elaborado para este capítulo. Mas pelo menos os seguintes princípios devem estar explicitados:

(1) definição clara do *status* jurídico dos recursos genéticos existentes nas áreas indígenas e dos conhecimentos pertencentes aos grupos indígenas e locais (esta definição poderá ser perfeitamente a que se propõe nesse estudo, em qualquer prejuízo para os direitos indígenas);

(2) obrigação do consentimento prévio e fundamentado para a realização do acesso nas áreas indígenas e o estabelecimento de uma norma clara que permita ao Estado atuar na proteção desse direito, inclusive com o ressarcimento dos benefícios ganhos ilegalmente;

(3) definição clara da atribuição jurídica das comunidades para firmar contratos ou outros instrumentos de acesso e defender seus direitos, administrativa e judicialmente.

Definição do sistema de sanções administrativas, penais e civis. Apenas registro uma posição consensual, nas discussões realizadas até agora, de que esta lei deverá se aparelhar de um capítulo de sanções contra seu descumprimento de alguma severidade, sob pena de se tornar inócua. A importância biológica, política, tecnológica e mesmo de segurança alimentar da matéria e a grandeza dos valores econômicos envolvidos impõem a adoção de um

enquadramento não apenas administrativo, mas também civil e penal, de maior poder de persuasão.

Bibliografia

- ALENCAR, Gisela Santos de. *Mudança ambiental global e formação do regime para proteção da biodiversidade*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 1995.
- BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993 : Função ambiental.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília : Ed. UnB, 1995.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Dos bens públicos no Direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1969.
- DE KLEMM, C., SHINE, C. *Biological diversity conservation and the law*. Gland; Cambridge : IUCN, 1993. xix + 292 p.
- GLOWKA, Lyle et al. *Guía del convenio sobre la diversidad biológica*. Gland; Cambridge : IUCN, xii + 179p.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de Direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. In : BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano Ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, Eugênio da Costa e. *Biodiversity : related aspects of intellectual property rights*. Tóquio : Universidade das Nações Unidas, 1996. (Working Paper UNU, IAS n. 17).

