

VISÃO CRÍTICA SOBRE A CONVENÇÃO DA BIODIVERSIDADE - SEUS OBJETIVOS, SOBERANIA ESTATAL E ACESSO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL

Sandra Akemi Shimada Kishi¹

RESUMO: A aplicação integrada dos princípios relacionados ao acesso ao conhecimento tradicional e ao patrimônio genético com os objetivos da CBD constitui o link jurídico entre o direito indígena e das minorias com o direito da sociedade envolvente, desdobrando-os com efetividade e ligando todo o sistema jurídico de modo suficientemente elástico e eficaz, para então alcançar a compatibilidade entre o direito consuetudinário, na prática, com o direito positivo vigente. Essa aplicação integrada dos princípios e do devido procedimento do consentimento prévio informado parece ser em última ratio a meta da CBD ao compor o tríade de objetivos: conservação da biodiversidade, utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante acesso adequado.

Palavras-chave: Acesso ao conhecimento tradicional e repartição de benefícios. Princípios. Objetivos do CBD. Aplicação integrada. Link entre o direito indígena e das minorias com o direito da sociedade envolvente.

ABSTRACT: The integrated application of principles related to access to traditional knowledge and to genetic patrimony with the objectives of the CBD constitutes the legal link between indigenous and minority law and the law

¹ Procuradora Regional da República; mestre em direito ambiental, professora convidada nos cursos de pós-graduação lato sensu em direito ambiental na Universidade Metodista de Piracicaba. Coordenadora do Grupo de Trabalho sobre Águas do Ministério Público Federal e coordenadora adjunta do VI Curso de Ingresso e Vitaliciamento da Escola Superior do Ministério Público da União – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Pesquisadora no grupo de pesquisa DFG/Brasil-Alemanha em parceria com a Universidade de Bremen-Alemanha, sobre acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e repartição de benefícios (2007-2009).

of the surrounding society, clearly exposing them and holding together the overall legal system in a sufficiently flexible and effective manner, so as to achieve compatibility in practice between customary law and prevailing statutory law. The integration of the application of these principles and the due observance of prior informed consent procedures seems to be the ultimate goal of the CBD's three objectives: conservation of biodiversity, sustainable use of its components and fair and equitable sharing of benefits derived from the use of genetic resources, through appropriate access.

Keywords: Access to traditional knowledge and benefit sharing. Principles. Objectives of CBD. Integrated application. Link between indigenous and minority law and the law of the surrounding society.

Introdução

Uma leitura do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional, a partir de um olhar crítico sobre os objetivos da Convenção da Diversidade Biológica e noções principiológicas em matéria de soberania estatal é o mote deste trabalho para ajudar na estruturação de esperadas e eficientes normas jurídicas de proteção dos mecanismos de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade e de repartição de benefícios. São destacadas ainda neste trabalho algumas inovações previstas em projetos de lei que levam a necessárias reflexões críticas sobre essa instigante temática.

1. Objetivos da convenção da diversidade biológica

1.1. Três objetivos e suas três premissas

Os objetivos da Convenção da Diversidade Biológica (CDB)² elencados logo no seu art. 1º 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."³

Tal art. 1º, assim como os seguintes dispositivos da Convenção, tratam do termo "acesso" sob dois contextos distintos de um mesmo fato jurídico. De um lado, há o acesso aos recursos genéticos e, de outro, o acesso à tecnologia, numa linha horizontal de trocas na relação jurídica do acesso. No entanto, no Brasil, de todas as mais de 75 autorizações de acesso para pesquisa e para bioprospecção concedidas desde 2003 pelo CGEN – Conselho de Gestão do Patrimônio Genético⁴, não houve, em contrapartida, acesso à tecnologia, em nenhum dos casos. O acesso à tecnologia é um campo ainda obscuro, sobre o qual há poucas publicações elucidando sua implementação. A metodologia do acesso ou suas finalidades não se confundem com a tecnologia que será aplicada sobre o bem acessado. Mas, se na coleta de conhecimentos tradicionais com o "modus operandi" para a formulação de um remédio, em contrapartida, não for informado ou facilitado o acesso à tecnologia que será aplicada para a produção do remédio em laboratório, então, a relação jurídica já se inicia desfalcada e em desequilíbrio. O acesso à tecnologia empregada, como uma forma de repartição de benefícios, já deve ser disponibilizado desde o início da relação jurídica sinalagmática de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional, em contrapartida aos conhecimentos tradicionais divulgados. Isto se pode depreender dos objetivos da Convenção da Biodiversidade.

A CBD estabelece ademais que o acesso deva ser "adequado" e mediante "adequado" financiamento. Se houver financiamento, haverá prestação de contas e auditoria. São instrumentos jurídicos que fatalmente poderão incidir no acesso à sociobiodiversidade, num momento *a posteriori* da relação jurídica.

1.2. Objetivos, premissas e correlações

O art. 1º da CDB prevê ainda que mediante tais acessos buscam-se os seguintes objetivos:

- a) conservação da diversidade biológica;
- b) utilização sustentável de seus componentes;
- c) repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

Resulta deste enunciado do art. 1º que o acesso ao patrimônio genético e em contrapartida o acesso à tecnologia só se justificam se tiverem como objetivos a conservação da diversidade biológica, utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. Do modo como está disposto no artigo 1º da CDB, verifica-se que a transferência de tecnologias antecede a repartição de benefícios.

Duas correlatas obrigações jurídicas podem ser extraídas desse art. 1º da CBD: a) o acesso adequado com utilização sustentável de recursos genéticos, e b) a transferência apropriada de tecnologias com direitos de propriedade intelectual.

Extraí-se ainda do art. 1º da CBD que apenas um “financiamento adequado”, voltado ao primado da sustentabilidade, da preservação da diversidade biológica e para as políticas da biodiversidade, pode apoiar o acesso ao patrimônio genético e a transferência de tecnologias.

Estes objetivos da sustentabilidade, da preservação da diversidade biológica e da repartição justa e equitativa da CDB decorrem da gênese histórica desse Tratado global que deveria expressar “a necessidade da partilha de custos e benefícios entre países desenvolvidos e em desenvolvimento” e também “procurar formas de apoiar as comunidades locais, em políticas de conservação”.⁵ A CDB acabou assumindo contornos político-econômicos, porque reconhece o componente econômico, além dos puramente éticos, culturais e ambientais, dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais durante todo o processo de acesso, até a propriedade intelectual, numa valoração conjunta lógica-temporal dessas referências – ambientais, econômicas e culturais - no patrimônio genético e no conhecimento tradicional a ele associado.

1.3 Acesso “adequado” e o acesso “equitativo”

O termo “acesso adequado aos recursos genéticos” no art. 1º CDB remete ao acesso equitativo aos recursos naturais, que no Brasil tem força de princípio geral do direito ambiental⁶.

Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar do princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, observa que é preciso “verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos. (...) A equidade dará oportunidades iguais diante de casos iguais ou semelhantes”⁷

2. Soberania estatal

2.1. Direitos soberanos e o bem tutelado

O preâmbulo (§ 4º), o art. 3º e o art. 15, I da Convenção da Diversidade Biológica fundamentam a soberania dos Estados para estabelecer sua política de gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

A CDB foi ampla no tratamento do bem jurídico tutelado pelos direitos soberanos dos Estados “recursos biológicos”, os quais consoante o art. 2º da CBD: “compreende recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade”. Mas no acesso, conforme previsão do art. 15, da CBD, o bem jurídico restringe-se aos recursos genéticos. É uma distinção relevante. Significa dizer que em matéria de acesso, “os recursos genéticos devem ser compreendidos como recursos biológicos necessários ou utilizados por seu material genético e não por outras funções que os mesmos possuam. A extração de madeiras ou a caça, por exemplo, não estão incluídos no mandamento do art. 15.”⁸

2.2. Soberania e propriedade

O expresse reconhecimento da soberania nacional sobre os recursos biológicos, pertencentes ao território de um dado país, não compreende o conceito de propriedade. Os países não possuem a titularidade dos recursos naturais, mas possuem competência constitucional⁹ para legislar e autonomia¹⁰ para fiscalizar o controle e o uso desses recursos.

É importante ressaltar que a soberania dos Estados-nações para autorizar o acesso aos recursos genéticos do seu território não implica em propriedade sobre esses recursos genéticos, mas em gestão desses bens. A relação não é de domínio, mas sim, de gerenciamento.

Como ato internacional, a CDB, ao tratar de soberania reporta-se em verdade, à autonomia do país para dispor sobre seus recursos genéticos e permite a apropriação estatal dos recursos genéticos, dependendo do que regular o Estado parte na implementação da CDB em nível nacional.

2.3. Soberania e responsabilidade por danos transfronteiriços

Observa-se que, à luz do art. 3º da CBD¹¹, há uma responsabilidade imposta aos Estados sobre danos transfronteiriços, que devem ser evitados, sejam decorrentes de atividades sob a sua jurisdição ou mesmo sob seu controle¹².

2.4. Soberania e políticas públicas dos estados-partes

Embora sem força vinculante, é importante destacar o princípio nº 2 da Declaração do Rio de Janeiro/92, como ato declaratório de relevância jurídica: “Conforme a Carta das Nações Unidas e aos princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em conformidade às suas próprias políticas em matéria de ambiente e desenvolvimento”.

A Convenção da Diversidade Biológica¹³, que reúne normas com força cogente, é o primeiro tratado internacional a incorporar o princípio 21 da Declaração de Estocolmo, de 1972, que

versa sobre o direito soberano dos Estados de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, na parte operacional de seu texto (artigo 3º), não se restringindo em simplesmente expressá-lo em seu preâmbulo¹⁴.

Este direito soberano de exploração dos próprios recursos à luz de sua política de gestão orientar-se-á por princípios cujo objetivo geral será a promoção de forma integrada da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável de seus componentes, com a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, de seus componentes e dos conhecimentos tradicionais associados a esses recursos¹⁵. Neste último caso, mediante o consentimento prévio fundamentado e com a autorização do Estado provedor dos recursos.¹⁶

A notável relevância da variabilidade biológica e a necessidade de sua preservação dependem de uma política de meio ambiente, voltada ao desenvolvimento sustentável. Mas, não basta a implementação de tal política em nível interno por determinados países (art. 3º, CBD), mesmo porque, em escala planetária, há a invocação a uma política global de preservação da diversidade biológica (par. 3º, preâmbulo da CBD) e de utilização sustentável dos recursos biológicos (par. 5º, preâmbulo da CBD).

É de suma relevância, destarte, que o Poder Público efetivamente implemente a preservação da integridade dos recursos biológicos e a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, através de políticas públicas de gestão de seu uso equitativo. No sistema brasileiro, isto vem prescrito na Constituição Federal de 1988 (artigo 225, § 1º, I e II), no art. 1º da Convenção da Diversidade Biológica, que tem força normativa cogente, porque incorporada ao sistema jurídico interno através de sua ratificação pelo Congresso Nacional¹⁷ e ainda no art. 1º do Decreto 6040/2007.

2.5. Soberania e cooperação internacional

Da mesma forma, a cooperação internacional em matéria de acesso à sociobiodiversidade não deve tender a abolir as autonomias de outros níveis de governo. Isto porque as nações estão

jungidas ao dever universal de desenvolvimento sustentável, que corresponde a um direito fundamental da humanidade; Cabe a elas bem cooperar de forma a reconhecer as peculiaridades locais, regionais e nacionais, propiciando sinergias e integração dessas ações nacionais com convenções, tratados e acordos internacionais. É da gênese da Convenção da Biodiversidade “a idéia da responsabilidade compartilhada pela manutenção da biodiversidade do planeta”, como enfatizado por Aurélio Veiga Rios¹⁸.

Da leitura do preâmbulo, bem assim dos artigos 5, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 da CBD depreendem-se as seguintes conclusões: Os Estados, em ações de cooperação internacional em matéria de biodiversidade, estão vinculados aos princípios da sadia qualidade de vida e do desenvolvimento sustentado, do acesso equitativo aos recursos naturais, da precaução, da informação e da participação e da reparação integral. Os objetivos da preservação e da utilização sustentável da biodiversidade são uma preocupação comum à humanidade (par. 3º do preâmbulo da CBD), com responsabilidades diferenciadas, incumbindo aos países desenvolvidos o aporte de recursos financeiros novos e adicionais e a facilitação do acesso às tecnologias pertinentes para atender às necessidades dos países em desenvolvimento. O compromisso de cooperação científica e de apoio financeiro (artigos 18 e 20) é uma compensação pelo acesso à biodiversidade e ao conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos. Essa compensação deve repousar em criteriosas bases jurídicas, de maneira a permitir a ruptura do processo crescente de desigualdade social e tecnológica entre o bloco dos países desenvolvidos e o dos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, sob pena de se tornar um perverso instrumento de reafirmação dessas diferenças. A cooperação internacional e os direitos soberanos são conciliáveis, de modo que uma não deve anular ou enfraquecer a outra.

2.6. Soberania e patrimônio comum da humanidade versus preocupação comum da humanidade

Em matéria de preservação da diversidade biológica, fala-se num princípio da soberania

sobre o patrimônio genético, à luz das regras e princípios norteadores da Convenção da Biodiversidade.

A Convenção da Biodiversidade não considerou os recursos genéticos “patrimônio comum da humanidade”, termo utilizado na Declaração de Estocolmo em relação ao bem ambiental e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982¹⁹, relativamente aos fundos marinhos. O que é comum da humanidade para a Convenção da Biodiversidade (conforme seu preâmbulo e art. 5º) e para a Convenção-Quadro da Mudança do Clima (art. 3º) é a preocupação pública com a conservação da diversidade biológica. Portanto, a leitura adequada de patrimônio comum da humanidade é preocupação comum da humanidade.

Com efeito, como observa Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, embora a Declaração de Estocolmo/72, no princípio 18, prescreva meio ambiente como patrimônio comum da humanidade, em verdade, principalmente, com relação aos recursos genéticos, o que deve existir é um “pensar coletivo, em prol da realização de ideais comuns da humanidade”.²⁰

Desde 1972, já constava tal princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional, no art. 21 da Declaração de Estocolmo, consoante segue: “de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos de acordo com sua política de meio ambiente”²¹.

Insta anotar que a Convenção da Biodiversidade relacionou o conceito de soberania nacional sobre os recursos biológicos com o conceito de preocupação comum da humanidade (preâmbulo da CBD) e não utilizou o termo “patrimônio comum da humanidade”. Trata-se de uma expressão inovadora que vem em substituição ao conceito de patrimônio comum da humanidade, previsto na Declaração de Estocolmo/72. Ao substituir o termo patrimônio comum, *res communes*, pelo de “preocupação comum”, a CBD derrubou a concepção de que os recursos naturais pertenceriam à humanida-

de, autorizando-se um livre acesso sem levar em conta as particularidades distintas de cada Estado nacional.

O conceito de patrimônio comum revela-se inadequado diante das diferenças do atual sistema global, das distintas situações de cada Estado nacional e das distintas capacidades científico-tecnológicas e econômicas das corporações transnacionais.²²

Pode-se afirmar que a expressão patrimônio comum da humanidade já a partir de 1982 adquiria significado de necessária preocupação global com a biodiversidade. Com efeito, em 1982, a Convenção Internacional sobre o Direito do Mar reconheceu em seu artigo 136 que o leito do mar, os fundos marinhos e seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional constituem patrimônio da humanidade. Tal concepção, no entanto, está inserida numa perspectiva claramente solidária, pois devem ser considerados, de modo particular, “os interesses e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, quer costeiros quer sem litoral, como declarado no preâmbulo da Convenção²³.”

2.7. Direitos soberanos e limitações

Considerando o item 1, do artigo 15 da Convenção da Biodiversidade, que prescreve: “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”. Pode-se concluir, inicialmente, que em matéria de preservação dos recursos naturais e seus ecossistemas, nenhum país tem a soberania absoluta para usá-los para causar poluição, à luz também do artigo 3º da CBD. A idéia de soberania do país em não utilizar recursos biológicos para degradar ou poluir nem autorizar que outro país assim o faça, também está refletida no par. 2 do art. 15 da CBD, que diz que “cada parte deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras partes contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção.”²⁴

Como anota Francisco Eugênio M. Arcan-

jo, o direito internacional ambiental não fica só no reconhecimento da soberania dos Estados na gestão de seus bens ambientais, exige mais, pois invoca a regulação e implementação em nível nacional das normas do CBD, numa obrigatoriedade da intervenção pelo poder público²⁵.

2.8. Obrigatoriedade da intervenção pelo poder público

Essa obrigatoriedade da intervenção do Estado, decorrente dos direitos soberanos sobre os seus próprios recursos biológicos como prevista na CBD, desde 1972, já estava na Declaração de Estocolmo, *verbis*: “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.” (artigo 17)

Conforme encerrado no artigo 225, *caput* e § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, o Poder Público tem o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, *verbis*:

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

§ 1º - “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”

Esses comandos diretivos conformam constitucionalmente o Estado de Direito Ambiental e consagram o paradigma da sustentabilidade como meta no sistema brasileiro.

Segundo José Manuel Pureza, o “eixo ordenador do Estado ambiental é antes o primado da conservação do patrimônio natural”, porquanto, invocando a lição de Bellver Capella, trata-se afinal de “forma de Estado que se propõe aplicar

o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado para a procura da igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”.²⁶

A despeito desse dever universal de desenvolvimento sustentado, assevera Fábio Konder Comparato que o cumprimento desse dever “não pode ser deixado por conta do livre funcionamento dos mercados. É o Estado que deve atuar, precipuamente, como o administrador responsável dos interesses das futuras gerações”.²⁷ Este direito negativo imposto ao Estado-gestor, dirigido à proteção ambiental, corresponde a um dever de não agir de modo a pôr em risco a diversidade e a integridade do patrimônio genético.

O peso dos interesses públicos envolvidos na gestão do patrimônio genético impede o Estado de querer reservar para si o poder de decisão política relativamente àqueles interesses, impedindo o concurso de grupos, das associações civis ou das organizações não-governamentais²⁸, seja num regime de colaboração como canais de comunicação, seja até como agentes provocadores da defesa desses interesses coletivos *lato sensu*. No Brasil, como tais atores são legitimados a defesa desses interesses coletivos em juízo, certamente podem atuar extra-judicialmente na defesa daqueles direitos²⁹.

3. Acesso ao conhecimento tradicional e repartição de benefícios (art. 8, “j”, cdb)

O art. 8º, “j” trata da conservação *in situ* e diz que em conformidade com a legislação nacional é necessário respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas, e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

Vê-se que a CDB reconhece que o conhecimento, inovações e práticas dessas comunidades são relevantes para o manejo sustentável da biodiversidade.

A primeira parte do artigo 8º, “j” ressalta o valor intrínseco da diversidade biológica em suas dimensões social e cultural, merecedor de ser mantido e preservado mediante políticas públicas adequadas.

Na legislação brasileira (art. 1º, I do Decreto 6040/2007), a preservação do conhecimento, das inovações e das práticas das comunidades tradicionais dá-se mediante ações voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Segundo o art. 1º, XIV do Dec. 6040/2007, a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica são um dos princípios da política de desenvolvimento dos povos tradicionais.

Pode-se concluir que a CDB faz um link entre desenvolvimento sustentável, valor comercial³⁰ e acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional diante da expressão “incentivar sua mais ampla aplicação”. Assim, a CDB sustenta-se em uma tríade em que cada vértice da base está representada pela “utilização sustentável (art. 1º) e o valor econômico (art. 8º, “j””, a “conservação da diversidade biológica” (art. 1º) e o valor cultural (art. 8º, “j”) e “acesso adequado” (art. 1º) e repartição de benefícios, ligados por cipoais ou pontes em que transitam em direções opostas e por vezes convergentes mas com certa flexibilidade, o sistema positivo de proteção jurídica da sociedade envolvente e o direito das minorias das comunidades tradicionais envolvidas no procedimento de acesso.

O termo “aprovação” no art. 8º, “j” da Convenção da Diversidade Biológica, base estrutural do consentimento prévio fundamentado pelas comunidades tradicionais, é repetido expressamente no § 5, do artigo 15, da CBD.

Da expressão “participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas” extrai-se que a representatividade das comuni-

dades tradicionais realiza-se, por elas próprias ou por suas organizações, no exercício do direito fundamental à autodeterminação. No Brasil, a CF/88 (art. 232) atribui ao povo indígena um sistema próprio de representação, *munus* que não deve ser exercido por órgão do poder público, especialmente do Poder Executivo. Portanto, os povos indígenas detêm legitimidade para figurarem como partes no consentimento prévio informado e no contrato de utilização e repartição de benefícios, respeitando-se seus próprios métodos tradicionais de escolha de seus representantes. Para a efetividade dessa participação, é preciso que as trocas de informações constantes e as tratativas para o contrato de acesso e utilização dêem-se na língua ou dialeto dos detentores, com assessoria jurídica e apoio de profissionais das multidisciplinas de interface. O laudo antropológico independente é um dos instrumentos de política de acesso que pode abrigar informações técnicas sobre a cultura e o sistema de organização sócio-político da comunidade tradicional e sobre o grau da dinâmica de troca de informações e de esclarecimento por parte dos provedores sobre as finalidades do acesso. Tudo isso deve ser precedido da prévia revelação da metodologia de pesquisa; das conseqüências previsíveis, da completa identificação, com todos os dados, da pessoa física ou jurídica interessada no acesso.

4. Considerações sobre o acesso à luz do artigo 15 da cdb

4.1. Condições para o acesso.

O 2º § desse dispositivo da Convenção prescreve que cada Estado deve procurar “criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outros Estados e não impor restrições contrárias aos objetivos” da CBD. A expressão “deve procurar criar condições para permitir” e que a recomendação “a não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção” leva a duas conclusões: a de que “o acesso a recursos genéticos não constitui um dever do Estado que os possui nem um direito de outras partes contratantes ou particulares que pretendam aceder”³¹ e a de que

a CDB “limita a liberdade de um país de fechar a porta de seu invernadouro”³².

4.2. Irretroatividade da lei

O § 3º do art. 15 da CDB estabelece que os recursos genéticos providos por um Estado “são apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção”, invoca-se o princípio da irretroatividade da lei. Ou seja, não há a obrigação de repartição dos benefícios das aquisições e utilizações realizadas antes da CDB.

4.3. Natureza jurídica do acesso

O § 4º, art. 15 da CDB valoriza o aspecto contratual do acesso, mediante mútuo consentimento e consentimento prévio informado após a concessão para o acesso pelo órgão competente. Assim, concebe-se que tanto o consentimento prévio informado quanto o contrato de utilização e repartição de benefícios detêm natureza de transação. Não há um modelo estanque ou padrão para este contrato, diante das distintas circunstâncias de cada hipótese de acesso.

4.4. Consentimento prévio informado.

O § 5º do art. 15 vem na mesma linha de valoração da vontade legítima da parte provedora, tomada previamente ao contrato de acesso, através do consentimento prévio informado, “a menos que de outra forma determinado por essa parte”. O consentimento prévio informado é o instrumento jurídico garantidor da observância dos demais princípios relacionados no artigo 15, da CDB, imprimindo legitimidade ao acesso e segurança jurídica ao solicitante. Além disso, a gama de informações encerrada nesse procedimento de consentimento prévio informado ajudará na indicação dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional acessados e de sua repartição, de forma justa e equitativa. Com efeito, o consentimento prévio informado está longe de se resumir a um mero ato formal de anuência prévia. Trata-se de um procedimento formado

por trocas de informações e esclarecimentos em sede de reuniões, palestras e audiências públicas, que culmina na anuência ou na decisão de negar o acesso.

Autores ressaltam que “não é exagero sustentar que o consentimento prévio fundamentado é a questão chave do art. 15”³³.

Esse fundamental caráter da essencialidade do consentimento prévio informado impede qualquer interpretação ampliativa quanto à expressão “a menos que de outra forma determinado” pela parte provedora, sob pena de ofensa aos demais princípios prescritos na CDB. Neste diapasão, Márcia Rodrigues Bertoldi observa que esta excepcionalidade expressa no art. 15, § 5º não significa que o consentimento prévio informado é apenas uma sugestão, pois constitui uma condição ao acesso.³⁴ Demais disso, se não fosse uma condição essencial, mas uma opção apenas, não se utilizaria o verbo “deve”, mas sim “pode”, no § 5º do art. 15, da CDB. A hermenêutica jurídica recomenda que referida expressão poderia no máximo significar que a parte provedora tem autonomia para regular determinados casos em que não se aplicaria o consentimento prévio informado, justificadamente e num regime de exceção e desde que a situação seja excepcionada mediante lei. Com efeito, sobre essa expressão, Glowka, Burhenne-Guilmin e Synge ilustram hipóteses passíveis de não aplicação do consentimento prévio informado: “Por exemplo, o “PIC”³⁵ poderia aplicar-se a todos os recursos genéticos dentro de sua jurisdição ou somente a categorias particulares”³⁶.

4.5. Facilitação à repartição de benefícios

Os §§ 6º e 7º, do art. 15 tratam do retorno dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. A obrigação do usuário de recursos genéticos, como prevista no § 7º começa no procedimento do PIC, ocasião em que as condições a serem mutuamente acordadas num contrato de acesso são informadas e discutidas. Em contrapartida à facilitação ao acesso pelos provedores vem a facilitação à repartição justa e equitativa dos benefícios e dos resultados³⁷ derivados das biotecnologias baseadas em recursos genéticos ou no conhecimento tradicional a eles associa-

dos, aliada à obrigação de facilitar o acesso e a transferência de tecnologias³⁸ e a obrigação de realizar e promover investigações científicas com base nos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais acessados³⁹, assegurada a participação nas atividades de investigação sobre biotecnologias⁴⁰, mediante a efetiva adoção de medidas administrativas e legislativas.

Algumas medidas relevantes para a efetivação da obrigação de facilitação do acesso e transferência da tecnologia já foram implementadas na legislação brasileira. Por exemplo, a demonstração de provas do consentimento prévio informado na permissão de importação do recurso genético importados; os registros dos recursos genéticos importados, indicando a origem e demais informações; o formal requerimento de distribuição de resultados por associação de países provedores em atividades de pesquisa e desenvolvimento, dentre outras medidas⁴¹.

4.6. Os vários projetos de lei de acesso no Brasil

No Brasil, há 5 projetos e anteprojetos de lei de acesso, sendo que a última, de dezembro de 2007 que não exclui as demais, prevê a figura do conhecimento tradicional disseminado⁴², dispensando, neste caso⁴³, a licença do CGEN – Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (art. 32) assim como para acessos para pesquisas. Mas, ainda permanece a necessidade de licença para a remessa para o exterior de material biológico com a finalidade de pesquisa científica ou tecnológica, gerando dúvidas sobre uma suposta facilitação ao acesso para a pesquisa⁴⁴. Atualmente, já há previsão legal de uma licença permanente a determinados pesquisadores⁴⁵ para a coleta e transporte de materiais biológicos⁴⁶ com finalidade científica ou didática no território brasileiro⁴⁷. A licença permanente de acesso para pesquisador não é válida para recebimento ou envio de material biológico ao exterior⁴⁸.

4.6.1. Conhecimento tradicional disseminado:

Segundo o mais recente anteprojeto de lei de dezembro de 2007⁴⁹ (art. 7º, XIX) é

aquele conhecimento tradicional difundido na sociedade brasileira, de uso livre de todos, não reconhecido como sendo associado diretamente à cultura de comunidades indígenas, quilombolas ou tradicionais identificadas. A dificuldade está em identificar o alcance do significado de não associado “diretamente” à cultura de comunidades tradicionais “identificadas”. Diante dessa redação, não há como se afastar o procedimento de formalização do consentimento prévio informado no acesso ao conhecimento tradicional disseminado. Isto porque o procedimento do consentimento prévio informado com trocas de informações, reuniões, palestras e elaboração de laudo antropológico proporcionaria chegar-se à identificação dos detentores do conhecimento tradicional. A maior dificuldade reside em se esclarecer o que significa como distinguir conhecimento tradicional “diretamente” ou “indiretamente” associado à cultura de comunidades tradicionais. Se não for diretamente relacionado seria ainda assim um conhecimento tradicional? Estar-se-ia criando uma nova modalidade de conhecimento tradicional associado à cultura e não ao material biológico? Neste caso, o folclore estaria incluído como conhecimento tradicional disseminado? E se o conhecimento tradicional disseminado não for difundido em toda a sociedade brasileira, ciente de que o Brasil é um país de grande extensão territorial e multicultural?

Conclusão

No acesso aos conhecimentos tradicionais e ao patrimônio genético, diversas são as questões ainda desafiadoras e em aberto. O texto buscou evidenciar os aspectos principiológicos encontrados na Convenção da Diversidade Biológica, que merecem sempre ser aplicados de forma integrada na matéria. Talvez, melhor que vivenciar uma hipertrofia legislativa, seria buscar a práxis, sempre sustentada em princípios atinentes ao acesso ao conhecimento tradicional e à repartição de benefícios e que jamais desconsidere os objetivos da Convenção da Diversidade Biológica, já incorporados no nosso ordenamento jurídico. Isso certamente contribuiria para um

eficiente sistema jurídico de proteção do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional no Brasil.

Notas

² A Convenção da Diversidade Biológica foi incorporada no nosso ordenamento jurídico, visto que ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto legislativo 2, de 3.2.2004 e promulgada pelo Decreto n. 2519, de 16.3.1998 (DOU de 17/3/98).

³ In Convenção da Biodiversidade, Entendendo o Meio Ambiente, Secretaria de Estado do Meio Ambiente de São Paulo, São Paulo: SMA, 1997, p. 15-16.

⁴ <http://www.mma.gov.br/cgen>

⁵ BURHENNE apud ALENCAR, Gisela S. de, Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafios para Implementação in BENJAMIN, Antonio Herman e MILARÉ, Edis (coord), Revista de Direito Ambiental, nº 3, São Paulo, Editora RT, jul-set, 1996, p. 91.

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 59.

⁷ Op.cit., p. 59 e 60.

⁸ COSTA E SILVA, Eugênio da, “Ciência, Direitos Intelectuais e Biodiversidade”, in Revista da ABPI, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 21, São Paulo, mar/abr 1996, p. 3.

⁹ Art. 24, VI da Constituição da República Federativa do Brasil: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ... VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

¹⁰ Art. 23, VI da Constituição da República Federativa do Brasil: “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

¹¹ 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”

¹² O art. 13 da Declaração do Rio de Janeiro expressa nesse mesmo sentido a responsabilidade dos Estados por danos transfronteiriços

¹³ Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto legislativo 2, de 3.2.2004 e promulgada pelo Decreto n. 2519, de 16.3.1998 (DOU de 17/3/98)

¹⁴ SANDS, Philippe, Principles of international environmental law, frameworks, standarts and implementation, vol. I, Manchester, UK: Manchester University Press, 1995, p. 382.

¹⁵ No Brasil, há previsão legal neste sentido (Decreto 6040, de 7/2/2007, art. 1º).

¹⁶ PEA 2186-16 provides about the institution of prior consent by the providers and authorization and approval of the agreement by the GRMC. (art. 16, § 9 c.c. art. 8, § 1 and art. 9, II and art. 11, IV, “b”, and V, all included in PEA 2186-16/81).

- ¹⁷ Assinada no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 05.06.1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 2, de 03.02.1994 e promulgada pelo Decreto 2.519, de 16.03.98 (DOU de 17.03.98).
- ¹⁸ RIOS, Aurélio Veiga Rios, O Direito da Biodiversidade, in Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 112. Anais.
- ¹⁹ No Preâmbulo da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, afirma-se que os “fundos marinhos e seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional (“a Zona”) e os recursos da Zona são patrimônio comum da humanidade”.
- ²⁰ Castro e Costa Neto, Nicolau Dino, Proteção Jurídica do Meio Ambiente - Florestas, Del Rey Editora, Belo Horizonte/MG: 2003, p. 138.
- ²¹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, Direito Ambiental Internacional, Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e os Desafios da Nova Ordem Mundial, Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p. 325.
- ²² ALENCAR, Gisela S. de, Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafios para Implementação in BENJAMIN, Antonio Herman e MILARÉ, Edis (coord), Revista de Direito Ambiental, nº 3, São Paulo, Editora RT, jul-set, 1996, p. 95.
- ²³ COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 404.
- ²⁴ Art. 15, item 2, da Convenção da Biodiversidade.
- ²⁵ ARCANJO, Francisco Eugênio M., Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Sei do Senado 306/95, in BENJAMIN, Antônio Herman e MILARÉ, Edis, Revista de Direito Ambiental, nº 7, Ano 2, São Paulo: Editora RT, jul/set. 1997, p. 148.
- ²⁶ PUREZA, José Manuel, O Estatuto do Ambiente na Encruzilhada de Três Rupturas, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, nº 102, dez/97, p. 15.
- ²⁷ COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 425.
- ²⁸ Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, em seu Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para agir, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 99/100: “...nos países mais civilizados e democráticos, admite-se a colaboração dos indivíduos, agrupados ou não, servindo como canais de comunicação para os interesses difusos, conduzindo-os até os centros de decisão do Estado. Assim se passa nos Estados Unidos, com a instituição do ideológico plaintiff, onde uma pessoa ou grupo funciona como porta-voz de todos os indivíduos abrangidos numa situação homogênea; na França, onde associações se fazem portadoras de interesses difusos, como dos consumidores ou de certas minorias; na Suécia, onde associações de consumidores os representam junto à Corte de Mercado; na Itália, onde associações são admitidas à tutela de interesses difusos, como os de proteção à paisagem.”
- ²⁹ Art. 5º da Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).
- ³⁰ COSTA E SILVA, Eugênio, Ciência, Direito Intelectuais e Biodiversidade, in Revista da ABPI n. 21- Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, São Paulo, mar-abr, 1996, p. 5
- ³¹ BERTOLDI, Márcia Rodrigues, Regulação Internacional do acesso aos recursos genéticos que integram a biodiversidade” in Revista de Direito Ambiental nº39, jul-set, 2005, pág. 131.
- ³² GOLLIN, M., La Convención sobre la Diversidad Biológica y los Derechos de Propiedad Intelectual, VV.AA, in La Prospección de la Biodiversidade: el uso de los recursos genéticos para el desarrollo sostenible. EUA: World resources Institute (WRI), 1994, p. 333.
- ³³ HENDRICKS, F.; KOESTER, V.; PRIP., C; Convention on Biological Diversity, access to Genetic Resources: A Legal Analysis, in Environmental policy and law, 23/6, 1993, p. 252.
- ³⁴ BERTOLDI, Márcia Rodrigues, Regulação Internacional do acesso aos recursos genéticos que integram a biodiversidade” in Revista de Direito Ambiental nº 39, jul-set, 2005, p. 136.
- ³⁵ PIC ou prior informed consent é a sigla em inglês para consentimento prévio informado.
- ³⁶ GLOWKA, L.; BURHENNE-GUILMIN, F.; SYNGE, H., apud BERTOLDI, Márcia Rodrigues, op. cit, p. 136.
- ³⁷ Art. 19, § 2º, CBD
- ³⁸ Art. 16, §§ 3º e 4º, CBD
- ³⁹ art. 15, § 6º, CBD.
- ⁴⁰ Art. 19, § 1º, CBD.
- ⁴¹ DOC UNE/CDB/EP-ABS/2. apud BERTOLDI, Márcia Rodrigues, op. cit. p. 140/141.
- ⁴² Art. 7º, XIX, Anteprojeto de lei acesso, de dezembro de 2007.
- ⁴³ Art. 45, par. Único, Anteprojeto de lei de acesso (2007), embora o caput e o seu par.único versem sobre distintas matérias não resguardando relação de pertinência.
- ⁴⁴ Art. 58, caput, do Anteprojeto de lei de acesso (2007)
- ⁴⁵ pesquisador cadastrado junto ao SISBIO Sistema de Autorização e Informação em Biodiversidade, com título de doutor ou equivalente, reconhecido no Brasil, e vínculo empregatício efetivo com instituição científica (art. 11, da IN 154, de 1/3/2007, do IBAMA)
- ⁴⁶ Art. 3º, I e IV da IN 154/2007 do IBAMA.
- ⁴⁷ Art. 3º, caput, da IN 154/2007 do IBAMA
- ⁴⁸ Art. 12, III, da IN 154/2007 do IBAMA.
- ⁴⁹ www.mma.gov.br/cgen0

Bibliografia

ALENCAR, Gisela S. de, *Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafios para Implementação* in BENJAMIN, Antonio Herman e MILARÉ, Edis (coord), *Revista de Direito Ambiental, nº 3*, São Paulo, Editora RT, jul-set, 1996.

ARCANJO, Francisco Eugênio M., *Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Sei*

do Senado 306/95, in BENJAMIN, Antônio Herman e MILARÉ, Édís, *Revista de Direito Ambiental*, n° 7, Ano 2, São Paulo: Editora RT, jul/set. 1997.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues, **Regulação Internacional do acesso aos recursos genéticos que integram a biodiversidade”** in *Revista de Direito Ambiental* n° 39, jul-set, 2005.

BURHENNE apud ALENCAR, Gisela S. de, *Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafios para Implementação* in BENJAMIN, Antonio Herman e MILARÉ, Edis (coord), *Revista de Direito Ambiental*, n° 3, São Paulo, Editora RT, jul-set, 1996.

CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino, *Proteção Jurídica do Meio Ambiente - Florestas*, Del Rey Editora, Belo Horizonte/MG: 2003.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COSTA E SILVA, Eugênio da, “*Ciência, Direitos Intelectuais e Biodiversidade*”, in *Revista da ABPI, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, n° 21, São Paulo, mar/abr 1996.

GOLLIN, M., *La Convención sobre la Diversidad Biológica y los Derechos de Propiedad Intelectual*, VV.AA, in *La Prospección de la Biodiversidade: el uso de los recursos genéti-*

cos para el desarrollo sostenible. EUA: World resources Institute (WRI), 1994.

HENDRICKS, F.; KOESTER, V.; PRIP, C; *Convention on Biological Diversity, access to Genetic Resources: A Legal Analysis*, in **Environmental policy and law**, 23/6, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para agir*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

PUREZA, José Manuel, *O Estatuto do Ambiente na Encruzilhada de Três Rupturas*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n° 102, dez/97.

RIOS, Aurélio Veiga Rios, O Direito da Biodiversidade, in *Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos*, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 112, *Anais*.

SANDS, Philippe, *Principles of international environmental law, frameworks, standarts and implementation*, vol. I, Manchester, UK: Manchester University Press, 1995.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, *Direito Ambiental Internacional, Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e os Desafios da Nova Ordem Mundial*, Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.