



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

GABRIEL KUBRUSLY GONÇALVES

**ACESSO À BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: PERSPECTIVAS
LANÇADAS PELO TRIPS, PELA CDB E PELA CF/88**

**FORTALEZA
2010**

GABRIEL KUBRUSLY GONÇALVES

**ACESSO À BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: PERSPECTIVAS
LANÇADAS PELO TRIPS, PELA CDB E PELA CF/88**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Tarin Cristino Frota
Mont'Alverne

FORTALEZA
2010

GABRIEL KUBRUSLY GONÇALVES

**ACESSO À BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: PERSPECTIVAS
LANÇADAS PELO TRIPS, PELA CDB E PELA CF/88**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em ____/____/2010

BANCA EXAMINADORA

Professora TARIN CRISTINO FROTA MONT'ALVERNE (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Professor JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS
Universidade Federal do Ceará - UFC

Professor DANIEL GOMES DE MIRANDA
Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo, mas, em especial, pela generosidade de suas mais caras dádivas: vida e família.

Aos meus pais, Roberto e Ana, pelos mais preciosos talhos do lapidar de meu caráter e de minha formação como homem e cidadão, bem como pela fortaleza e porto do amor que sempre generosamente ofertaram.

À minha irmã, Sarah, pela amizade e paciência.

A todos meus familiares que a exigüidade do momento não permite nominar, mas que o coração não perdoaria em não lembrar.

Aos amigos, pois hai do que com eles não puder contar, seja no rir ou no chorar.

À professora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne pela gentileza, paciência e apoio da orientação.

Aos membros da banca examinadora, os professores João Luis Nogueira Matias e Daniel Gomes de Miranda, cujo apoio para a construção deste trabalho se iniciou bem antes deste momento, ainda quando magistralmente conduziam suas cátedras.

RESUMO

O trabalho apresenta a nova dinâmica global imposta pelo fenômeno da globalização, com seus específicos contornos evidenciados no século XXI, como meio no qual se insere a discussão acerca da utilização, por parte dos países mais desenvolvidos, de mecanismos de propriedade intelectual, ratificados por organizações internacionais do porte da OMC, após o acesso ilegítimo à biodiversidade. Realiza a confrontação entre os principais antagonismos que defluem das perspectivas lançadas pelos instrumentos de direito internacional do TRIPS e da CDB, bem como pelo ordenamento jurídico-constitucional pátrio, objetivando mostrar que o acesso aos recursos naturais se consubstancia em fase que antecede a da apropriação por meio dos direitos intelectuais. Conclui mostrando que a mensagem que a atual disposição do sistema internacional de propriedade intelectual envia é a de que a partir de quando se realize tal acesso, seja ele legítimo ou não, dá-se guarida a tal conduta. Assim, quando esse acesso se dá de forma ilegítima, por meio de biopirataria, desrespeitando a soberania nacional (em face de inexistência de autorização qualquer) e a repartição equitativa dos benefícios, o advento de uma patente vem a coroar verdadeira prática de espólio. O procedimento metodológico foi de pesquisa essencialmente bibliográfica e documental e, quanto aos objetivos, descritiva e exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE INTELLECTUAL – ACESSO –
BIODIVERSIDADE

RESUMEN

El trabajo presenta la nueva dinámica global impuesta por el fenómeno de la globalización, con sus contornos específicos evidenciados en el siglo XXI, como el medio en el cual se inserta la discusión sobre la utilización, por los países más desarrollados, de mecanismos de propiedad intelectual, ratificados por organizaciones internacionales del porte de la OMC, después del acceso ilegítimo a la biodiversidad. Realiza el cotejo de los principales antagonismos que parten de las perspectivas lanzadas por los instrumentos de derecho internacional del TRIPS e de la CDB, así como por la órden jurídica-constitucional brasileña, para mostrar que el acceso a los recursos naturales representa fase previa a la apropiación mediante derechos intelectuales. Concluye mostrando que el mensaje que la actual disposición del sistema internacional de propiedad intelectual envía es la que desde cuando se realice el acceso, sea legítimo o no, se da refugio a tal conducta. Así, cuando ese acceso es ilegítimo, por medio de la biopiratería, en contra de la soberanía nacional (devido la falta de autorización) y la distribución equitativa de los beneficios, el advenimiento de una patente vien a coronar verdadera práctica de expolio. El procedimiento metodológico fue de investigación esencialmente bibliográfica y documental y, en cuanto a los objetivos, descriptiva y exploratoria.

PALABRAS CLAVES: PROPIEDAD INTELECTUAL – ACCESO – BIODIVERSIDAD

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 BREVE ABORDAGEM DO DIREITO DE PROPRIEDADE: NOVOS PARADIGMAS LANÇADOS PELA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL	
1.1 Breve evolução histórica	10
1.2 Teoria da função social.....	13
1.3 Nova abordagem do direito de propriedade	17
1.4 Direito de propriedade e a teoria da função social no constitucionalismo brasileiro	20
2 UMA PERSPECTIVA PARA O DIREITO DE PROPRIEDADE E PARA OS DIREITOS INTELECTUAIS	
2.1 Direitos intelectuais e suas peculiaridades	26
3 ACESSO À BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL	
3.1 Rearranjo global	31
3.2 O Acordo TRIPS e o acesso à diversidade biológica	35
3.3 A CDB e o acesso à diversidade biológica: um contraponto ao TRIPS.....	40
3.4 A forma de implementação do TRIPS e o porquê do posicionamento dos países em desenvolvimento: o flanco da propriedade intelectual	45
3.5 A Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001	47
3.6 Perspectiva da Constituição Federal de 1988	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A nova dinâmica social, cultural e econômica da comunidade global lança severos desafios ao mundo moderno: tanto no que tange à sua manutenção, quanto à sua evolução. Se o patamar de respeito à dignidade humana de hoje, considerando a amostra geral da humanidade, ainda não é o desejável, muito menos o será caso se verifique sua degeneração.

Essa nova dinâmica diz respeito ao fenômeno da globalização, que, se não é idiosincrasia do século XXI, com certeza se viu nele redesenhada, uma vez que foi especialmente nesse século que passou a desafiar veementemente os limites de tempo e espaço, valendo-se, para tanto, do exponencial avanço da tecnologia cumulado à forte internacionalização do capital.

Nesse cenário, os direitos de propriedade intelectual se apresentam tanto como fator influenciador quanto como elemento influenciado pela globalização contemporânea e por suas repercussões sociais, culturais e econômicas. Deter-se nessa análise, portanto, é sempre de grande valia, vez que esses direitos, maiores geradores do que convenientemente se chama de capital intelectual ou intangível, estão intimamente relacionados a um flagrante propósito de otimizar as relações de mercado, não sendo menos intensa sua relação, ademais, com o desenvolvimento humano social e cultural, o que expõe sua repercussão para além da seara econômico, portanto.

Não se pode ignorar que o lidar com os direitos de propriedade intelectual, como apontam muitos, reserva uma série de desafios tais como proteção de databases, adequação das relações decorrentes dos direitos autorais, interrelação entre tutela da concorrência e tal ordem de direitos, regime legal de seus mecanismos de proteção, entre outros. Em especial, por mais proximamente vincular-se a este trabalho, deve-se destacar, dentre tais desafios, a proteção de patentes de biotecnologia e quaisquer outras questões que evidenciem as tensões entre os direitos de propriedade intelectual e a proteção e exploração da biodiversidade ou de conhecimentos tradicionais a ela associados.

Por essa razão, oferecer, propedeuticamente, uma nova perspectiva do direito de propriedade, além de mitigar eventuais questionamentos acerca de alcançarem ou não os direitos intelectuais, é essencial a uma melhor compreensão dos conflitos envolvendo os direitos de propriedade intelectual, destacadamente em face do ponto de vista adotado pelo Ordenamento Constitucional Pátrio e pelas normas protetoras da biodiversidade. Com a exposição desses argumentos, que também terão em especial conta a interessante abordagem

do direito de propriedade oferecida pela análise econômica, ficará mais fácil apreender as tensões específicas apresentadas por este trabalho.

Por exemplo, ficará mais simples a percepção de que a partir do momento em que os direitos de propriedade intelectual, em especial as patentes (que sob a proteção estatal, restringem a concorrência e criam exclusividade legal ou artificial), passam a ser vistos como meros geradores de propriedade privada em contornos já ultrapassados, inseridos nessa nova dinâmica exclusivamente sob uma ótica de mercado, percebe-se um desvirtuamento, uma vez que se empresta a uma questão complexa, visão deveras restrita e arriscada.

Persistindo, portanto, que se valha da instrumentalidade de tais mecanismos para essa ordem de fins, pode-se esperar a perpetuação, e mesmo o agravamento, das desigualdades entre países desenvolvidos (principais detentores de direitos sobre tecnologias e maiores impulsionadores desses aprimoramentos) e países em desenvolvimento (tecnologicamente mais dependentes).

Deveras, movimento nessa direção representaria um empobrecimento desses mecanismos, podendo-se ousar mesmo em dizer que significaria sua negação, especialmente se compreendidos à luz de sua função social. É por essa razão que, objetivando deixar mais claros tais pontos, além de conferir algum embasamento teórico a tais argumentos, desenvolver-se-á, neste trabalho, inicialmente, um apanhado histórico no que concerne ao direito de propriedade e à teoria da função social que culminará em uma nova perspectiva ofertada à temática dos direitos de propriedade intelectual.

Visto isso, apenas se pontua que não se quer aqui abordar todas as perspectivas possíveis no que se refere aos desdobramentos da globalização, mas tão-somente as relativas ao direito de acesso e aos direitos de propriedade intelectual, que possuem extrema significância para os números da balança comercial internacional, além de se constituírem em necessários fatores a serem considerados em qualquer planejamento desenvolvimentista.

Por esse motivo, trazer-se-á, em momento subsequente do trabalho, a atenção para a questão do acesso ao patrimônio genético de recursos naturais e à utilização dos conhecimentos tradicionais de povos autóctones como importante mediador entre a “estaca zero”, quando nem se tem noção de onde se pode extrair que benefício, e o desenvolvimento de pesquisas científicas. Ou seja, apontar-se-á a tensão envolvendo direitos de propriedade intelectual e o direito de acesso.

Nesse contexto, não se pode ignorar o debate, corroborado pelo advento da Convenção sobre Diversidade Biológica, em torno da construção de um regime internacional de repartição dos benefícios decorrentes do acesso aos recursos genéticos, sendo inafastável

considerar que, se o que realmente se almeja é gerar um regime protetor da biodiversidade e justo repartidor de benefícios, de modo a reduzir as desigualdades sócio-econômicas e colaborar para o desenvolvimento sustentável da humanidade como um todo, não deve ser ignorada a interferência do TRIPS na concreção dos objetivos da Convenção.

Assim, partindo do pressuposto lógico de que a todo efeito preexiste uma causa, não se objetiva aqui realizar propostas para a solução do “efeito”, que é a má conformação do sistema internacional de propriedade intelectual em face da demanda de desenvolvimento sustentável e distributivo, mas sim ajudar aos que se propõe a tal, tentando fazer breve análise das principais “causas” de tal deformação, cotejando os principais argumentos antagônicos e discernindo quais seus epicentros, ademais de sugerir que, qualquer que seja a solução para esse “efeito”, haverá de levar em conta os direitos de propriedade intelectual como mecanismos de alocação de recursos e riquezas pautados pela função de otimizar a boa convivência social e o pleno desenvolvimento humano.

1 BREVE ABORDAGEM DO DIREITO DE PROPRIEDADE: NOVOS PARADIGMAS LANÇADOS PELA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL

Propedeuticamente, cumpre apresentar a discussão contemporânea sobre um novo perfil conceitual da propriedade, considerada instituto de direito civil, mas com guarida e repercussão constitucional, para que futuras críticas acerca da má utilização dos instrumentos de propriedade intelectual não resem simplesmente lançadas e desprovidas de qualquer fundamentação teórica.

É certo que, por vezes, é apontada uma concepção fundamental de que a propriedade estaria presente na própria conformação psíquica do ser humano, como manifestação de uma tendência de ter as coisas para si, para seu desenvolvimento individual, observada, em regra, em todos nós. Nascendo a necessidade de regulamentar tal situação, fazer-se-ia necessária a existência do direito de propriedade.

Porém, o homem, ao longo da história, redesenha a si próprio, e assim também fez com o direito de propriedade. De forma que essa concepção deve ser analisada em um outro contexto, diferente daquele de outrora, que colocava a propriedade como algo absoluto e intangível. Seria mais certo, portanto, apontar que sua característica mais reveladora é a historicidade.

A justificar a relevância de analisar tal instituto em perspectiva histórica, evolução que será sucintamente abordada nas próximas linhas, bastante lúcidos são os argumentos apresentados por João Luis Nogueira Matias ao afirmar que:

Fenômeno cultural, o direito de propriedade tem no seu caráter histórico a sua característica mais presente. Ao longo dos tempos, a conformação do direito de propriedade possibilitou a sua expressão em moldes diversificados, já tendo se apresentado como coletiva ou individualizada, relativa ou absoluta.¹

1.1 Breve evolução histórica

Faz-se necessário, dessa forma, breve apanhado histórico. Por respeito a critérios cronológicos, inicia-se a abordagem pelo período da Roma Antiga, do qual é pertinente a

¹ MATIAS, João Luis Nogueira. O Fundamento Econômico e as Novas Formas de Propriedade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Coord.). **Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 95-126.

informação de que a ordem jurídica da época orbitava em torno da propriedade, apesar de o direito romano não possuir uma definição precisa desse instituto.²

Inicialmente, era prevista a propriedade de forma absoluta, incluindo mesmo o direito de abusar das coisas, além de possuir caráter personalista, oponível a todos. Também é interessante observar que sua abrangência variava conforme a origem, de forma que a propriedade dos romanos era mais ampla que a dos estrangeiros, por exemplo.

Porém, ainda dentro do direito romano, a propriedade sofre algumas mudanças, em grande parte pela influência do direito canônico e costumeiro³, sendo afastada sua conformação absoluta. O maior exemplo foi a extinção do direito de abusar da coisa. Destacando essa onda de influências sobre essa passagem do individual para o social, Getúlio Targino Lima, *in verbis*:

De qualquer maneira, todavia, mormente com a influência de idéias cristãs, o direito romano e especialmente, nele, o direito de propriedade, foram experimentando abrandamentos sensíveis, seja pela consideração cada vez maior dos povos conquistados, pela ampliação da cidadania romana, seja pela natural tendência cristã de consideração da pessoa humana.⁴

Já quando da prevalência dos costumes e legislação bárbaros, houve grande confusão entre posse e propriedade, vindo a separação exata entre os dois institutos a ser consolidada novamente após o século XIII⁵.

No direito medieval, que muito mitigou o caráter individual, a natureza absoluta e a índole privada e exclusiva do direito de propriedade, vale dar realce à separação entre domínio direto e útil. Quanto a esse ponto, destaca-se outro apontamento de Getúlio Targino Lima:

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ LIMA, Getúlio Targino. **Propriedade: Crise e Reconstrução de um Perfil Conceitual**. 2006. p. 15. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). São Paulo: PUC. Programa de Estudos Pós-graduados em direito, 2006.

⁵ “Em decorrência da invasão bárbara, com a prevalência de seus costumes e legislação, há grande confusão entre propriedade e posse, muito em razão do instituto germânico da *Gewere*, em que a propriedade não é separada da posse, que a faz presumir. Esta é a tônica na matéria até o redescobrimto do direito romano, no século XIII.

(...)

Com a redescoberta do direito romano, a partir do estudo dos doutos nas Universidades, e com a importância crescente do direito canônico, afasta-se a influência germânica, sendo firmada a separação exata entre propriedade e posse. É suprimido o princípio da mobília *non habent sequelam*, a posse das coisas móveis deixa de, por si só, acarretar a propriedade, sendo admitida a aquisição através de usucapião.”. WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

Este fato, ainda que tivesse sido único, o que não é verdade, seria suficiente para demonstrar que o caráter individual, a natureza absoluta e a índole privada e exclusiva do direito de propriedade, aspectos tão preciosos ao pensamento do direito romano quanto à propriedade foram postos de lado, gradual e severamente, pelo direito feudal.⁶

Isso porque, conforme continua explicando o autor supracitado, a despeito de na Idade Média haver-se presenciado um fenômeno de recepção do direito romano, ocorreu em verdade apenas uma adaptação deste aos povos advindos após a fragmentação do império. O resultado dessa interferência no que concerne à propriedade é que ela não defluiu de arcabouço jurídico previamente posto, razão pela qual o “apossamento e a utilização das coisas, como fato, é que levavam a sua juridicização, sendo, na verdade, reflexos fortes da organização social, com enorme influência de laços pessoais”⁷.

Disso conclui pela correição quando da definição da propriedade medieval como “estatuto da coisa e não do sujeito, o que bem explica a possibilidade da fragmentação de vários sujeitos para a propriedade de uma mesma coisa, contrariamente ao caráter individualista do direito romano”⁸.

Em momento histórico subsequente⁹, o crescente desprestígio da nobreza e sua descapitalização, de um lado, e a ascensão da classe burguesa e desenvolvimento das sociedades por ações, de outro, deram ensejo à deflagração da Revolução Francesa (revolução burguesa), em 1789¹⁰, para a qual a propriedade representava um dos direitos inafastáveis do homem, ao lado da liberdade e da igualdade.

Conforme a visão que se erigiu, a propriedade exprimia o poder mais absoluto e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa, havendo, apenas, a limitação mínima referente ao uso proibido por lei. Entretanto, tais contornos exacerbados não podem ser compreendidos se

⁶ LIMA, op. cit., p. 17.

⁷ GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992, p. 74, apud ibidem, p. 22.

⁸ Ibidem, p. 22.

⁹ Não se pretende, com o uso de expressões que denotam sucessão, apresentar tais períodos históricos como estanques e abruptos. Não se ignora a inafastável interferência mútua nem o vagar das mudanças. A opção por essa forma de apresentar o desencadear dessa evolução, portanto, deu-se apenas por fins metodológicos, para melhor se alcançar o escopo deste trabalho, ademais de não perder de vista a objetividade e concisão.

¹⁰ “A Revolução Francesa foi um período decisivo na formação do Ocidente moderno. Ela implementou o pensamento dos filósofos, destruiu a sociedade hierárquica e corporativa do Antigo Regime, promoveu os interesses da burguesia e acelerou o crescimento do Estado moderno. Assim, a Revolução Francesa enfraqueceu a aristocracia. Eliminados seus direitos e privilégios feudais, os nobres tornaram-se simplesmente cidadãos comuns. Ao longo do século XIX, a França seria governada pela aristocracia e pela burguesia; as posses, e não a ascendência nobre, determinavam a composição da nova elite governante.”. PERRY, Marvin. **Civilização ocidental: uma história concisa** / Marvin Perry; tradução Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 348.

descontextualizados. É o que provoca a prudente ressalva feita por João Luis Nogueira Matias:

Esta perspectiva não pode deixar de ser considerada em qualquer abordagem crítica sobre a matéria. A condição absoluta da propriedade somente pode ser entendida como forma de superação da realidade pré-revolucionária, portanto vinculada ao contexto de sua época, o que explica os seus excessos. A manutenção desta perspectiva parcial, entretanto, somente pode ser justificada pelo aspecto ideológico de que se revestiu a doutrina liberal. Os seus excessos formataram as linhas básicas de sua modificação.¹¹

Dessa arte, importante deixar claro, na linha do historicismo aqui referenciado, que o direito de propriedade retratado por um viés absolutista é construção de uma época, a moderna, e reflexo direto de uma concepção fundamentalmente egoísta e individualista desse direito, mas que não deve ser compreendida apartada das filigranas particulares do período.

Por esse olhar, o que se observava era a preocupação precípua com os interesses de seu titular, restando quase que totalmente esquecidos os sujeitos passivos, simples portadores de obrigações, em especial a de respeito incondicional aos direitos do proprietário.

Contribuiu para tal, do ponto de vista histórico, a preferência pelos códigos, vistos sob uma concepção de completude e delineadores de um sistema abstracionista, já que, no Estado de Direito Liberal, a abstração era uma característica básica da lei. Esse movimento de codificação do direito, portanto, que sofreu grande influência do pensamento do Iluminismo e do Racionalismo, buscava um direito suficientemente neutro e mais apto à universalização.

O que se via à época, então, era a idéia de que as constituições deveriam se responsabilizar por garantir as liberdades no campo político, enquanto os códigos deveriam regular as liberdades no âmbito civil, campos esses, frise-se, que deveriam remanescer separados e autônomos. Eram marcantes, no perfil moderno de propriedade, os contornos de individualismo e liberalismo, portanto.

1.2 Teoria da Função Social

Novos ventos sopraram e, mais uma vez, agora na contemporaneidade, o direito de propriedade é redesenhado. Desse turno, essa nova conformação surge, ao final do século XIX, mesmo como contra-argumento aos movimentos antipropriedade privada, deflagrados tanto na seara filosófica, quanto na política.¹²

¹¹ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

¹² LIMA, op. cit.

Advém, assim, a teoria da função social, pela qual o direito de propriedade não mais possui uma faceta absoluta, devendo, pelo contrário, sujeitar-se ao cumprimento dessa função social. Muito bem contextualizando essa evolução, Guilherme José Purvin de Figueiredo apresenta o solo fértil do qual frutificou essa teoria:

Constitui um marco histórico na evolução jurídica do direito de propriedade a teoria de Leon Duguit que, fortemente influenciado pela teoria positivista de Augusto Comte, nos oferece o conceito originário de *função social da propriedade*. Seu pensamento, assim como a doutrina social da Igreja Católica Romana, o Constitucionalismo Social de Weimar e do México e o Socialismo constituíram importantes influências para a evolução do novo conceito de função social da propriedade.¹³

Apenas se pincele que Duguit, em sua teoria, partiu de uma concepção do Direito como resultado constante e espontâneo dos fatos, não representando mera obra do legislador; foi a partir da necessidade de superação das concepções individualistas do direito privado que, influenciado pelo positivismo de Augusto Comte, elaborou a noção primeira de função social, segundo a qual cada indivíduo tem determinada função a cumprir em sociedade. Também transportou sua teoria para o campo patrimonial, sustentando que a propriedade não teria mais um caráter absoluto e intangível¹⁴.

Assim, no que se refere a essa concepção primeira, forjada por Duguit, vale destacar, como relevante particularidade, seu propósito marcadamente conservador, conforme pode ser apreendido da lição abaixo transcrita:

A concepção de função social da propriedade está presente na filosofia positivista, que leva sempre o ponto de vista social em oposição à noção de direitos individuais. O conceito de função social da propriedade não guarda, porém, qualquer afinidade com o pensamento socialista, seja na obra de Comte, seja na de Duguit. O cumprimento das funções sociais destina-se a pacificar relações sociais estabelecidas dentro de um sistema de rígida hierarquia e de perpetuação de desigualdades (...). Para que a doutrina de Comte mantenha-se íntegra, é conveniente a divisão entre empresários e trabalhadores, a existência de um proletariado e a subordinação do campo à cidade. O paralelo entre a ideologia positivista e o funcionamento da máquina na produção em escala é evidente.¹⁵

Como já mencionado, igualmente importante foi o pensamento social da Igreja Católica Romana. Primeiro com a Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, de 15 de maio de 1891. Posteriormente, veio a *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, em 15 de maio de 1931, também

¹³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2005, p. 69.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 71.

merecendo menção a *Mater et Magistra*, de João XXIII, em 15 de maio de 1961 e a *Populorum Progressio*, de Paulo VI, datada de 26 de março de 1967. Em linhas gerais,

A doutrina social católica apresentava-se como uma resposta ao que entendia constituir uma injustiça dos marxistas e cuidava de uma teoria específica sobre a função social da propriedade, a partir de dois pressupostos: a) o reconhecimento da validade necessária do direito à propriedade privada; b) a proposição de processos morais e religiosos para a repartição eqüitativa da riqueza.¹⁶

Destarte, percebe-se que essa mais efetiva influência da Igreja Católica, já que ingerências mais remotas, conquanto mais brandas, podem ser identificadas, deu-se a partir do final do século XIX e início do século XX^{17 18}, apresentando-se, ademais, como antagonismo ao avanço socialista.

Desse momento histórico, importante extrair que a sociedade restava exposta a fortes transformações, motivadas pelo incremento da produção e do consumo em massa, traços da sociedade industrial; essa conjuntura de supervalorização da produção que, entre outras conseqüências, dava amplitude à opressão do homem pelo homem, à utilização da liberdade formal para oprimir os fracos, o que, por evidente, acabou suscitando reações contra essa supervalorização do indivíduo¹⁹.

Tanto a doutrina católica quanto a socialista, por conseguinte, a despeito de seus antagonismos (a primeira intentava fazer subsistir, como já se anteviu, a propriedade privada), não podem ser apartadas desse contexto.

Conseqüentemente, percebe-se que um dos caminhos percorridos por essa reação foi o que trilhava rumo à liberdade e igualdade material. Tal abalo nas estruturas do paradigma então vigente repercutiu inevitavelmente na propriedade privada, pois, fosse com ou sem ela, não mais eram aceitas a liberdade e a igualdade puramente formais, forjadas pela abstração do Estado Liberal de outrora.

Assim, a fim de complementar essa breve contextualização, necessária a alusão à Revolução Soviética e ao Constitucionalismo social de Weimar e do México, já que, ainda no início do século XX, mais precisamente em sua segunda década, três grandes eventos

¹⁶ Ibidem, p. 74.

¹⁷ “De acordo com Stefano Rodotà, o precedente mais notável do moderno conceito de função social da propriedade seria a concepção cristã da propriedade, com sua forma peculiar de especular sobre a *bonum commune*”. RODOTÀ, 1990, apud FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS, 2005, p. 74.

¹⁸ “Todavia, em termos objetivos, a influência efetiva da Igreja Católica na formação desse conceito deve ser buscada em elementos historicamente mais próximos. Visando refutar a doutrina socialista sobre a propriedade privada, a Encíclica ‘Rerum Novarum’, do Papa Leão XIII sustentava que o socialismo tiraria ao operário a liberdade de empregar os seus salários na aquisição de uma propriedade privada.” FIGUEIREDO, op. cit., p. 74.

¹⁹ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit.

históricos, no México, na Alemanha e na Rússia, erigiram uma nova visão social do direito de propriedade.

À 5 de fevereiro de 1917, a Constituição Mexicana, sem romper em definitivo com o sistema capitalista, apresenta-se como a primeira constituição a sistematizar conjuntamente os direitos sociais do homem, além de estabelecer novos parâmetros para o exercício do direito de propriedade.

Como consequência dos novos tempos, a Constituição mexicana, de forma pioneira, em 5 de fevereiro de 1917, fixa novos parâmetros para o exercício do direito de propriedade, estabelecendo, em seu artigo 27, a idéia de que a nação terá o direito de impor à propriedade privada as limitações exigidas pelo interesse público, assim como pode regular, em benefício de todos, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, com a finalidade de realizar distribuição eqüitativa da riqueza pública, cuidar de sua conservação, obter o desenvolvimento equilibrado do país e melhorar as condições de vida da população urbana e rural.²⁰

Ainda em 1917 era desencadeada a Revolução Soviética, na Rússia, que, em pouco mais que três décadas, repercutiu como o maior movimento revolucionário da história. Ideologicamente sustentada nas idéias de Marx, Engels e Lênin, não só se propôs a reformar o regime capitalista, mas também a reformular tanto sociedade quanto Estado, com o objetivo de libertar o homem de qualquer forma de opressão.

Por derradeiro, em meio ao que Paulo Bonavides denomina de “A crise constitucional do Estado Liberal”²¹, adveio a Constituição de Weimar²², primeiro texto constitucional a consagrar o princípio da função social da propriedade.

1.3 Nova abordagem do direito de propriedade

Levantados os principais pontos necessários a uma mínima contextualização de como se deu a gestação da teoria da função social e de suas implicações para a discussão do direito de propriedade, cabe retomarmos os apontamentos feitos brevemente quando do início deste capítulo, observando com mais precisão que o reconhecimento da propriedade como elemento essencial ao desenvolvimento digno e completo do ser humano demonstra a

²⁰ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed São Paulo:Malheiros.1993.

²² “O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-principiológicas, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão.”. Ibidem. p. 206-207.

importância desse debate, de transparente reflexo socioeconômico. O mérito não está em reconhecer a importância dela para nós, mas em redefinir o que seja o direito de propriedade, à luz da função social.

Importante, entretanto, notar, mesmo sabendo que “O vínculo existente entre o conceito de propriedade e do seu direito respectivo é tão intenso que alguns juristas não hesitam em amalgamá-los”²³, que “a propriedade não se confunde com o direito de propriedade, vez que este tem seus limites estabelecidos pela ordem jurídica, estando vinculado ao momento histórico e às condições políticas e sociais vigentes”²⁴.

Essa idéia é perfeitamente inteligível depois do desenvolvimento realizado acerca da historicidade desse direito. Portanto, firme nessa linha, o direito de propriedade, redesenhado na contemporaneidade, traz consigo uma intersubjetividade ativa: as prerrogativas facultadas ao sujeito ativo, o proprietário, não fazem decorrer mera imposição aos sujeitos passivos, a coletividade, os não-proprietários, mas estabelecem, também, direitos aos que compõem o pólo passivo dessa relação (poder-se-ia dizer que também passam a deter polaridade ativa).

Foge-se, então, percebe-se, da concepção clássica, que colocava os sujeitos passivos como meros expectadores, sujeitos das obrigações, reconhecendo-lhes, então, direitos oponíveis ao proprietário. No bojo desse debate, como ficou demonstrado, ganha relevância a teoria da função social, que se revela verdadeiro norte principiológico à propriedade e aos demais institutos de direito privado.

Dessa forma, muito graças à importância cada vez maior que foi conferida ao pensamento de socialização do direito, observou-se que a propriedade, no período romano justificada por sua origem, e, no período moderno, marcadamente individualista, caminhou rumo a uma nova idéia de propriedade função.

Ademais, da contemplação dos fatos sociais e históricos que marcaram o século XX, observamos que houve uma maior intervenção estatal nas atividades econômicas. A autonomia privada viu sua abrangência mais restringida por limitações impostas por normas de ordem pública^{25 26}.

²³ Ibidem, p. 37.

²⁴ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

²⁵ Apenas cabe a observação de que com tal argumento se quer enfatizar a maior proeminência alcançada pelos assuntos sociais, em detrimento de um visão antes praticamente inebriada por ponto de vista individualista. Em momento algum se quer colocar em dúvida a distinção existente, no que diz respeito especificamente à propriedade, entre função social e limitações ao direito de propriedade, que, por sua vez, podem ser de Direito Público ou de Direito Privado.

²⁶ “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.”. RENNERT, Karl, apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª São Paulo: Ed. Malheiros., 2007. p. 281-282.

Repise-se, sem desmerecer os devidos papéis de outras correntes de pensamento, como já abordado acima, a grande significância do papel desempenhado pela Igreja Católica, que reconheceu a necessidade de se estabelecer, por motivos econômicos e éticos, uma adequação do conteúdo da propriedade às relações sociais, de forma a subordiná-la ao bem comum.

Claro é, então, o debate travado para redesenhar o conteúdo desse direito, redimensionando seu aspecto conceitual.

No que tange a esse último ponto, conflitante é a questão da existência ou não de polarização entre a função social da propriedade e as tradicionais faculdades do domínio (usar, gozar, e dispor dos bens). O que é fundamental a esse debate é justamente o ponto de vista que defende a conformação entre ambas, levando em conta que, embora de origem privada, sobre a propriedade incidem conceito e motivação públicos, de bem estar coletivo, muito bem colocado por Getúlio Targino Lima:

Até porque não existe antinomia entre função social da propriedade e a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens. O pensamento que estabelece indisposição entre faculdades tradicionais do domínio e a função social assim o faz porque não consegue entender que a função social, em sua autonomia conceitual, atua dentro de outro conceito: o de direito subjetivo. Ocorre que uns desejam enfatizar a autonomia do direito público e outros a do direito privado, no que respeita ao direito de propriedade, deslembrados de que, embora na fonte, seja de origem privada, a propriedade, todavia, é interpenetrada por conceito e motivações públicos, de bem estar coletivo, estabelecendo-se uma proveitosa simbiose, da qual a propriedade não pode escapar.²⁷

Facilitando a compreensão do princípio da função social, e em complemento à exposição de Lima, brilhante e precisamente expõe José Afonso da Silva:

Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condicionando-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender como os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se – e sempre se apoiaram – em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. (...) constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.²⁸

À análise do direito de propriedade também surge a problemática da aparência desse direito, que, a despeito do caráter formal, depende de mecanismos aparentes que gerem sua titulação, o legitimem.

²⁷ LIMA, op. cit., p. 57.

²⁸ José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª São Paulo: Ed. Malheiros., 2007. p. 283.

Assim, na seara dos bens corpóreos, a posse se apresenta como instituto autônomo que evidencia o conteúdo material da propriedade de bem imóvel, por exemplo. Note-se que isso não retira o valor do instituto por si, já que, mesmo que decorrente da propriedade, produz seus efeitos particulares. Tanto a posse quanto a propriedade não têm sua natureza jurídica de direito desnaturada pelo caráter de exteriorização fática que as envolve.

Já no campo dos bens incorpóreos, pode ser mencionado, por ilustração, o caso do privilégio concedido a inventores. José Afonso da Silva, quanto a esse aspecto, afirma:

Está submetido ao princípio da função social. Uma vez patenteado, o invento terá que ser posto em funcionamento pelo próprio inventor ou por terceiro, mediante concessão (...) da licença para sua exploração. (...) A propriedade de marcas, de nomes de empresas e distintivos também, pela Constituição, fica submetida ao interesse social.²⁹

Presente trabalho melhor abordará a questão dos direitos intelectuais em capítulo adiante.

1.4 Direito de propriedade e a teoria da função social no constitucionalismo brasileiro

À luz da atual Constituição, é garantido o direito de propriedade, ao mesmo passo que se lhe impõe o cumprimento da função social. É exatamente a questão dos mecanismos aparentes, supramencionada, entre os quais, em relação à propriedade de bens corpóreos, se apresenta a posse.

Dessa forma, a necessidade de reconhecimento de uma função social da propriedade apresenta-se como elemento essencial, inclusive com o legislador passando a prever dispositivos nessa direção em nossos textos constitucionais.

Na Constituição de 1934, que, inserida no constitucionalismo pós Primeira Guerra Mundial, foi influenciada pela Constituição de Weimar, passou-se a considerar as minas e demais riquezas do solo como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Além disso, o direito à propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, tratando, assim, indiretamente, da função social da propriedade.

Já na Constituição de 1946, a abordagem foi mais objetiva, sendo exigido que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social, preconizando que se promovesse a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Porém, sua efetivação

²⁹ Ibidem, p. 278.

se viu tolhida, vez que a inserção desse dispositivo se deu através de uma norma programática de eficácia limitada, dependente de legislação infraconstitucional, que não foi editada de modo satisfatório.

Na Carta Política de 1967, não alterada, nesse ponto, pela Emenda Constitucional de 1969, foi utilizada, pela primeira vez, a expressão "função social da propriedade", apresentada como princípio fundamental da ordem econômica e social.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 trata da função social da propriedade, em vários momentos do seu texto, sendo o mais importante os veiculados pelo artigo 5º, XXIII³⁰, localizado entre os Direitos e Garantias Fundamentais, que obriga a uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico com base nesta garantia. Esses dispositivos ainda são considerados cláusulas pétreas, por força do art. 60 § 4º, não podendo, assim, enquanto vigorar a Constituição de 1988, ser alterados, restando bastante clara sua importância fundamental.

Por conseguinte, a função social da propriedade privada, da forma como posta na Constituição de 1988, é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-la a certo objetivo de interesse coletivo, não agindo egoisticamente.

Desse modo, legítimo é o interesse individual quando caminha de mãos dadas com o interesse social; o exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido de utilidade, não somente para si, mas para todos. Respondendo à indagação de quais seriam tais interesses sociais, Nogueira Matias se posiciona no sentido de que:

Tais interesses são os eleitos pelo legislador constituinte: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, a teor dos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal. A propriedade funcionalizada é meio para o alcance dos fins antes descritos.³¹

Outro dispositivo que igualmente contempla o princípio em questão é o artigo 182, § 2º³², para o qual a propriedade urbana, especificamente, tem que cumprir as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, sob pena de sofrer penas sucessivas capazes de obrigar o proprietário a adequar a sua propriedade às normas de organização da cidade, como, por exemplo, o parcelamento ou edificação compulsórios, o

³⁰ Art. 5º, XXIII, CF/88 – “a propriedade atenderá a sua função social;”.

³¹ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

³² Art. 182, § 2º, CF/88 – “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”.

imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos públicos.

No que se refere à propriedade rural, o artigo 186 trata de requisitos objetivos para identificar o cumprimento da função social como: o aproveitamento racional e adequado da terra; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; e a observância das obrigações trabalhistas do proprietário para com os empregados.

Tais requisitos têm que estar presentes simultaneamente na propriedade rural para que sua função social seja caracterizada; assim, mesmo que a propriedade preserve o meio ambiente e seja produtiva, se não respeitar as leis trabalhistas nem gerar empregos não estará cumprindo sua função social, sendo passível de desapropriação.

Ou seja, até este ponto, foi possível ilustrar uma série de expressas previsões constitucionais, além de alguns exemplos de limitações do direito de propriedade, todas visando a que esse direito não se desnature por inobservância de sua função social.

Em outro momento, na Constituição de 1988, a propriedade e a função social da propriedade são tratados como princípios da ordem econômica, quando do artigo 170, II e III³³. Demonstra que a função social legitima e justifica a propriedade, se tornando tal princípio indispensável à realização do fim da ordem econômica fundada no trabalho humano e na livre iniciativa.

Em verdade, melhor esclarecendo tal acomodação e traçando um paralelo com as referências feitas pelo art. 5º, além de referenciar o art. 1.228, parágrafo primeiro, do Código Civil Brasileiro de 2002, João Luis Nogueira Matias afirma que “a dupla previsão do direito de propriedade na Constituição Federal atende a objetivos diferentes, sendo protegida a propriedade como forma de realização pessoal (direito à propriedade) e como instrumento para o exercício da atividade econômica (direito de propriedade)”.³⁴

Corroborando essa idéia, assevera a opinião de que nosso ordenamento jurídico não mais comporta uma visão do direito de propriedade como direito subjetivo, absoluto e egoísta, razão mesma pela qual essa dupla menção da Constituição atende a objetivos diversos, suprareferidos: no art. 5º estaria a veicular uma concepção ético-jurídica, enquanto no art. 170

³³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(...)”

³⁴ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

e no dispositivo do Código Civil, o direito de propriedade seria assegurado como instrumento para o exercício da atividade econômica, ou seja, direito à propriedade e direito de propriedade respectivamente.

Assim, possível concluir que a propriedade deve ser vista como meio de efetivação da dignidade da pessoa humana num plano individual, respeitando, ademais, em vista de seu caráter intersubjetivo, o proveito social dos diversos bens e recursos econômicos disponíveis.

Não se pode esquecer que a Ordem Constitucional brasileira, como um todo, gira em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, inimaginável uma relação jurídica onde exista, tão só, o sujeito ativo, para quem convirjam todos os direitos, faculdades e vantagens, e o sujeito passivo responsável pela obrigação de não obstar o pleno exercício das prerrogativas do dono.

Desse modo, no pólo passivo dessa relação deve figurar um sujeito também titular de direitos, que defluem do novo conteúdo do direito de propriedade, um direito que deve ser substancial, nunca se afastando do atendimento dos interesses coletivos. Deve haver, portanto, verdadeira simbiose de interesses proprietários e não proprietários.

Além disso, a propriedade só passa a ser justificável socialmente quando levada em conta sua funcionalidade, necessitando estar finalisticamente direcionada a assegurar a dignidade da pessoa humana.

Por fim, dentro de um contexto de publicização do direito privado, deve-se entender que a função social tem sua origem no próprio direito privado, entretanto, suas balizas são fixadas pelo poder público, segundo as necessidades sociais havidas como mais prementes. Seu conteúdo, também importa dizer, não será o mesmo para todos os bens, competindo à lei, à Constituição, ou mesmo à dedução feita de princípios constitucionais defini-lo.

2 UMA PERSPECTIVA PARA O DIREITO DE PROPRIEDADE E PARA OS DIREITOS INTELECTUAIS

Inicialmente, necessário de logo situar que o ponto de partida da perspectiva que se objetiva lançar aqui são os novos contornos da propriedade, desenvolvidos nos tópicos anteriores deste trabalho. Ademais, em que pese às discussões acerca de serem os direitos intelectuais propriedade ou não, para fins desse trabalho preferir-se-á, para melhor visualização do instituto, um ponto de vista mais pragmático, trazido como contribuição da doutrina econômica para a análise da propriedade, sem perder de vista o tratamento, tanto legal quanto constitucional de tais direitos, como propriedade sendo.

Assim, a base para tal compreensão é entender a propriedade, melhor seria dizer o “apropriar-se”, como fenômeno que se observa partindo do ser humano desde tempos remotos, decorrente da necessidade de subsistência desse ser, sendo posteriormente regulado a fim de regular a convivência social de forma mais harmoniosa. Afinal, “Desde os primórdios, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais por intermédio da apropriação de bens. (...) sendo inerente a qualquer ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens”.³⁵

Sobre a relevância de trazer ao debate dos contornos do direito de propriedade uma nova perspectiva, e com arrimo no que já anteriormente exposto acerca dos contornos desse direito e da teoria da função social, interessa colocar que “a propriedade sob uma ótica econômica é uma forma de alocação de recursos. Mais ainda, a propriedade encontra fundamento e razão de ser no critério de eficiência de alocação de recursos”³⁶.

Afirmando que tal perspectiva deflui de contribuição da doutrina americana que, em perspectiva utilitarista³⁷, traz justificativas tais como a teoria dos custos de exclusão e *tragedy*

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5ª Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2008 p. 171-172.

³⁶ MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso. Repensando o direito de propriedade. **Anais do XV CONPEDI – Manaus**, Florianópolis: Fundação Boitex, 2006.

³⁷ “O utilitarismo foi inicialmente introduzido por filósofos como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, nos séculos XVII e XVIII. De forma geral, buscava considerar que são desejáveis políticas públicas que maximizam a utilidade social, ou seja, que promovem uma melhoria para uma maior quantidade de pessoas.

Aplicadas à propriedade intelectual, as teorias utilitaristas de justificação, por sua vez, não possuem um foco no apelo moral de atribuição de propriedade dos bens intelectuais aos seus criadores. O foco é a relação custo-benefício para a sociedade que advém da outorga das exclusividades.”. ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado.. Curso de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará CE. 2008. p. 54.

*of the commons*³⁸ (com base na qual também se desenvolveu, posteriormente, a teoria *tragedy of the anti-commons*³⁹), João Luis Nogueira Matias destaca a importância de tal ponto de vista à análise do tema ao afirmar que “A fundamentação econômica do direito de propriedade, que a justifica como o instrumento para garantir o uso mais eficiente dos bens, enseja novo paradigma na compreensão do problema, que passa a ser visualizado de forma mais aberta e democrática”.⁴⁰

Mencionada perspectiva, que, ademais de corroborada por toda evolução aqui já apresentada, também a complementa, faz com que se observe que o direito de propriedade não nasceu para ser algo absoluto ou mesmo potestativo, como outrora já foi admitido. O direito de propriedade surgiu para regular o fenômeno propriedade, o qual, por sua vez, manifestava-se fazendo com que os indivíduos se movimentassem de forma a amealhar o que necessário ao seu pleno desenvolvimento.

Por evidente que tal movimentação poderia se exprimir de formas desordenadas, gerando exageros prejudiciais à coletividade como um todo e, por via oblíqua, também ao próprio indivíduo. Justamente daí a necessidade de regulamentação. Apresenta-se, portanto, nessa ótica, o direito de propriedade como um direito de exclusividade necessário à delimitação do uso dos recursos disponíveis ao homem, valendo frisar que é o direito de propriedade o real objeto desse redimensionamento e não a propriedade em si. Ou seja, o objeto dessa mudança de paradigma é o direito de propriedade como mecanismo de intervenção no campo econômico.

Destarte, fica mais simples perceber a concepção hodierna da relação estabelecida pelo direito de propriedade: intersubjetiva, complexa e pautada pelo princípio da função social. Especificamente no que concerne a esse último atributo,

(...) em verdade, não há uma função social da propriedade no sentido de que a propriedade (a clássica liberal) deve ser posta a uma função social. A propriedade já se origina e é uma função social. Uma forma de alocação de recursos e riquezas de forma a maximizar a eficiência de geração de riquezas e desenvolvimento humano.

⁴¹

³⁸ O que é importante aqui reter de tal teoria é o argumento de que um sistema institucionaliza de exclusão se apresenta mais vantajoso do que os custos de exclusão despendidos individualmente. Isso porque, de início, a abundância dos recursos não demandava maiores custos para excluir terceiros, ao contrário do que passou a se verificar à medida que a vida social se tornava mais complexa e os bens, mais escassos, em face da demanda cada vez maior.

³⁹ Essa, por sua vez, seria gerada por um extremo de regulamentação, de direitos de exclusão, o que acabaria desvirtuando seus propósitos originais de otimizar a utilização econômica dos recursos.

⁴⁰ WACHOWICZ; MATIAS, op. cit., p. 95-126.

⁴¹ Ibidem.

Neste trabalho, enfatizar essa concepção de propriedade como mecanismo de alocação de recursos com um fim otimizador de desenvolvimento e dignidade também é importante para mitigar a discussão sobre a existência de uma multiplicidade de espécies de propriedade ou de apenas uma única, desdobrada, entretanto, em diferentes estatutos. Restando clara, portanto, a perspectiva do direito de propriedade como uma maneira de tornar mais eficiente a acomodação de riquezas e recursos, tem-se por mais conveniente falar-se em apenas uma propriedade, a qual, no entanto, é dotada de complexidade.

Nessa linha, Getúlio Targino Lima afirma que:

A noção de uma unidade complexa se nos afigura mais apropriada, posto que conserva um vínculo primário, com a idéia de propriedade, sem desprezar o fato de que diversas situações, seja em razão do objeto seja em razão do sujeito proprietário geram regulamentações específicas, ou como querem alguns, estatutos específicos, sem que precisemos denominá-los a cada um de uma propriedade autônoma e independente, sem partir de uma fonte geral.⁴²

Assim, conforme a maneira como esse fenômeno se expresse, levando-se em conta as idiosincrasias subjetivas e objetivas, será merecedor de regulamentação especial.

2.1 Direitos intelectuais e suas peculiaridades

Poder-se-ia afirmar que os direitos de propriedade intelectual, que normalmente conferem a seus titulares o direito não sobre um bem corpóreo, por meio do qual se expressam as criações do gênio, do intelecto, mas sobre o ato mesmo da criação, idealmente considerada, dizem respeito a bens incorpóreos, também alcunhados de imateriais ou intangíveis.

Propriedade intelectual, portanto, é termo genérico (pode-se referir, por exemplo, aos direitos de propriedade industrial e aos direitos do autor como ramos mais especializados, ainda que propriedade intelectual também sejam), que alberga a proteção de bens imateriais decorrentes da atividade inventiva humana em variados campos, tais como o científico, industrial, artístico-cultural e econômico.

Neste ponto, introduzida a temática dos bens incorpóreos, vale lançar algumas ponderações acerca das particularidades dos direitos intelectuais a este trabalho mais pertinentes, a fim de mais firmemente se poder concluir acerca de seu enquadramento ou não como propriedade, bem como da necessária observância de uma função social, que, sendo-lhe interna, adstrinja-se a suas particularidades objetivas.

⁴² LIMA, op. cit., p. 115.

Inicialmente, cumpre observar a distinção entre exclusividades. Melhor se explique: ao contrário do que ocorre com a “tradicional” propriedade sobre bens corpóreos, cujo atributo da exclusividade é natural, na propriedade intelectual, a exclusividade é artificial, ela é jurídica, uma vez que não é possível excluir terceiros de determinada informação tão logo seja retirada da clausura do segredo. Além disso, um segundo ponto que merece atenção é o da não rivalidade dos bens intelectuais, pois sua utilização não gerará o esgotamento do recurso imaterial.

Interessante e objetiva a contribuição de Fábio Gabriel de Oliveira, quando tratando da tutela conferida aos inventos e criações industriais, para quem, “Trata-se de uma medida de internalização de externalidades positivas das criações industriais, a fim de incentivar o desenvolvimento tecnológico e científico (...)”⁴³.

Para mais precisar o que mencionado acima, convém introduzir breve explicação cuja base é a teoria de Harold Demsetz⁴⁴. Assim, “externalidades” seriam os efeitos causados a terceiros em virtude da utilização de um recurso econômico. Por “externalidades negativas” são entendidas aquelas que acarretam custos para terceiros. Poluição industrial seria um exemplo. Já “externalidades positivas” seriam as que redundassem em ganhos para terceiros ou coletividade sem a total apropriação ou retorno para quem exerce a atividade. Já a “internalização” seria a apropriação do custo ou do benefício por quem o originou.

Exemplificativamente, aquele que paga indenização por poluição industrial causada, que representa custos ao meio ambiente e à sociedade, “internaliza” “externalidades negativas”. Voltando ao exemplo das criações industriais mencionado por Oliveira, há a “internalização” de “externalidades positivas”, já que o gerador da criação irá se apropriar de benefícios que gerou.

Tomando tais particularidades fica mais fácil compreender que a formatação de um sistema de propriedade intelectual não deve ser a mesma que de um de propriedade para bens materiais. “De fato, a preocupação do sistema de propriedade intelectual não é com a sobre-utilização ou esgotamento dos bens imateriais, mas sim com a quantidade de incentivos necessários à produção dos mesmos”.⁴⁵

⁴³ OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. O Ativo Intangível dos Bens Imateriais e da Organização Produtiva da Empresa como Atributo do Estabelecimento Empresarial. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Brasília**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁴⁴ DEMSETZ, Harold, 1967 apud ROCHA, op. cit.

⁴⁵ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais**: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Curso de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, CE, 2008. p. 93.

Ainda é interessante colocar que muitos apontam a propriedade intelectual como monopólio constitucional. Afonso de Paula Pinheiro Rocha, no que pertine a esse ponto, explica que, a despeito de não serem os monopólios acolhidos por nosso Ordenamento Constitucional como uma bem vinda regra, este, em seu bojo, expressamente traz exceções. São situações de monopólio constitucionalmente previstas e, por isso mesmo, toleradas. Mas vai mais além, trazendo abalizados posicionamentos que distinguem os monopólios convencionais, cujo foco é a própria atividade exercida, ou seja, a empresa, da proteção constitucional conferida à propriedade intelectual, que observa a exclusividade de aproveitamento de uma criação intelectual, mas sempre no limite do necessário ao estímulo da inovação.⁴⁶

Outro aspecto extremamente relevante para bem delimitar a discussão seria, em sede do que Denis Borges Barbosa⁴⁷ denomina de “Tensão Constitucional quanto à Propriedade Intelectual: a liberdade Constitucional da concorrência”, a análise do alcance dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, constitucionalmente previstos no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, inserido no Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira.

Isso porque tais preceitos transparecem haver sido a vontade do constituinte reservar uma esfera de autonomia e independência do setor privado em face do Estado, para atuação mais livre no âmbito econômico (livre iniciativa) ou mesmo em âmbito mais específico, como o é o da concorrência de mercado (livre concorrência). De fato, essa foi sua vontade, mas tomou a cautela de não afastar tanto o Estado que permitisse ao setor privado o cometimento de arbitrários excessos ou mesmo que não pudesse incentivar os particulares no desempenho de suas empresas na seara econômica. Vale, portanto, transcrever magistral lição de Rocha:

A idéia de livre iniciativa reflete tanto um valor como um princípio. Enquanto valor refere-se ao ideal, à busca de uma ordem social aberta e democrática que permita o acesso, permanência e retirada de todos aqueles que desejam desenvolver determinada atividade econômica. Esse valor se relaciona com uma idéia de liberdade, de desnecessidade de permissão para atuar no mercado.

Já enquanto princípio, a livre iniciativa adquire um caráter normativo, consubstanciando-se numa norma de elevada abstração que visa exatamente resguardar o “valor livre iniciativa”.

(...)

A livre iniciativa impõe obrigações de cunho negativo e positivo para o Estado. As de perfil negativo relacionam-se com a não intervenção do Estado, salvo nos casos

⁴⁶ Idem. Implicações do Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência sobre o Perfil Constitucional da Propriedade Intelectual. **Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI – Salvador**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁴⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003.

determinados na própria constituição, criando-se e respeitando-se um espaço de autonomia da esfera privada. Já as obrigações de perfil positivo impõem ao ente público tomar medidas de modo a assegurar a própria existência e “fertilidade” desse âmbito privado, adotando medidas de estímulo à economia e ao desenvolvimento privado.⁴⁸

O que se pode concluir, portanto, analisando a específica exclusividade dos direitos de propriedade intelectual, que é conferida artificialmente por imposição jurídica que deflui da própria Constituição de 1988, confrontada com os princípios suprarreferidos, ademais dos outros princípios da ordem econômica, é que deve haver uma harmonização entre ambos.

Ou seja, o constituinte, entendendo que tais direitos possuem atributos tais que representam direitos que moldam o próprio processo produtivo e a economia, decidiu tutelar os limites da proteção por ele mesmo conferida, de forma a possibilitar tanto o estímulo da iniciativa privada, que, sem dúvida, necessita recuperar os investimentos despendidos para desenvolvimento de uma nova idéia, quanto a fim de evitar que a regulamentação seja tão excessiva que acabe por mitigar ou mesmo sufocar essa iniciativa, de forma difusa.⁴⁹

Daí partindo, quando se aborda a questão da propriedade intelectual, portanto, por mais que se problematize sua classificação como propriedade, ao se falar em direitos intelectuais, está-se falando em direitos de exclusividade, os quais não estão alijados da perspectiva econômica dada ao fenômeno da propriedade.

Tal ordem de direitos, conseqüentemente, não foge ao já mencionado conceito de mecanismo destinado à alocação de recursos e riquezas, vez que também o são. Como já se observou, não se deve falar em variegadas modalidades de propriedade, com a conseqüente fragmentação do instituto. O que se verifica é ser o direito de propriedade uma unidade complexa, existindo, isso sim, em face das diferentes circunstâncias que cercam o sujeito proprietário e a coisa objeto da propriedade, pluralidade de estatutos proprietários, bem como de requisitos para o cumprimento da função social.

Essa concepção é de extrema importância quando são abordados os direitos intelectuais, que, complementando o raciocínio do parágrafo anterior, merecem estatutos próprios, a regulamentar as diferentes manifestações dos bens intangíveis. Muito lúcido é o ponto de vista de Paulo Luiz Neto Lobo, segundo o qual:

A concepção de propriedade, que desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica,

⁴⁸ ROCHA, op. cit. p. 222-223.

⁴⁹ Relevante a observação de que “a concorrência efetiva, enquanto mecanismo de proteção ao consumo e ampliação de acesso aos produtos, é o valor salvaguardado em nível constitucional.”. Ibidem, p. 224.

abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de software transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.⁵⁰

⁵⁰ LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 107.

3 ACESSO À BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1 Rearranjo global

A ênfase a essa forma de encarar os direitos intelectuais, conforme exposto no capítulo precedente, surge em um contexto de uma inafastável globalização, tanto econômica quanto sócio-cultural, muito mais feroz, por exemplo, do que a incipiente experiência das colonizações européias ou mesmo da expansão de Alexandre Magno, para os que procurarem suas raízes mais remotas. Fala-se em uma globalização feroz, drástica e veloz, vez que seu cenário principal é o século XXI, marcado por titânicos avanços tecnológicos, ademais de possuir facetas lançadas pela própria necessidade de reestruturação do sistema capitalista, aventadas ainda quando da revolução tecnológica iniciada no século que o precedeu.

Muito útil à compreensão desse momento ora apontado é a precisa lição de Manuel Castells⁵¹. Inicialmente, o cientista social aponta uma útil definição do que sejam modos de produção e modos de desenvolvimento. Os modos de produção, que, no século XX haveriam sido, predominantemente, o “capitalismo” e o “estatismo”⁵², e que seriam definidores das relações sociais de produção, decorreriam da interação entre as estruturas sociais e os processos produtivos, culminando com a determinação de regras para a apropriação, distribuição e uso do excedente.

Empós, realiza a explicação do que seriam os modos de desenvolvimento, merecendo conferir-se especial atenção aos enfoques que dizem respeito ao modo de desenvolvimento característico da sociedade contemporânea. Vale trazê-la em sua literalidade:

Dessa forma, os modos de desenvolvimento são os procedimentos mediante os quais os trabalhadores atuam sobre a matéria para gerar o produto, em última análise, determinando o nível e a qualidade do excedente. Cada modo de desenvolvimento é definido pelo elemento fundamental à promoção e produtividade no processo produtivo. (...) No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento de informação e de comunicação de símbolos.

⁵¹ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Volume 1 (A Sociedade em Rede). Tradução: Roneide Venâncio Majer. 12ª reimpressão. São Paulo: . Ed. Paz e Terra, 2009.

⁵² “No capitalismo, a separação entre produtores e seus meios de produção, a transformação do trabalho em *commodity* e a posse privada dos meios de produção, com base no controle do capital (excedente transformado em *commodity*), determinaram o princípio básico da apropriação e distribuição do excedente pelos capitaisitas). (...) No estatismo, o controle do excedente é externo à esfera econômica: fica nas mãos dos detentores do poder estatal (...). O capitalismo visa a maximização de lucros, ou seja, o aumento do excedente apropriado pelo capital com base no controle privado sobre os meios de produção e circulação. O estatismo visa (visava?) a maximização do poder, ou seja, o aumento da capacidade militar e ideológica do aparato político para impor seus objetivos sobre um número maior de sujeitos e nos níveis mais profundos de seus consciente.”. *Ibidem*, p. 52-53.

Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento de informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.⁵³

Apesar de esse fenômeno (redimensionamento da globalização) apresentar-se em sua maior pujança no presente século, não devem ser olvidadas suas raízes ainda nas duas últimas décadas do século passado, o XX, nem sua proximidade com um fenômeno de reestruturação do modo de produção capitalista, por meio desse novo modo de desenvolvimento acima apontado. Por essa razão, vale colher mais uma interessante abordagem feita por Manuel Castells, a saber:

(...) o fator histórico mais decisivo para a aceleração, encaminhamento e formação do paradigma da tecnologia da informação e para a indução de suas conseqüentes formas sociais foi/é o processo de reestruturação capitalista, empreendido desde os anos 80, de modo que o novo sistema econômico e tecnológico pode ser adequadamente caracterizado como *capitalismo informacional*.

(...)

Mas, nessa década (o autor reporta-se a de 90), houve um esforço mais decisivo a favor da desregulamentação, da privatização e do desmantelamento do controle social entre capital e trabalho, que fundamentou a estabilidade do modelo de crescimento anterior. (...) A inovação tecnológica e a transformação organizacional com enfoque na flexibilidade e na adaptabilidade foram absolutamente cruciais para garantir a velocidade e a eficiência da reestruturação. Pode-se afirmar que, sem a nova tecnologia da informação, o capitalismo global teria sido uma realidade muito limitada (...). Portanto, o informacionalismo está ligado à expansão e ao rejuvenescimento do capitalismo, como o industrialismo estava ligado a sua constituição como modo de produção.⁵⁴

Visto isso, não poderiam ser negados os benefícios em potencial que essa era traz a toda a humanidade. Ou seja, potencialmente, a sociedade do século XXI, do “capitalismo informacional”, tem em suas mãos as soluções para boa parte de suas misérias, ofertando, ademais, a possibilidade de um padrão de vida inimaginável há algumas décadas. Porém, essas mãos são avaras e relutantes em se abrir, restando todo esse progresso marcado por um custo muito alto, especialmente no que concerne aos ostracizados da sociedade tecnológica e de seus benefícios: a fração maior da humanidade.

Esse fenômeno, dessa forma, lança verdadeiro desafio à estruturação das relações internacionais entre Estados, grupos sociais, empresas e indivíduos. Assim,

“Embora permaneça a delimitação territorial do mundo em Estados-Nações, a multilateralização das relações internacionais, notadamente no contexto pós-Guerra

⁵³ Ibidem, p. 53-54.

⁵⁴ Ibidem, p. 55.

Fria, gera a multiplicação de temas não circunscritos aos territórios nacionais, como proteção do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, redução da pobreza e das desigualdades regionais”⁵⁵.

É nesse contexto que aqui se quer discutir a importância da biodiversidade para o país que a detém, bem como, de forma geral, para o desenvolvimento sócio-econômico global. Especialmente, chama-se a atenção para o caso da América Latina e, em específico, do Brasil. Qualquer abordagem pertinente à biodiversidade é de inegável interesse para ambos, uma vez que é no território desse conjunto que se encontra o mais abundante e variado contingente de organismos vivos do planeta.

É essa porção do globo que abriga a Amazônia, que, por estar situada no território de nove países (Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela), afigura-se como um espaço geográfico latino-americano. A riqueza representada por ela é incomensurável, especialmente se levado em conta que, quando se fala em aproveitamento das riquezas amazônicas, fala-se em aproveitamento de potencialidades, não só por toda a riqueza biológica que apresenta, mas também, frise-se, pela riqueza sociocultural. Esse ponto ficará mais claro ao longo do trabalho, que pretende deixar mais evidente a conotação emprestada à questão pela propriedade intelectual.

Bem capta o matiz da discussão Boaventura de Sousa Santos ao argumentar que

A hegemonia da globalização econômica [...] é sustentada pelo consenso econômico neoliberal, cujas principais inovações são as restrições à regulação estatal da economia; a afirmação de direitos de propriedade internacional a investidores estrangeiros, notadamente, a submissão das inovações à propriedade intelectual; e a subordinação dos Estados-Nações às instituições de Breton-Woods: Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio.⁵⁶

Dessa forma, o fenômeno da globalização, no século XXI, faz surgir um cenário geopolítico global bastante intrincado e no qual se insere a discussão acerca da utilização, por parte dos países mais desenvolvidos, de mecanismos de propriedade intelectual, ratificados por organizações internacionais, do porte da OMC (a qual, por sua vez, é dotada de grande coercibilidade com relação a seus membros e, inevitavelmente, alvo de fortes ingerências das potências desenvolvidas, tendo como exemplo maior os Estados Unidos), como meios de explorar as riquezas naturais dos países em desenvolvimento sem gerar qualquer contrapartida

⁵⁵ VIEIRA, Vinícius Garcia. **A proteção da biodiversidade latino-americana frente aos direitos de propriedade intelectual sob o modelo TRIPs: alternativas e divergências.** Dissertação de Mestrado. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria. Centro de Ciências Sociais e Humanas. Programa de Pós-graduação em Integração Latino-americana. 2009. p. 22.

⁵⁶ SANTOS, 2005 apud ibid. p. 23.

efetivamente positiva; o que é pior, muitas vezes utilizando-se, inclusive, dos conhecimentos tradicionais dos povos autóctones para poupar a si maiores dispêndios em pesquisa de campo, por exemplo.

Tendo em vista tais pontos, e levando em consideração que é nos países em desenvolvimento que fica situada a parte majoritária da biodiversidade do planeta, o conflito existente envolvendo biodiversidade e propriedade intelectual sobre recursos naturais revela-se flanco estratégico para esse grupo de países, do meio dos quais podem ser destacados os componentes da América Latina, que, dada sua rica biodiversidade, já consta como uma das protagonistas desse enredo. Resta bastante claro que, se o objetivo é de desenvolvimento regional sustentável, deve haver a proteção dessa riqueza natural, cumulada com a repartição dos benefícios de sua utilização equilibrada.

O que se observa, portanto, é que a diversidade biológica de um país, ou de um grupo deles, passa a ser pauta extremamente pertinente tanto no cenário da política quanto no do comércio internacional, não se podendo esconder o conflito de interesses entre países desenvolvidos, que defendem um maior fortalecimento da propriedade intelectual e cuja diversidade biológica, em regra, é mais desgastada e escassa, e países em desenvolvimento, com biodiversidade ainda mais conservada, mas de progresso tecnológico mais defasado e que, muitas vezes, é atravancado pelo sistema de propriedade intelectual atual.

Para melhor precisar o que seja biodiversidade, valer-se-á, desde já, do conceito colocado pela Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu art. 2º, que versa sobre a “Utilização de termos para o propósito da Convenção”:

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

Surgem, dessa forma, os seguintes questionamentos: essa riqueza resta justamente protegida pelo atual sistema internacional de propriedade intelectual? A maneira como se vem dando o acesso a ela é de forma a proteger os interesses dos Estados delas detentores e dos grupos tradicionais cujos conhecimentos muitas vezes são utilizados?

3.2 O Acordo TRIPS e o acesso à diversidade biológica

Em 1995, cento e vinte e três países firmaram um acordo sobre questões de propriedade intelectual, o “Trade Related Intellectual Property Rights”, chamado de TRIPS, que passou a ser o principal instrumento de regulação internacional de propriedade intelectual, compondo o acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC). No Brasil, tal movimento repercutiu na edição da Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, a Lei da Propriedade Industrial.

O Acordo TRIPS, portanto, abrange os direitos do autor, marcas, patentes, indicações geográficas, desenhos industriais e topografias de circuitos integrados; ele é o acordo que regula os direitos de propriedade intelectual dentro do sistema da OMC, em cujo bojo há o Conselho de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Conselho TRIPS). Seu principal objetivo, pode-se apontar, é garantir níveis mínimos de proteção aos direitos intelectuais em todos os países que dessa organização são membros.

Ademais, enquanto parte do corpo da OMC, tem sua estruturação apoiada nas cláusulas gerais da nação mais favorecida, que prega que qualquer vantagem conferida a um membro da OMC deve ser igualmente estendida a todos os demais membros, e do tratamento nacional, que impede o tratamento diferenciado entre produtos nacionais e importados.

Dois pontos a ele referentes merecem especial destaque: o primeiro é que esse acordo não deixa de ser uma tentativa de homogeneização dessa classe de direitos, vez que os países membros se compromissaram a garantir aos direitos de propriedade intelectual de estrangeiros a mesma proteção que conferiam aos direitos dos nacionais, além de haverem sido definidos níveis mínimos de proteção a essa gama de direitos; o segundo é o fato de ele levar para o núcleo da OMC uma discussão que antes destacadamente era travada no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (a despeito de com ela, conforme o preâmbulo do TRIPS, desejar estabelecer cooperação), organismo especializado da Organização das Nações Unidas.^{57 58}

⁵⁷ “O TRIP’s possui explicitamente como uma de suas razões fundamentais o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional.”. ROCHA, op. cit. p. 37.

⁵⁸ “Mesmo que a OMPI seja a organização internacional responsável pela proteção dos direitos de propriedade intelectual, foi decidido, durante a Rodada Uruguai de Negociações Comerciais, que a OMC ficaria responsável pela administração e negociação de novos acordos relativos ao assunto. Isto porque o sistema internacional relativo aos direitos de propriedade intelectual instituído pela Convenção de Paris é fragmentado e, portanto, inexequível.”. DI BLASI, Gabriel. **A Propriedade Industrial: os Sistemas de Marcas, Patentes e Desenhos Industriais** analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

Criada em 1994, ao fim das negociações da Rodada Uruguai, quando da Conferência de Marrakech, a OMC, organização internacional especializada e autônoma das Nações Unidas, que herdou, agora como instituição de fato, as funções antes cobertas pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), conforme já anteriormente mencionado veio a corroborar um forte movimento globalizante, mais nitidamente delineado a partir do termo da 2ª Guerra Mundial, quando adveio a criação das Nações Unidas, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional.

Acolher, destarte, tal temática em seu bojo, tendo em vista seus objetivos maiores de gerenciar e supervisionar questões relativas ao comércio internacional, é emprestar um viés deveras mercadológico às questões de propriedade intelectual, que passam a ser vistas como apenas mais um elemento do complexo das relações internacionais de comércio.

É em sintonia com esse raciocínio que em seu preâmbulo é dito que seus membros acordam, pelo instrumento referido, “Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculo ao comércio legítimo” e “reconhecendo que os direitos de propriedade intelectual são direitos privados”.

Percebe-se uma preocupação maior, assim, com os fins comerciais e industriais dos objetos da proteção, vindo a se tornar a apropriação de bens imateriais verdadeira mercadoria, vez que potencialmente geradora de lucros; consubstancia-se como mais uma frente que deve ser desobstaculizada ao livre comércio.

Esse caráter econômico e mercadológico da patente, mecanismo de propriedade intelectual que mais interessa a esse trabalho, torna-se mais evidente quando da análise do conteúdo do artigo 28 do ADPIC⁵⁹, o qual, trazendo os direitos exclusivos a ela referentes, desenha verdadeiro monopólio de exploração. Faculta-se, com isso, ao titular da patente impedir que terceiros produzam, usem, vendam ou importem o produto seu objeto ou mesmo utilizem procedimento patentado para obter um produto.

⁵⁹ TRIPS - art. 28 - Direitos Conferidos

1 - Uma patente conferirá a seu titular os seguintes direitos exclusivos:

a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens;

b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo e usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo.

2 - Os titulares de patente terão também o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contrato de licença.

Para bem se exemplificar o que se pretende aqui mostrar, a atenção merece ser voltada especialmente para seu art. 27⁶⁰, também pertencente à Seção 5, a de patentes. Seu parágrafo terceiro não permite, por exemplo, que seus membros coloquem nas respectivas legislações nacionais processos microbiológicos ou não biológicos como matéria não patenteável.

Acaba, portanto, por gerar proteção a tais ferramentas de engenharia genética e por tratar a biodiversidade como potencial mercadoria criada pela biotecnologia. Sendo assim, tais processos, bem como os microorganismos, devem figurar nas legislações dos membros como objetos de patentes ou de sistema “sui generis” eficaz, além da necessidade de se estabelecer sistema de propriedade intelectual ou um “sui generis”, ou mesmo um que seja a combinação de ambos, sobre variedades de plantas.

Ademais disso, o que se depreende de especial importância dessa análise é o fato de esse artigo não fazer qualquer menção ou conferir qualquer proteção à origem do recurso natural utilizado como substrato para a biotecnologia, especialmente considerando que “[...] podemos afirmar que todo recurso genético está contido num recurso biológico. Porém, após sua identificação e isolamento pelo acesso, ele pode existir independente do recurso biológico”⁶¹.

Somando-se a isso, de forma agravante, sua redação se vale de conceitos amplos, tais como os de novidade e atividade inventiva, sem dizer o que seriam, o que acaba por gerar

⁶⁰ TRIPS - Art. 27 - Matéria Patenteável

1 - Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.(5) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do art.65, no parágrafo 8º do art.70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

(5) Para os fins deste Artigo, os termos "passo inventivo" "passível de aplicação industrial" podem ser considerados por um Membro como sinônimos aos termos "não óbvio" e "utilizável".

2 - Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;
b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema "sui generis" eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

⁶¹ STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. **Direito, biotecnologia e propriedade intelectual: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica.** Dissertação de Mestrado em Direito Ambiental. Manaus: Universidade do Estado do Amazonas. Escola Superior de Ciências Sociais. Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental. Manaus. 2007. p. 49.

uma interpretação flexibilizada para os requisitos de concessão de patentes ⁶². Dessa forma, por exemplo, atenua-se sobremodo a linha divisória entre descobertas e invenções, dando-se primazia ao ato de encontrar algo na natureza e descobrir utilidade para determinada substância já existente.

Isso é bem percebido quando se observa a interpretação ampliativa conferida aos critérios de patenteabilidade do TRIPS, por meio de legislações nacionais e regionais com definições imprecisas para o que seja invenção, novidade ou atividade inventiva, realidade que acaba por ampliar os direitos intelectuais atrelados à biotecnologia. Tudo isso resulta em reais possibilidades de apropriação da diversidade biológica por meio de direitos de propriedade intelectual conferidos a biotecnologias. ⁶³

Desse modo, mesmo ainda sem manifestação precisa da legislação pátria sobre o assunto, pertinente introduzir, nesse momento, um conceito do que seja biopirataria. Esse termo pode ser usado para designar

[...] práticas ilegítimas, senão ilegais, de utilização e acesso a componentes da biodiversidade, tais como plantas e animais, por corporações multinacionais, motivadas pelas possibilidades de descoberta de produtos ou processos que possam ter aplicação terapêutica pela medicina, estética em tratamentos de beleza, suposto aumento de produtividade na agricultura. Nesse aspecto, os produtos ou processos têm destinação comercial, protegidos por direitos de propriedade intelectual que assegure a exclusividade do titular da descoberta⁶⁴.

Essa ordem de práticas ocorre em um contexto de verdadeira discriminação para com os conhecimentos tradicionais, que, na realidade, é de onde se extrai a intuição, tem-se a visão de que de determinado animal, planta, ou organismo qualquer se pode extrair algum recurso genético útil à criação de algum “produto”.

Tal é reforçado em parte também por uma visão sectária, que considera o conhecimento científico como a única forma válida, legítima e reconhecida pela cultura ocidental, de forma geral, e, em especial, pelos entusiastas do TRIPS, os países mais

⁶² Em resumo, poder-se-ia dizer que a concessão de uma patente depende dos critérios de novidade, inventividade (ou não obviedade) e aplicação industrial.

⁶³ “Ocorre que a expansão dos direitos de propriedade intelectual à área de biotecnologias ocorreu através de interpretação ampliativa dos critérios de patenteabilidade previstos no TRIPS, mediante previsão nas legislações nacionais ou regionais de definições imprecisas para invenção, novidade e atividade inventiva. Somado a isso, a análise dos pedidos pelos órgãos nacionais ou regionais de patentes tem seguido critérios que descuidam da caracterização de uma invenção e passam a admitir o patenteamento de processos ou produtos que não são mais que meras descobertas, e há casos nos quais não se caracteriza sequer a descoberta, porque se apropriam de conhecimento de uso comum dos povos tradicionais. Como exemplos, podem ser referidos o Escritório de Patentes nos Estados Unidos (USPTO44) e o Escritório Europeu de Patentes (EPO45) que têm permitido a ampliação dos usos das patentes para casos que não configuram criações biotecnológicas e, assim, acabam permitindo a apropriação da própria biodiversidade.”. VIEIRA, op. cit., p. 79-80.

⁶⁴ SHIVA, 2001 apud VIEIRA, op. cit., p. 17.

desenvolvidos. Por exemplo, a legislação norte-americana acerca dos requisitos de patenteabilidade, considera estado de arte apenas as matérias já conhecidas por publicações que circularam nos EUA ou em outros países. Assim, o estado de arte para verificação do critério da novidade, um de tais requisitos, fica adstrito aos conhecimentos científicos.⁶⁵

Visto isso, quando esse acordo não menciona nem protege os conhecimentos tradicionais, alija-os da construção do conhecimento, desprezando sua enorme contribuição para o próprio progresso da ciência, e deixa espaço para que ocorra o patenteamento de elementos da diversidade biológica de forma ilegítima e sem geração de benefícios mútuos.

Não se questiona a natureza e propósito da patente⁶⁶. Mas também não se quer encastelá-la, deixando-a alheia e indiferente à realidade que a circunda. Melhor seria, portanto, se esse sistema de proteção à propriedade intelectual albergado pela OMC, especialmente no que tange aos direitos de patente, que protegem as biotecnologias, observasse a comunhão de interesses nacionais, regionais e internacionais, compreendendo nessa proteção não só os recursos genéticos, mas também a variabilidade das espécies e os conhecimentos tradicionais.

Isso se diz uma vez que a dinâmica do atual sistema garante, preponderantemente, e, muitas vezes, quase exclusivamente, os interesses de países desenvolvidos e multinacionais, que, dado seu maior poderio econômico e tecnológico, findam por se beneficiarem de um sistema severamente desigual.

3.3 A CDB e o acesso à diversidade biológica: um contraponto ao TRIPS

Feitas as considerações acerca do acordo TRIPS, convém estabelecer diálogo com outro instrumento do Direito Internacional, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), bem como, mais adiante, com nossa Constituição Federal, a fim de dar maior sustentação crítica ao presente debate e delinear mais claramente seus principais desafios.

⁶⁵ “Quanto à novidade, a seção 102 restringe o estado da arte somente a matérias já conhecidas por publicações impressas nos Estados Unidos e em outros países. Em razão disso, o estado da arte para verificação da novidade fica limitado aos conhecimentos científicos já impressos por escritórios de patentes ou em periódicos e revistas científicas onde o objeto da patente já tenha sido publicado.”. VIEIRA, op.cit., p. 79-80.

⁶⁶ “O propósito dessa palestra é tentar extrair de vocês a percepção de que a propriedade industrial tem algum propósito de beneficiar o consumidor. É extrair de vocês que a propriedade industrial tem alguma finalidade de atendimento às necessidades básicas da humanidade. A propriedade industrial tem (...) uma única finalidade: melhorar a competição dentro do próprio sistema capitalista. E, se ela não servir, se estiver, pelo contrário, criando monopólios (...), essa patente está sendo usada contra o seu valor intrínseco que é aumentar a competição”. BARBOSA, op. cit. p. 637.

A CDB foi elaborada no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992, e, a despeito de possuir objetivo⁶⁷ diverso do TRIPS, com ele possui interseção, tendo em vista que ambos tangenciam, de uma forma ou de outra, o tema da aquisição de direitos de propriedade intelectual a partir de produtos ou processos que envolvam recursos naturais ou conhecimentos tradicionais de povos autóctones.

Tanto el Acuerdo TRIPS como la CDB se refieren a la protección de la propiedad intelectual. Si bien el primer instrumento es específico sobre el tema, el segundo contiene diversas menciones sobre patentes lo que nos muestra dos instrumentos internacionales relacionados en cuya implementación se presentan áreas conflictivas que es necesario aclarar a fin de que cada uno de los referidos instrumentos pueda cumplir con los objetivos propuestos en los enunciados, sin entrar en colisión.

Tres temas se presentan como centrales en el análisis de los puntos en conflicto: participación en los beneficios derivados de las tecnologías; acceso apropiado y transferencia de tecnología y por último protección de las comunidades indígenas y de los conocimientos tradicionales vinculados con la conservación de la biodiversidad.⁶⁸

Dispõe a CDB que os países devem ter direito soberano⁶⁹ sobre seus recursos genéticos, devendo estes ser utilizados com observância a determinados princípios, tal como o da repartição de benefícios decorrentes de sua exploração, incluindo compensação pelo

⁶⁷ Constituem objetivos da CDB, conforme seu art. 1º: “Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

⁶⁸ “Tanto o Acordo TRIPS quanto a CDB fazem referência à proteção da propriedade intelectual. Enquanto o primeiro instrumento é específico sobre o tema, o segundo contém várias referências a patentes, o que nos mostra dois instrumentos internacionais relacionados, em cuja implementação apresentam áreas conflitivas, o que é necessário aclarar, a fim de que cada um dos referidos instrumentos possa cumprir seus objetivos propostos sem entrar em colisão. Três temas são apresentados como centrais para a análise dos pontos em questão: participação nos benefícios derivados das tecnologias; acesso apropriado e transferência de tecnologia e, por último, proteção das comunidades autóctones e dos conhecimentos tradicionais associados à preservação da biodiversidade” (Livre Tradução). BERGEL, Salvador D. Qué Sistema de Protección para Las Innovaciones Biotecnológicas en América Latina?.in **Derecho, Desarrollo y Sistema Multilateral del Comercio**. p. 71-100. Organizadores: Welber Barral e Carlos Correa., Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2007. p. 90.

⁶⁹ Quando do Preâmbulo: “Reafirmando que os Estados têm direitos soberanos sobre seus próprios recursos biológicos”; no art. 3º, que traz o princípio da soberania e responsabilidade do Estado pela utilização da biodiversidade em seu território, preceitua: “Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos 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”; e quando do art. 15: “1. 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”.

conhecimento tradicional envolvido e o da cooperação entre Estados para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica⁷⁰.

Assim, uma das maiores preocupações da CDB é que seja atribuída ao Estado, ou mesmo à sociedade civil, alguma contrapartida, algum benefício⁷¹ pelo recurso genético nacional que deu origem a determinado direito de propriedade intelectual, não só por uma ótica de vantagem econômica, mas como um meio de reduzir as disparidades de desenvolvimento tecnológico e, sobretudo, preservar a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais a ela atrelados.

É uma questão que envolve diretamente o que se convencionou chamar de direito de acesso, que leva em consideração que o acesso a certo patrimônio genético por meio dos recursos naturais de uma soberania deve se dar de forma legítima, com respeito a ela e proporcionando a geração de benefícios mútuos.

Com relação ao direito de acesso, abordando as principais questões suscitadas pelo art. 15 da CDB, Tarin Cristino Frota Mont'Alverne⁷², considerando a relação de tal artigo com a implementação das regras de acesso e repartição de benefícios no âmbito da CDB, suscita três principais pontos a serem observados acerca do acesso. Seriam estes os requisitos para configuração de um acesso legítimo: consentimento prévio fundamentado; condições de comum acordo e repartição de benefícios.

Em relação ao consentimento prévio fundamentado, destaca seu caráter de obrigação a ser adimplida por meio de manifestação do Estado fornecedor, que não pode simplesmente criar empecilhos ao acesso a tais recursos genéticos, além de que deve ser informado o mais ampla e detalhadamente possível acerca das operações e atividades que a parte interessada pretenda desenvolver, para que, dessa forma, possa bem fundamentar sua decisão. A autora também destaca que essas informações devem observar uma série de critérios, tais como os apregoados pelas Diretrizes de Bonn⁷³, em seu parágrafo 26⁷⁴.

⁷⁰ O art. 5º dispõe que deve haver a cooperação entre os Estados para a preservação e utilização sustentável da biodiversidade: “Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, cooperar com outras Partes Contratantes, diretamente ou, quando apropriado, mediante organizações internacionais competentes, no que respeita a áreas além da jurisdição nacional e em outros assuntos de mútuo interesse, para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica”.

⁷¹ Art. 1º da CDB.

⁷² MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Considerações acerca do art. 15 da Convenção sobre a Biodiversidade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Coord.) **Propriedade e meio ambiente: em busca de sua convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 712-724.

⁷³ Conforme leciona Cristina Maria do Amaral Azevedo, as Diretrizes de Bonn resultaram de um grupo de trabalho constituído pelo Secretariado da CDB e composto por especialistas em acesso a recursos genéticos, conhecimento tradicional associado e repartição de benefícios, que elaborou esse documento de caráter voluntário e que foi adotado pela Conferência das Partes da CDB em abril de 2002. A intenção era que tal documento servisse como subsídio à elaboração e desenvolvimento de medidas políticas, legislativas e

Em um segundo momento, tratando sobre as condições de comum acordo, que, como bem coloca, podem incluir condições mesmas, mas também obrigações, procedimentos, tipos, prazos de distribuição e mecanismos de repartição de benefícios, além de poderem variar conforme o tipo de utilização pretendida, destaca que a costura de tais condições envolve a celebração de contratos de acesso. Também chama a atenção para a polêmica de que, uma vez conferida a autorização de acesso, restaria em aberto se há ou não um papel a ser desempenhado pelo Estado provedor no estabelecimento dessas condições e, havendo, qual seria.

Por derradeiro, suscita a questão da repartição de benefícios, posta pela CDB como princípio a ser perseguido por todos os Estados signatários, que devem estabelecer modalidades de repartição. Afirmando se tratar de uma forma de justa recompensa pelas vantagens obtidas a partir do acesso à biodiversidade, salienta que essa repartição pode envolver uma miríade de fatores, tais como transferência de tecnologia, participação em pesquisas, acesso a resultados e benefícios da biotecnologia, propriedade intelectual e financiamentos, sendo fundamental entender que o que mais importa é perceber a necessidade flexibilidade de tais mecanismos, a fim de que se adêquem às necessidades de cada caso em concreto.

Dessa forma, quando esse acesso for mediado e facilitado pela observação dos usos e costumes tradicionais de determinado povo (a exemplo de indígenas e ribeirinhos), ou seja, quando os conhecimentos tradicionais representarem verdadeiro auxílio ao início dessas pesquisas, também se deve conferir algum benefício a esses povos, bem como facilitar sua preservação sócio-cultural, até mesmo como forma de ajudar a preservar os próprios recursos naturais, vez que seus estilos de vida, em geral, são mais harmoniosos com o meio ambiente circundante.

A relevância desse ponto é a de que o acesso aos recursos naturais se consubstancia em fase que antecede a da apropriação por meio dos direitos intelectuais. Assim, o acesso à

administrativas sobre o tema, com especial referência aos dispositivos 8(j) (populações indígenas e comunidades locais), 10 (c) (utilização costumeira dos recursos biológicos), 15 (acesso a recursos genéticos), 16 (acesso à tecnologia e transferência de tecnologia) e 19 (gestão da biotecnologia e distribuição de seus benefícios) da CDB. AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral. Acesso aos recursos genéticos – Novos arranjos institucionais. **Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade**. I Encontro. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/biodiversidade/Cristina%20Maria%20do%20Amaral%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 23 de out. 2010.

⁷⁴ “(...) os princípios básicos de um sistema de consentimento prévio fundamentado devem incluir: a) clareza e segurança jurídica; b) o acesso aos recursos genéticos deve ser facilitado com o menor custo c) as restrições impostas ao acesso aos recursos genéticos devem ser transparentes e conforme os objetivos da Convenção; d) o consentimento da autoridade (ou autoridades) nacional(s) competente(s) do país provedor. Finalmente, o consentimento das partes interessadas, como também as comunidades indígenas e locais, conforme as circunstâncias e a legislação nacional, também deve ser obtido.”. Ibidem,

informação genética de determinada planta ou animal, por exemplo, poderá gerar uma propriedade privada oriunda da biodiversidade, o que consistiria em uma forma de apropriação ilegítima se feita em desacordo com os princípios da CDB.

Tal polêmica fez com que os países em desenvolvimento intensificassem suas campanhas em prol da modificação do TRIPS, de maneira a torná-lo compatível com os valores da CDB. Essa linha é bem apresentada no trecho abaixo, que expõe as “exigências de declaração”:

O Brasil, apoiado por diversos outros PEDs, submeteu ao Conselho do TRIPS, em março de 2004, um resumo das questões levantadas pelos países durante as discussões, agrupando-as em três “exigências de declaração” e sugerindo que elas fossem tomadas como base para o debate futuro. O documento foi bem recebido e a discussão, desde então, tem se realizado em cima dessas três exigências. As exigências seriam de (i) declaração da fonte e do país de origem do recurso genético e/ou do conhecimento tradicional usado em uma invenção; (ii) declaração de evidência de consentimento prévio informado; (iii) declaração de evidência de repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização do recurso genético e/ou conhecimento tradicional.⁷⁵

No que tange à primeira exigência, falam-nos os autores do texto do qual se extraiu a citação supra, que o que se quer com tal é a inclusão, no processo de pedido de patente, de documento que ateste a origem do recurso genético ou do conhecimento tradicional quando necessário, tendo em vista o princípio da soberania do país sobre seus recursos naturais, previsto no art. 15 da CDB.

Quanto à segunda exigência, igualmente com supedâneo no art. 15, pretende reforçar que o uso dos recursos genéticos deve sujeitar-se ao consentimento prévio da parte provedora desse recurso.

Por fim, a terceira exigência, também com esteio no mencionado artigo, tem por fim a exigência de documento atestador de que os benefícios da invenção são repartidos de maneira justa com os detentores dos recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais.

Tais exigências demonstram, em verdade, a disputa de forças entre países desenvolvidos, que tentam desqualificá-las, e países em desenvolvimento, que tentam instaurá-las destacando a simplicidade do que é demandado em comparação com as enormes

⁷⁵ DUTRA, Paula Hebling; PRESSER, Mário Ferreira. Propriedade Intelectual e Biodiversidade: Avanços nas Negociações dentro do Parágrafo 19 da Declaração de Doha. **Economia Política Internacional – Análise Estratégica**. Nº 5 – abr./jun. 2005. Campinas: Centro de Estudo de Relações Internacionais – CERI. Instituto de Economia da UNICAMP. 2005. p. 54.

proporções dos benefícios, especialmente quanto à coibição da biopirataria⁷⁶. Visto isso, é nítido o contraponto que a CDB representa em face do TRIPS.

3.4 A forma de implementação do TRIPS e o porquê do posicionamento dos países em desenvolvimento: o flanco da propriedade intelectual.

Em vista da exposta mobilização dos países em desenvolvimento, em especial Brasil e Índia, por alterações no acordo TRIPS, de forma a torná-lo um instrumento que facilite o cumprimento dos princípios trazidos pela CDB, faz-se necessário elucidar o porquê dessa pressão em torno de mudanças em seu texto.

Inicialmente, deve-se levar em conta a forma como os diversos Estados componentes da OMC tiveram que efetuar sua entrada como membros: não foi dada a esses países a oportunidade de aderir apenas à parte dos acordos componentes; ou aderiam à integralidade ou não aderiam. Ou cediam a essa adesão total, o que é chamado de *single undertaking*, ou quedariam alijados da nova organização do comércio internacional que surgia.

Isso representou uma vitória da política externa norte-americana, desejosa que era da liberalização do mercado de uma forma ampla, com a redução de barreiras criadas pelas exigências de legislações nacionais.⁷⁷ Evidenciando esse posicionamento ostensivo dos EUA, que passaram a contar com a força do sistema de solução de disputas da OMC, Gabriel Di Blasi relata que essas pressões incluíram mesmo medidas retaliatórias, como suspensão das

⁷⁶ Importante destacar que: “As três exigências são combatidas pelos PDs, que levantam dúvidas quanto a sua eficácia para coibir a biopirataria e apontam problemas quanto à operacionalidade das exigências dentro do sistema de patentes, alegando que são exageradamente trabalhosas, custosas e que se distanciam demais dos critérios tradicionais para a expedição de patentes. Para os Estados Unidos, biopirataria é a apropriação e/ou o uso indevido de recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado, sendo que a concessão de patentes em si não pode ser chamada de biopirataria. Maneiras de se evitar a biopirataria devem ser perseguidas domesticamente, através de melhores legislações nacionais em acesso aos recursos genéticos e conhecimento tradicional associado. Em geral, a solução indicada pelos PDs para evitar a biopirataria é a elaboração de contratos contendo essas garantias. No entanto, essa solução permite um grande grau de discricionariedade, podendo favorecer os países com mais recursos e experiência com contratos. Os PEDs respondem a essas críticas dizendo que, na maioria dos casos de patentes concedidas indevidamente, o grande problema foi a falta de acesso ao conhecimento prévio relevante pelos examinadores de patentes e que esse acesso pode ser substancialmente melhorado com as informações adicionais a serem fornecidas com a inclusão das exigências. Quanto à operacionalidade, alegam que as informações já seriam conhecidas pelos requerentes da patente, assim não seria nem trabalhoso, nem custoso, incluir essas informações nos processos de pedidos de patentes. Além disso, observam que existem outras exigências de declarações no atual sistema de patentes, assim as novas exigências não estariam tão distantes do sistema de patentes como alegam os PDs”. Ibidem, p. 55.

⁷⁷ “(...) A partir da década de 1980, os norte-americanos modificaram a forma de pressão por eles exercidas sobre outros países, aplicando-a em três níveis diferentes: unilateral, através do cumprimento de sua lei patentária nas fronteiras dos Estados Unidos; bilateral, ameaçando com represálias comerciais os países em desenvolvimento que não concordassem com os objetivos daquele país; e, por fim, multilateral, por meio de negociações de novos acordos no âmbito do GATT, atual Organização Mundial do Comércio – OMC (World Trade Organization – WTO), e também através da revisão de convenções no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual)”. DI BLASI, op. cit., p. 65.

concessões de acordos de comércio, imposição de obrigações e suspensão de programas de cooperação em ciência e tecnologia. Tanto que:

No início dos anos 90, cerca de 40 países sofreram pressões e retaliações devido a determinadas características de suas legislações de propriedade intelectual. Além do Brasil, China e Índia tiveram dificuldades para prosseguir com seus programas de cooperação em ciência e tecnologia acordados com os Estados Unidos. Sendo que ainda o Brasil, Tailândia e México sofreram sanções comerciais...⁷⁸

Tal, no entanto, fez com que persistissem questões polêmicas quanto a uma série de pontos, em especial os concernentes à regulamentação da propriedade intelectual.

Já quanto à CDB, a questão tomou outro matiz: se se chegou a um consenso entre as partes signatárias, mais se deveu ao fato de a Convenção não ser dotada de instrumentos de eficácia para fazer valer suas disposições que à pressão de fortes forças políticas internacionais.

Conforme já ficou demonstrado, CDB e TRIPS são ambos instrumentos multilaterais, mas que se revelam, entretanto, instruídos por objetivos e valores distintos. A CDB tem como principal fim, em linhas gerais, possibilitar uma maior harmonia do homem com o meio-ambiente em que vive, enquanto o TRIPS possui veia de veras mercadológica, valorando a diversidade biológica por perspectiva contrária à CDB.

A tudo isso se soma o fato de que ambos os instrumentos são autônomos entre si, representando forças normativas distintas e não hierarquizadas, porém com igualmente distintos graus de coercibilidade. Esse pode ser considerado o ponto nevrálgico da questão, que empurra os países em desenvolvimento a tentar fazer com que o regime internacional de propriedade intelectual, do qual o TRIPS é um dos sustentáculos, seja influenciado pelos valores da CDB.

O TRIPS, diferentemente da CDB, estabeleceu medidas administrativas e judiciais que deveriam ser inseridas pelos seus membros nas respectivas legislações nacionais, além de, em uma outra frente, haver determinado, em seu art. 64, que as controvérsias acerca da aplicação e interpretação de suas regras seriam submetidas ao procedimento de solução de controvérsias da OMC, gerido pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

Segundo a sistemática da OMC, os membros são obrigados a proceder a consultas com finalidade de esclarecer fatos controvertidos e definir uma solução. Não alcançada, será demandada a colaboração do Diretor-Geral, utilização de procedimentos de mediação ou de arbitragem. Apenas malogradas tais fases é que o conflito será direcionado ao OSC. Em prol

⁷⁸ Ibidem, p. 66.

dos vitoriosos serão exigidas indenizações monetárias ou mesmo efetivadas medidas que interfiram no fluxo comercial com o membro sancionado.

Essa forma de lidar com tais conflitos, destarte, se por um turno conferiu um enorme grau de efetividade ao TRIPS, também submeteu as controvérsias sobre direitos de propriedade intelectual a um prisma quase que estritamente mercadológico, perspectiva que tende a mitigar a relevância dos conhecimentos tradicionais envolvidos, da manutenção da diversidade biológica e da distribuição de benefícios.⁷⁹

Assim, o movimento dos países em desenvolvimento é o de dar maior repercussão às discussões travadas na CDB. Interessante seria para eles, portanto, se, quando da resolução de tais controvérsias, fossem considerados valores e preceitos defendidos pela convenção, uma vez que nela própria não há previsão de um sistema dotado de tamanha coercibilidade.

Por esse ponto, a CDB pode ser vista à luz da doutrina internacionalista, apesar das controvérsias, como instrumento normativo que, a despeito de formalmente vinculativo, visto que baseado na vontade dos Estados como entes soberanos, possui peso de *soft law*, haja vista que mais maleável, com conteúdo mais geral e inespecífico, havendo estipulação de deveres pouco particularizados e abrangentes aos Estados membros. Em seu bojo apenas foi instituída uma instância deliberativa intergovernamental, mais para se negociar o que necessário para a implementação dos objetivos por ela estabelecidos que para constranger os países signatários a tal.

Dessa forma, em verdade, percebe-se que a concreção da CDB mais depende da vontade política dos Estados do que de sua força jurídica. Entretanto, se seus preceitos são louváveis por tudo o que aqui já exposto, não escapa a críticas, tal como a de não haver incluído os bancos de genes na sua sistemática de proteção ao regime de acesso.⁸⁰

⁷⁹ A respeito da universalização da OMC, a partir da Rodada de Doha: “O risco no âmbito da OMC é imenso: as questões sociais e ambientais continuaram, em Doha, sendo marginais e secundárias. Mas com o seu sistema de solução de controvérsias quase-jurisdicional, a OMC detém poder de sanção. O resultado é que se pode dotar de coercibilidade acordos que resultam de uma só abordagem: a do livre comércio”. SEITENFUS, 2005 apud VIEIRA, op. cit. p. 72.

⁸⁰ “Sobre o regime de acesso aos recursos genéticos, Shiva (2003) se reporta como um ponto de fraqueza da CDB, porque cedeu a interesse de última hora dos Estados Unidos, ao excluir os bancos de genes do regime de acesso. Complementa que a ausência de dispositivo na CDB sobre a propriedade e os direitos sobre os recursos genéticos que estão nos bancos de genes pode gerar perdas econômicas aos países em desenvolvimento, porque os bancos de genes são compostos, em grande parte, por material genético coletado em países em desenvolvimento, mas estão concentrados nos países industrializados, que irão patentear os materiais genéticos. Em razão disso, a autora refere que a CDB não estabelece nenhuma obrigação imperativa aos bancos de genes pagarem aos países de origem pelo acesso aos recursos, bem como não estabelece repartição equitativa dos benefícios gerados pelo uso dos materiais e da tecnologia. Assim, a CDB parece, inicialmente, regular o acesso a recursos genéticos in situ e ex situ, em razão da definição dada a país provedor, mas a ausência de dispositivo sobre os bancos de genes tem como consequência a limitação do regime somente ao acesso aos recursos genéticos in situ”. VIEIRA, op. cit. p. 34.

3.5 A Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001

Pelo exposto, percebeu-se que o acesso não é algo que deva se dar irrestritamente, sendo necessário, portanto, haver regulamentação para tal. No caso do Brasil, por exemplo, pode ser apontada como importante marco regulatório a atual medida provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

Seu advento guarda relação com um movimento de pressão por parte da sociedade civil em geral, envolvendo, entre outros, ONGs e universidades, a partir de denúncias da imprensa de que houvera sido firmado desvantajoso contrato de exploração de recursos genéticos da Amazônia Legal entre a empresa multinacional Novartis e a Organização Social Bioamazônia ⁸¹ (Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia).

Em face do ocorrido, o governo editou a medida provisória nº 2.052, em 29 de junho de 2000, que foi reeditada mensalmente até agosto de 2001, quando, em virtude da Emenda Constitucional nº 32 ⁸², que restringiu a edição de medidas provisórias pelo executivo, não pôde mais ser reeditada, remanescendo até os dias hodiernos sob o nº 2.186-16.

Inicialmente, com base na norma aqui referenciada e a fim de mostrar, em linhas gerais, a situação da regulamentação nacional, há algumas questões relativas ao acesso que merecem especial atenção, como bem destaca Paula Cerski Lavratti ⁸³. Um primeiro ponto seria o fato de a MP não abraçar a terminologia adotada pela CDB (“material genético” ou

⁸¹ A Bioamazônia tratava-se de “uma organização social, sem fins lucrativos, que possui contrato de gestão com os ministérios do Meio Ambiente, Planejamento e Fazenda. Essa parceria garante repasse de verbas do Orçamento da União, que este ano chegou a R\$ 2 milhões. A BioAmazônia foi qualificada como organização social por decreto presidencial para auxiliar na implementação do Probem - cujo papel é assegurar que os produtos da floresta passem por pesquisa e desenvolvimento e cheguem à forma industrializada com potencial para concorrer no mercado. A organização também pode receber verbas de instituições privadas. Compõem seu conselho de administração - órgão decisório - gente do governo, da comunidade científica e das indústrias.”. **Privilégio à Novartis racha BioAmazônia.** Disponível em: < <http://www.amazonia.org.br/fogo/noticias/print.cfm?id=1513>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

⁸² Abordando a questão de medidas provisórias editadas e em vigor antes da E.C. nº. 32/2001: “Nos termos do art. 2º da EC n. 32/2001, ‘as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional’.

Assim, as medidas provisórias editadas até trinta dias antes de 11 de setembro de 2001 (data da promulgação da EC n. 32) não precisam ser reeditadas para permanecer em vigor e assim ficarão até que o Congresso Nacional se manifeste – rejeitando-as ou editando lei em sentido colidente com as suas normas – ou até que o Presidente da República edite outra medida provisória que as altere.”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 940.

⁸³ LAVRATTI, Paula Cerski. Acesso ao Patrimônio Genético e aos Conhecimentos Tradicionais Associados. Disponível em: < http://www.museu-goeldi.br/institucional/prop_documento.htm>. Acessado em: 08 set. 2010.

“recursos genéticos”), preferindo valer-se da expressão “patrimônio genético”⁸⁴, fornecida pela Constituição Federal, o que confere maior amplitude ao conceito.

Ademais, quando a MP, em seu art. 7º, traz a noção de “informação de origem genética”, indica que patrimônio genético não se restringe ao DNA e RNA, alcançando mesmo qualquer material que contenha informação de origem genética, tal como ocorre com as biomoléculas, trazidas, pela autora suprarreferida, como freqüentes alvos de bioprospecção.

Ilustração que reforça e esclarece essa idéia é o do desenho de uma molécula eventualmente reproduzido em algum artigo científico, possibilitando, em tese, sua reconstrução sem a necessidade de obtenção de material biológico. Ao ilustrar essa hipótese, a autora só vem a corroborar o que já exposto, anteriormente, neste trabalho, com relação à independência do recurso genético em relação ao biológico após a realização do acesso, além de evidenciar as particularidades dos bens imateriais (no caso, o conhecimento acerca da molécula).

Visto isso, fica a pendência com relação a uma maior precisão do que seja o acesso. Poder-se-ia considerar uma atividade de coleta como acesso? Não. Portanto, a fim, de deixar claro que acesso e coleta são conceitos totalmente distintos, esta última, atividade de campo que é, podendo ou não ser sucedida de atividade de acesso ao patrimônio genético, vale transcrever o seguinte ponto de vista, apoiado em deliberação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN)⁸⁵, órgão deliberativo e normativo criado pela MP, especificamente, uma orientação técnica, cujo objetivo é esclarecer expressões ou conceitos ambíguos ou imprecisos constantes da legislação:

A definição trazida pela Medida Provisória não é clara, o que gerou muitas dúvidas no início do processo de implementação dessa legislação. A MP dispôs que o acesso ao patrimônio genético é a “obtenção de amostra de componente do patrimônio genético”, permitindo a interpretação de que o acesso e a coleta eram expressões sinônimas. Essa dubiedade perdurou até a edição da Orientação Técnica nº 01/200314 pelo CGEN, que estabeleceu que o acesso é “a atividade realizada sobre o patrimônio genético com o objetivo de isolar, identificar ou utilizar informação de origem genética ou moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos seres vivos e de extratos obtidos destes organismos.”⁸⁶

⁸⁴ Assim dispõe o art. 7º da MP:

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:

I - patrimônio genético: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

⁸⁵ Art. 10 da MP.

⁸⁶ LAVRATTI, Paula Cerski, op. cit., p. 4.

Outro ponto merecedor de abordagem é o que concerne ao acesso ao conhecimento tradicional associado. Conforme preceitua o art. 7º, II da MP, conhecimento tradicional associado é a “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”.

Evidente conclusão que se extrai da literalidade da norma, diga-se, é a de que não é qualquer conhecimento tradicional que é por ela albergado, mas apenas aqueles que estejam associados ao patrimônio genético.

Além disso, conforme se depreende de seu art. 7º, IV e V, o acesso, tanto, ao patrimônio genético quanto ao conhecimento tradicional associado, deve estar relacionado a alguma das três finalidades prescritas, quais sejam: bioprospecção^{87 88}, desenvolvimento tecnológico⁸⁹ e pesquisa científica⁹⁰, cada qual a ensejar particulares requisitos de autorização.

Ultrapassadas essas questões, em boa parte, como se viu, de cunho terminológico e conceitual, mas necessárias à visualização do alcance da norma, chegado é o momento de tratar do ponto mais crucial desse ato normativo, pelo menos para os fins deste trabalho. Diz respeito justamente à concessão de direitos intelectuais. Surge, esse tema, quando “Das Disposições Finais” (Capítulo IX) da MP. Assim resta apregoado, logo no artigo de abertura, o 31:

Art. 31. A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

⁸⁷ O Art. 7º, VII da MP assim define bioprospecção: “atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial”.

⁸⁸ “É importante ressaltar que o potencial de uso econômico está atrelado à atividade/projeto – sua metodologia, seus objetivos, etc. – e não à intenção daquele que executará o projeto, ou seja, o critério de enquadramento é objetivo. Assim, é irrelevante a vontade ou não do executor de explorar economicamente os resultados da atividade de acesso, bastando que o projeto tenha potencial de uso econômico para ser considerado como bioprospecção.”. LAVRATTI, Paula Cerski, op. cit., p. 5.

⁸⁹ Quanto à finalidade de desenvolvimento tecnológico, dispõe a Orientação Técnica nº 4/2004 do CGEN: “Art. 1º Para fins de aplicação do disposto na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, entende-se por ‘desenvolvimento tecnológico’ o trabalho sistemático, decorrente do conhecimento existente, que visa à produção de inovações específicas, à elaboração ou à modificação de produtos ou processos existentes, com aplicação econômica.”

⁹⁰ A despeito de não haver previsão na MP de definição do que seja pesquisa científica, entende-se que seja toda atividade de acesso despida de potencial de uso econômico, sempre tendo em vista, conforme tópico acima, que o critério para observância ou não desse requisito é objetivo.

Dessarte, tal dispositivo deixa à evidência a inevitável ingerência, no cenário nacional, da discussão abordada ceteriormente: as tensões entre os valores da CDB e a aplicação do TRIPS.

De um turno porque, como bem se percebe, ao tentar subordinar a concessão de direitos de propriedade industrial à observância da MP, que, dispendo sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, além de dar outras providências, regulamenta também os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da CDB, deixa antevisto, claramente, o propósito de fazer valer o que dispõe a convenção.

De outro, porque, a despeito da vontade de que sejam efetivados tais propósitos, na prática, no que tange à concessão de direitos intelectuais (em especial às patentes), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tem tido muita cautela em implementar tais medidas, sobretudo devido à possibilidade de retaliação econômica advinda da OMC, sob o fundamento de que os preceitos do Acordo TRIPS estivessem sendo violados com a instituição de novo requisito para a concessão de patentes (essa discussão está bem delineada quando da abordagem da polêmica em torno das “exigências de declaração”, defendidas pelos países em desenvolvimento).

Transmita-se a crítica elaborada por Lavratti ao alertar, comentando o art. 31, já referido, para o risco de a legislação reguladora ter sua eficácia deveras comprometida:

O que se pretende com esse dispositivo é condicionar a concessão dos direitos de propriedade industrial, especialmente as patentes, à observância da MP, ou seja, à obtenção de anuência prévia, garantia de repartição de benefícios e autorização do CGEN.

Na prática, no entanto, a medida ainda não foi implementada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, em virtude da forte resistência de alguns setores. Além de defenderem a necessidade de regulamentação do artigo, afirmam que a dificuldade residiria no fato de que a exigência de qualquer novo requisito à concessão de patentes (no caso, a comprovação de observância à MP) resultaria no descumprimento, por parte do Brasil, do Acordo TRIPS, o que poderia causar retaliações ao País por parte de outros membros da OMC.⁹¹

Com relação a essa crítica, anterior a 2009, houve evolução no cenário nacional, visto que o INPI editou a resolução nº. 207/2009, acerca de pedidos de patentes derivados da biodiversidade brasileira. Assim, conforme seus termos, o requerente de pedido de patente de invenção cujo acesso haja ocorrido a partir de 30 de junho de 2000, data em que passou a

⁹¹ LAVRATTI, Paula Cerski, op. cit., p. 15.

vigorar a medida provisória sob análise, deverá informar ao INPI a origem do material genético ou do conhecimento tradicional associado, quando for o caso, além do número da autorização de acesso correspondente.

Também se resguarda ao INPI o poder de, quando do exame do pedido de patente, formular exigência necessária à sua regularização, nos termos aqui expostos. Acrescente-se, por derradeiro, que a resolução determina que, mesmo quando não se trate de pedido de patente cujo objeto seja decorrente de acesso, o requerente deverá informar essa condição.

Deveras, a despeito da cautela com que essa evolução se deu, ainda não se afastou por completo o risco de sanções em virtude do descumprimento do TRIPS. Assim, necessário aguardar o delineamento de contornos mais nítidos quanto às repercussões de tais passos. Espera-se que sua aceitação seja pacífica no cenário internacional, a fim de apontar para uma mudança de perspectiva, ademais de não tornar letra morta a regulamentação interna.

Acenando a essa esperança, ainda que já quando do fecho deste trabalho, a mídia internacional e nacional noticiou acontecimento histórico que não se poderia deixar de registrar: a aprovação, ao cabo de oito anos de negociação, pelos 193 países signatários da CDB, quando da 10^a Conferências das Partes, a COP 10, no Japão, do texto intitulado de Protocolo de Nagoya, que propõe uma regulamentação internacional sobre o uso de recursos genéticos da biodiversidade e de conhecimentos tradicionais associados, estabelecendo, ademais, que o acesso a esses recursos se dê com consentimento e obedecendo a respectiva legislação nacional.

A despeito de não possuir força de lei, ele faz surgir uma obrigação política de obediência a suas regras, além de servir como referência comum para a elaboração de políticas nacionais sobre o assunto. Seu texto ficará disponível para a assinatura dos países entre fevereiro de 2011 e fevereiro de 2012. Quando assinado pelo Brasil, deverá ser ratificado pelo Congresso Nacional. Resta evidente, portanto, a oxigenação do debate. Sem dúvida, é possível enxergar esperança no momento.

3.6 Perspectiva da Constituição Federal de 1988

Trazendo essa discussão a um olhar da Constituição Federal de 1988, é impossível não notar que não há uma compatibilização perfeita entre a forma de efetivação do TRIPS, *latu sensu*, e a atual ordem constitucional. Como visto anteriormente, o direito de propriedade intelectual é considerado uma garantia constitucional fundamental, tendo em vista (para ficar

apenas com o exemplo da propriedade industrial, gênero das patentes, objeto mais próximo da discussão) o preceito do art. 5º, XXIX⁹² da CF⁹³.

Assim, ao primeiro olhar, pelo menos do ponto de vista formal, por constar no rol do art. 5º da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais (observe-se, apenas a título de ressalva, que esse artigo não abrange a totalidade de tais direitos e garantias fundamentais, havendo os que sejam encontrados fora dele), é guarnecido em sua fundamentalidade. Porém, demanda a contrapartida da realização do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Mais, dele é exigido que cumpra sua função social última de promover a dignidade da pessoa humana, norte maior do texto constitucional, defluindo daí sua também fundamentalidade material.

Com relação ao Ordenamento Constitucional Brasileiro, percebe-se que, sem perder de vista o que apresentado pelo capítulo 2º deste trabalho acerca dos direitos intelectuais, bem se adequou ao nominado “capitalismo informacional”. Dessa forma, reconhecendo a importância essencial da tecnologia e da informação para o tempo atual, além de garantir o direito de propriedade intelectual como um justo e suficiente incentivo aos inovadores, desejosos do reconhecimento pessoal, força motriz das inventividades, na maior parte dos casos, também o colocou como mecanismo de intervenção na própria dinâmica econômica.

Isso porque há veementes posicionamentos doutrinários, com os quais se concorda aqui, de que a textura aberta do inciso XIX, “tendo em vista o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, remeteria a toda a principiologia do art. 170 da CF/88, especialmente quando fala em desenvolvimento econômico⁹⁴. Desses princípios, os que possuem maior relevância para o presente trabalho são os da livre iniciativa e da livre concorrência, já oportunamente abordados, que seriam, juntamente com os demais preceitos da ordem econômica, as principais balizas para o limite da regulamentação dos direitos intelectuais.

Em vista disso, como bem aponta Rocha, recorrendo à lembrança de que, até a Constituição de 1946, à vulgarização da criação intelectual correspondia o pagamento de um prêmio por parte do Estado ao inventor ou criador, “é fácil verificar que a propriedade

⁹² Art. 5º, XXIX, CF/88 – “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

⁹³ No rol do art. 5º também há as previsões dos incisos XXVII e XXVIII.

⁹⁴ ROCHA, op. cit.

intelectual, mesmo que se procure dar um cunho de reconhecimento social aos inventores, pode ser interpretada como uma política pública constitucionalmente prescrita.”⁹⁵.

Assim, “Curiosamente, tratar a propriedade intelectual como um sistema de incentivos, seja para a produção de novos bens intelectuais, seja para a gestão eficiente dos mesmos após sua criação, torna-a muito mais próxima de uma política pública do que de um direito de propriedade oponível *erga omnes*.”⁹⁶.

Em verdade, não se interprete com isso que os direitos intelectuais abandonam o novo perfil do direito de propriedade passando ao campo das políticas públicas. Na verdade, apenas se quer destacar o valor imanente do interesse público que constitui sua própria estrutura, que alberga função social própria, adequada a suas idiossincrasias, ou seja, reflexo da complexidade do direito de propriedade. Dessa forma, o exposto só deixa mais à evidência o perfil complexo, intersubjetivo e guiado por uma função social dos direitos intelectuais.

Destarte, poder-se-ia dizer que a exclusividade artificial, jurídica, garantida pela Constituição, apenas estará justificada quando estimule novas idéias e garanta o desenvolvimento nacional. Se a regulamentação é tão excessiva (ou talvez indiferente) que desestime esses fatores, tal como ocorre com o TRIPS em relação ao acesso legítimo (que, entre outros elementos, como foi visto, envolve a devida repartição dos benefícios), ela estará desrespeitando a função social dos direitos de propriedade intelectual.

Ou seja, se esse mecanismo de alocação de recursos e riquezas não se presta à eficiência, que existirá sempre que esse instrumento realize esse fluxo de forma a garantir o estímulo às individualidades na justa medida da geração do desenvolvimento do coletivo, ele resta desvirtuado. Não se deixe de mencionar, assim, que a forma de regulamentação dessa ordem de direitos mais se aproxima do interesse difuso da coletividade do que de interesses puramente de mercado.

Acrescente-se, na oportunidade, que igualmente importante é o art. 225, que, na essência, coloca os bens ambientais como de interesse da coletividade, visto que bens de uso comum do povo. Representa, portanto, um dos dispositivos constitucionais que erige uma função sócio-ambiental da propriedade, ao lado, por exemplo, dos preceitos do art. 170, II e VI (coloca como dever da ordem econômica proporcionar a todos existência digna, observando os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente) e do art. 186, II (vincula o cumprimento da função social da propriedade rural à preservação do meio ambiente).

⁹⁵ Ibidem, p. 225.

⁹⁶ Ibidem, p. 57.

De tal modo, quando se fala em acesso à diversidade biológica, com o posterior advento de uma propriedade privada conferida por meio de direitos intelectuais (de exclusividade), outra contundente crítica que deflui da Constituição é a de que não é admissível a exploração individual de um patrimônio que está revestido de interesse coletivo sem que se verifique assegurada qualquer contraprestação social.

Em virtude da titularidade difusa ⁹⁷ dos bens ambientais, os princípios de direito ambiental da CF/88 são erigidos ao patamar de direitos fundamentais. Assim, concatenando esse entendimento com o da CDB, pontua-se que os direitos de propriedade intelectual devem também observar a função sócio-ambiental da propriedade, uma vez que essa propriedade intelectual é oriunda do patrimônio genético da biodiversidade nacional, devendo, ademais, haver alguma contrapartida social do titular desse direito.

Portanto,

Segundo a Constituição Brasileira vigente, a propriedade resultante das patentes e demais direitos industriais não é absoluta – ela só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Assim, não há espaço para um sistema neutro ou completamente internacionalizado de propriedade intelectual no Brasil⁹⁸.

⁹⁷ Apenas se observe que direitos difusos são espécie, juntamente com os direitos coletivos, de direitos metaindividuais. São difusos justamente por dizerem respeito a uma coletividade indeterminada de indivíduos.

⁹⁸ BARBOSA, op. cit., p. 627.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do sopesamento entre as forças normativas do TRIPS e da CDB, conclui-se pela prevalência dos direitos de propriedade intelectual com um cunho estritamente privatista e de livre comércio em detrimento de uma concepção mais solidária, que traz para o âmago dos direitos intelectuais, ao dar relevância à questão do acesso, o respeito à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais a ela associados, além do compromisso com o desenvolvimento e com a dignificação do ser humano.

O que reforça esse desnível é o fato de o TRIPS, além de estabelecer padrões mínimos de proteção administrativa e judicial que devem ser respeitados pelos países membros quando da feitura de suas legislações, contar com a sistemática de solução de controvérsias da OMC, através do OSC, o que inflige um grau de coercibilidade quase jurisdicional a seus preceitos.

O risco de se atribuir uma visão tão marcadamente mercadológica a tal ordem de direitos e à solução de seus conflitos é o de escamotear perspectivas não menos importantes, senão essenciais, tal qual a de que os direitos de propriedade intelectual não devem comprometer uma melhor distributividade dos progressos tecnológicos e desenvolvimentistas, vez que, conforme luz trazida pela teoria econômica, representam forma de alocação de recursos que não prescinde de funcionalização em prol da eficiência econômica e social. Exacerbar a eficiência econômica olvidando-se da social geraria um descompasso desnaturador.

Assim, a mensagem que a atual disposição do sistema internacional de propriedade intelectual envia a seus destinatários é a de que se conseguirem ter acesso a algum patrimônio genético, seja observando usos e costumes de povos autóctones ou não, seja de forma legítima ou ilegítima, ser-lhes-á dada guarida. Não se questiona, aqui, o fato em si de uma pesquisa resultar em um direito de patente que poderá vir a ser comercializado. Não se quer pôr em cheque o valor das patentes.

O problema reside na forma como se dá o acesso ao patrimônio genético da diversidade biológica, que, no caso brasileiro, é constitucionalmente assegurada como bem de uso comum do povo, tendo em vista ser bem ambiental de interesse da coletividade e, além disso, no fato de o sistema internacional de propriedade intelectual dar pouca relevância a tal fato, obstruindo mesmo a efetividade das legislações nacionais regulamentadoras.

Assim, quando esse acesso se dá de forma ilegítima, por meio de biopirataria, desrespeitando a soberania nacional (em face de inexistência de autorização qualquer) e a

repartição equitativa dos benefícios, o advento de uma patente vem a coroar verdadeira prática de espólio, em atitude de total descompromisso com o desenvolvimento compartilhado.

Foi visto, é verdade, que há, por parte dos países em desenvolvimento, uma tendência a se unirem em torno de certas exigências referentes à fase de acesso. Apesar de alguns países desenvolvidos, especialmente europeus, já travarem discussões acerca do tema, esse ponto representa verdadeira contingência, já que tais medidas poderiam ser objeto de provocação do OSC da OMC, por supostamente representarem criação de condição nova para a concessão de direito de propriedade intelectual. Esse “medo”, como visto, vem desafiando a própria efetividade das legislações regulamentadoras de cada país, como ocorre aqui no Brasil, com a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

Por fim, convém destacar que a CDB, ao contrário do que outrora percebido em outras convenções internacionais, não trata a diversidade biológica como patrimônio comum da humanidade. Os recursos naturais, por sua visão, submetem-se às respectivas soberanias, o que gera certa restrição ao acesso de recursos genéticos que deve ser respeitada.

Todavia, a essa soberania não é facultado simplesmente vedar ou criar restrições, mas é seu dever criar condições de acesso para utilização ambientalmente adequada de tais recursos. Assim sendo, o que se percebe é um movimento que não mais pode ser barrado, especialmente se, quando se pensar em uma oposição, esta for a de um único Estado-nação, ou uma porção reduzida deles, em antagonismo ao interesse comunitário (global).

Dessa forma, muito da possibilidade de proteção dessas riquezas estaria mesmo nas mãos de seus detentores, em suas vontades de vencer a inércia e criar políticas públicas eficientes. Isso não afasta a necessidade da atuação política internacional, mas a complementa.

Nesse cenário, não se deve ignorar que Brasil e América Latina, como detentores da mais ampla biodiversidade mundial, ocupam posições estratégicas, não devendo se afastar dos epicentros de tais discussões.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral. Acesso aos recursos genéticos – Novos arranjos institucionais. **Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade**. I Encontro. Disponível em: < http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/biodiversidade/Cristina%20Maria%20do%20Amaral%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 23 de out. 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.

BERGEL, Salvador D. Qué Sistema de Protección para Las Innovaciones Biotecnológicas en América Latina?. In: **Derecho, Desarrollo y Sistema Multilateral del Comercio**. p. 71-100. Organizadores: Welber Barral e Carlos Correa., Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros.1993.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Volume 1 (A Sociedade em Rede). Tradução: Roneide Venâncio Majer. 12ª reimpressão, São Paulo: Paz e Terra.. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DI BLASI, Gabriel. **A Propriedade Industrial: os Sistemas de Marcas, Patentes e Desenhos Industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUTRA, Paula Hebling; PRESSER, Mário Ferreira. Propriedade Intelectual e Biodiversidade: Avanços nas Negociações dentro do Parágrafo 19 da Declaração de Doha. **Economia Política Internacional – Análise Estratégica. Nº 5 – abr./jun. 2005**. Campinas: Centro de Estudo de Relações Internacionais – CERI. Instituto de Economia da UNICAMP. 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: ADCOAS. 2005.

LAVRATTI, Paula Cerski. **Acesso ao Patrimônio Genético e aos Conhecimentos Tradicionais Associados**. Disponível em: < http://www.museu-goeldi.br/institucional/prop_documento.htm>. Acessado em: 08 set. 2010.

LIMA, Getúlio Targino. **Propriedade: Crise e Reconstrução de um Perfil Conceitual**. 2006. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). São Paulo: PUC. Programa de Estudos Pós-graduados em direito, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar, 1999.

MATIAS, João Luis Nogueira. O Fundamento Econômico e as Novas Formas de Propriedade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Coord.). **Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso. Repensando o direito de propriedade. **Anais do XV CONPEDI – Manaus**, Florianópolis: Fundação Boitex, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Considerações acerca do art. 15 da Convenção sobre a Biodiversidade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Coord.) **Propriedade e meio ambiente: em busca de sua convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. O Ativo Intangível dos Bens Imateriais e da Organização Produtiva da Empresa como Atributo do Estabelecimento Empresarial. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Brasília**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

Privilégio à Novartis racha BioAmazônia. Disponível em: <<http://www.amazonia.org.br/fogo/noticias/print.cfm?id=1513>>. Acesso em: 25 de out, 2010.

PERRY, Marvin. **Civilização ocidental: uma história concisa** / Marvin Perry; tradução Waltensir Dutra, Silvana Vieira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais**: análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Curso de Pós-Graduação em Direito, 2008

_____. Implicações do Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência sobre o Perfil Constitucional da Propriedade Intelectual. **Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI – Salvador**, Florianópolis: Fundação Boitex, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. **Direito, biotecnologia e propriedade intelectual**: acesso, apropriação e proteção jurídica dos elementos da biodiversidade amazônica. Dissertação de Mestrado em Direito Ambiental. Manaus: Universidade do Estado do Amazonas. Escola Superior de Ciências Sociais. Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental. 2007.

VIEIRA, Vinícius Garcia. **A proteção da biodiversidade latino-americana frente aos direitos de propriedade intelectual sob o modelo TRIPs**: alternativas e divergências. Dissertação de Mestrado. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria. Centro de Ciências Sociais e Humanas. Programa de Pós-graduação em Integração Latino-americana. 2009.