

# Atualidades

## A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

CLÁUDIA MARINS ADIERS

*1. Introdução. 2. Propriedade intelectual: 2.1 Propriedade – 2.2 Propriedade intelectual: 2.2.1 O TRIPS e a Convenção da União de Paris – 2.2.2 O TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica – 2.3 Propriedade industrial. 3. Biodiversidade: 3.1 Conservação e gestão sustentável da biodiversidade – 3.2 Princípio da soberania sobre os recursos biológicos: 3.2.1 Princípio da soberania – 3.2.2 Princípio da territorialidade – 3.3 Acesso e transferência de tecnologia. 4. Dos conhecimentos tradicionais. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.*

### 1. Introdução

A relevância econômica, tecnológica e social da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais é inquestionável. Causa preocupação aos mais diversos segmentos da sociedade o fato de o Brasil – um país que possui mais de 20% da diversidade biológica do mundo – ainda não ter legislado sobre questões de acesso, transferência e proteção ambiental e intelectual deste capital genético, permanecendo inerte à intensa *biopirataria* da qual o país vem sendo vítima há vários anos.

Ilustrando tal assertiva, vê-se que no mercado de biotecnologia foram aplicados US\$ 60 bilhões nos últimos dois anos em todo o mundo, sendo este, segundo investidores estrangeiros, um dos setores mais promissores para investimentos de risco, à medida que as empresas de biotecnologia enquadram-se em três regras básicas de investimento: têm grande potencial de pro-

duzir empregos, riqueza e inovações tecnológicas.<sup>1</sup>

A propriedade intelectual é um importante instrumento de proteção desta riqueza, sendo abordados conceitos e princípios norteadores desta área que dizem respeito ao direito internacional. Além disso, outro tema trazido à discussão é a questão do usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas e o questionamento da repartição equitativa dos frutos e riquezas destas – propriedade material – e do proveito econômico obtido a partir do patrimônio intelectual e cultural indígena.

1. Fonte: jornal *Gazeta Mercantil* de 23.1.2001, p. C-4. Esta matéria acrescenta que a *J. P. Morgan* enviou “batedores” ao pólo biotecnológico de Minas Gerais, sendo que, dos US\$ 700 milhões de capital de risco destinado anualmente para a América Latina, nos últimos anos o Brasil tem ficado com cerca de US\$ 300 milhões.

## 2. Propriedade intelectual

### 2.1 Propriedade

O direito natural à propriedade, de acordo com Wolgran Junqueira Ferreira,<sup>2</sup> funda-se na natureza racional do homem, que necessita de bens de consumo, dos frutos da terra e da terra mesmo e de todos aqueles seres que servem ao homem como meio de cumprir seu fim. Como ser dotado de razão, há de se conceder necessariamente ao homem a faculdade não só de usar, como os demais animais, senão de possuir, como direito estável e perpétuo, assim as coisas que se acabam com o uso e as que, mesmo sendo usadas, não se acabam.

A propriedade,<sup>3</sup> na linguagem jurídica – segundo De Plácido e Silva<sup>4</sup> –, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa atribuída à pessoa.

Nossa Constituição Federal/1988, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade. O instituto é conceituado na doutrina civil,<sup>5</sup> sinteticamente, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, como o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, trata-se de direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

E, em seu inciso XXIII, o art. 5º da Constituição Federal expressa o condicionamento do direito de propriedade à sua

função social. Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup> o conceito constitucional de *proteção ao direito de propriedade*<sup>7</sup> transcende a concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial; afirma que essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só a propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Segundo o autor a garantia constitucional de propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos.<sup>8</sup>

### 2.2 Propriedade intelectual

A propriedade intelectual é definida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual<sup>9</sup> – OMPI<sup>10</sup> como “a soma dos

6. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998, pp. 148-156.

7. Segundo ele, “embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico”. Acrescenta que: “As limitações impostas ou as novas conformações emprestadas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais” (idem).

8. Assim, a propriedade, enquanto instituto jurídico, obriga o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada deste direito, devendo, ainda, compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade, não olvidando que a vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade, fazendo-se necessário, portanto – de acordo com o autor –, uma criteriosa ponderação de bens e valores (idem, *ibidem*).

9. Criada pela Convenção de Estocolmo, de 14.7.1967.

10. A Convenção de Estocolmo estabelece que os objetivos da OMPI são: promover a proteção mundial da propriedade intelectual, através da cooperação entre os Estados, e, quando apropriado, na colaboração com qualquer outra organização internacional, além de assegurar a cooperação administrativa às uniões intergovernamentais (criada pelas Convenções de Paris e Berna e alguns tratados). Para uma

2. *Direitos e Garantias Individuais*, 1ª ed., São Paulo, Edipro, 1997, p. 230, em comentário ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal/1988.

3. Do Latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio), genericamente designa a qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 3ª ed., v. III, Rio de Janeiro, Forense, p. 1.242).

4. *Idem*, *ibidem*.

5. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 84.

direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico".<sup>11</sup>

A globalização<sup>12</sup> cria complexidade e aumenta a interdependência do sistema jurídico em relação ao seu ambiente externo. Surgem novos temas, comportamentos inéditos, atividades econômicas atípicas, agregações políticas pouco usuais, e outros eventos que carecem de regulação jurídica.<sup>13</sup>

listagem completa dos tratados e uniões administradas pela OMPI: <http://www.ompi.org>.

11. "Todavia, no plano jurídico, é necessária a clara idéia da definição de propriedade intelectual, como a de um capítulo do Direito, extensamente submetido a regimes internacionais diversos, compreendendo as disciplinas tradicionalmente definidas como propriedade industrial, os direitos do autor e conexos e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros" (Otto B. Licks, "O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio", in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coords.), *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*, São Paulo, LTr, 1998, p. 608).

12. "Os fatores que levam à globalização do mercado conduzem, quase que necessariamente, a uma uniformidade de proteção jurídica. A racionalidade do sistema exige, pelo menos, que não haja um excesso de condições de desigualdade, induzindo pela legislação do direito intelectual, que conduza uma empresa a instalar unidades fabris em um território onde naturalmente não viria a produzir, ou que afaste a empresa de um território onde naturalmente tenderia a se instalar ou vender. Todos estes fatores vêm efetivamente transformando os sistemas legais nacionais e internacionais de propriedade intelectual" (Denis Borges Barbosa, *Licitações, Subsídios e Patentes, Direito do Desenvolvimento Industrial*, v. II, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 94).

A capacidade competitiva dos Estados, frente a este cenário mundial, está intrinsecamente ligada à evolução tecnológica, que capacita as indústrias nacionais a potencializar seus níveis de produção, agregar valor aos seus produtos, tornando-as aptas a enfrentar a acirrada concorrência do mercado internacional. Por isso, as legislações internas dos Estados que regulam a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual tendem ao protecionismo dos interesses desenvolvimentistas nacionais.<sup>14</sup>

O sistema internacional de proteção à propriedade intelectual é formado por uma estrutura de acordos e convenções administrados, no âmbito das Nações Unidas, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e, no âmbito da Organização Mundial do Comércio,<sup>15</sup> o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade

13. Celso Fernandes Campilongo, "Teoria do Direito e globalização econômica", in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coords.), *Direito Global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 83.

14. "Portanto, o primeiro aspecto a ser considerado, no presente estudo, é o de que a proteção da propriedade intelectual, em nível mundial, na atualidade, é menos uma questão de proteção dos direitos privados nacionais dos Estados (aspecto esse que foi a origem, no final do século XIX, da motivação dos primeiros acordos internacionais sobre propriedade industrial e da proteção dos direitos de autor e conexos e que, naturalmente, continua como grande preocupação dos Estados), mas muito mais um assunto que interessa às próprias relações internacionais, onde vigora um embate entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento" (Guido F. S. Soares, "O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo TRIPS", in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coords.), *Guerra Comercial ...*, p. 661).

15. Referindo-se aos antecedentes históricos do TRIPS, Otto Licks enfatiza: "A crescente frustração demonstrada por alguns países desenvolvidos com o sistema das Nações Unidas para a propriedade intelectual (instituído em 1967), aliada à crescente importância dos produtos e serviços da indústria da propriedade intelectual nas contas de comércio exterior desses países, fomentou a proposta de trazer para o GATT as discussões da matéria" ("O Acordo ...", in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coords.), *Guerra Comercial ...*, p. 615).

de Intelectual Relacionados ao Comércio<sup>16</sup>  
– em Inglês, TRIPS.<sup>17</sup>

### 2.2.1 O TRIPS e a Convenção da União de Paris

O TRIPS foi recepcionado no nosso ordenamento jurídico através do Decreto 1.355, de 30.12.1994,<sup>18</sup> que promulga a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. A Convenção da União de Paris – CUP foi recepcionada através do Decreto 1.263, de 10.10.1994, que ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da Revisão de Estocolmo.

A grande diferença entre estes sistemas<sup>19</sup> está no poder de sanção na área co-

mercial existente no âmbito da OMC,<sup>20</sup> visto que o TRIPS prevê mecanismos de prevenção e solução de controvérsias,<sup>21</sup> possibilitando invocá-los a fim de legitimar retaliações contra os membros inadimplentes – mecanismo inexistente na esfera da OMPI.

O TRIPS recepciona a Convenção de Paris, estabelecendo que os membros cumprirão com o disposto nos arts. 1 a 12 e 19 da Convenção, e nada naquele contido derogará as obrigações existentes entre os membros em virtude desta.<sup>22</sup> Ele abrange os tipos principais de direitos da propriedade intelectual,<sup>23</sup> estabelecendo um padrão mínimo<sup>24</sup> de garantias e direitos,<sup>25</sup> podendo os membros estabelecer em suas legislações proteções mais amplas, assegurando-se tratamento nacional<sup>26</sup> aos nacionais dos demais membros, sendo previsto o tratamento de nação mais favorecida,<sup>27</sup> que prevê que as vantagens e favorecimentos concedidos aos nacionais de qualquer outro país sejam outorgados aos nacionais dos demais membros.

O Acordo TRIPS não contém qualquer cláusula geral proibindo a concorrência

16. "(...). Tratados internacionais sobre princípios e normas de conduta para atividades do Estado normalmente refletem em práticas domésticas do Estado comuns a todos ou à maioria das partes contratantes. No entanto, os tratados são claramente mais inspirados e refletem mais de perto a prática de algumas das partes contratantes ao invés da maioria delas. O Acordo TRIPS constitui-se de um tratado desta espécie. Ele está baseado numa versão particular da 'Regra da Lei', largamente aplicada nos países industrialmente avançados. (...) Neste sentido, normas substantivas inadequadas não poderão ser propriamente aplicadas e até mesmo as melhores normas substantivas estarão frustradas pela condução defeituosa da solução de controvérsias e de sua aplicabilidade" (Friedl Weiss, "Aspectos de direito internacional público do TRIPS", trad. de Luís Fernando Nigro Correa, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento, in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coords.), *Guerra Comercial ...*, p. 584).

17. *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

18. Ata aprovada pelo Decreto Legislativo 30, de 15.12.1994 (DOU 19.12.1994). O Decreto 1.355/1994 foi publicado no DOU 31.12.1994.

19. "Foram duas as críticas que alimentaram os argumentos dos países industrializados ao sistema administrado pela OMPI. A primeira foi a impossibilidade de promover a revisão de algumas convenções (...). A segunda foi a falta de mecanismos de coerção que promovessem o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados contratantes de tais convenções" (Licks, "O Acordo ...", in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coords.), *Guerra Comercial ...*, pp. 617-618).

20. "A OMC é a carta magna desse processo de globalização; eu diria que ela é uma grande codificação do direito do comércio internacional, e é a primeira vez que uma grande codificação jurídica internacional dispõe de mecanismos de sanção eficazes" (Luiz Olavo Baptista, "A nova lei e o TRIPS", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, "Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual", São Paulo, 1996, p. 14).

21. Anexo 2 do Acordo OMC: "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes".

22. Art. 2 (1) e (2): Parte I do TRIPS.

23. Art. 1 (2): Parte II do TRIPS.

24. "O TRIPS, como tratado-contrato, tem uma finalidade expressa, com a qual ele foi inserido na nossa ordem jurídica. É a de fixar o piso da proteção concedida à propriedade intelectual no Brasil, isto é, o limite mínimo das garantias e direitos que devem ser outorgados às partes dentro do Direito Brasileiro" (Luiz Olavo Baptista, "A nova lei e o TRIPS", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, "Anais ...", p. 17).

25. Art. 1 (1): Parte I do TRIPS.

26. Art. 3: Parte I do TRIPS.

27. Art. 4: Parte I do TRIPS.

desleal, como possui o art. 10-*bis* da CUP.<sup>28</sup> Entretanto, algumas previsões podem ser encontradas nesta direção, como em seu art. 17,<sup>29</sup> e, de qualquer modo, deixa todo o problema da proibição da concorrência desleal para as legislações nacionais.

Expresso no art. 4<sup>o</sup>-*bis* da Convenção da União de Paris, o princípio da independência estabelece que cada Estado determina os pressupostos e os efeitos da proteção por este concedido, e, por consequência, determina que os direitos paralelos existentes nos diversos Estados são independentes entre si, existindo uma proteção diferente a cada país que a concedeu.

Assim, há uma territorialidade absoluta dos direitos privativos industriais, e, sendo estes independentes, o exercício de um direito no território de certo Estado não teria qualquer repercussão no direito existente em outro Estado, uma vez que a proteção de um direito de propriedade industrial é exclusivamente regida pela legislação do país em virtude da qual este direito foi conferido; e, em contrapartida, o efeito da proteção concedida pela lei interna limita-se ao território em relação ao qual esta lei é aplicável.

### 2.2.2 O TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>30</sup>

Segundo disposições do TRIPS, foi deixado ao arbítrio dos países-membros da Organização Mundial do Comércio a exclusão ou não, através de suas leis nacio-

28. "Art. 10-*bis*. Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal."

29. "Art. 17. Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros."

30. No Brasil esta Convenção foi internalizada através do Decreto 2.519, de 16.3.1998, com regulamentação dos arts. 1<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup>, "j", 10, "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4, através da Medida Provisória 2.126, que igualmente regulamenta o inciso II do § 1<sup>o</sup> e o § 4<sup>o</sup> do art. 225 da Constituição Federal.

nais, da proteção de plantas e animais e dos procedimentos essencialmente biológicos para sua obtenção.<sup>31</sup> Esta incerteza quanto à patenteabilidade de invenções biotecnológicas<sup>32</sup> pode afetar o comércio destes produtos e inibir investimentos em pesquisa e desenvolvimento neste campo, uma vez que se faz necessário que as leis nacionais forneçam respostas mais precisas sobre questões, por exemplo, da distinção entre procedimentos essencialmente biológicos e procedimentos microbiológicos.

O Acordo TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica parecem ser contraditórios em seus objetivos e práticas com relação ao acesso e à remuneração aos recursos oriundos da diversidade biológica e dos conhecimentos tradicionais,<sup>33</sup> muito

31. TRIPS, art. 27.3.b: "Os Membros também podem considerar como não-patenteáveis: 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".

32. "Reivindicações para invenções biotecnológicas sempre usam termos genéricos ou funcionais criados com base em um número limitado de exemplos. Esta concepção de esquematizar reivindicações genéricas é uma prática reconhecida e aceita nos sistemas de patente japonês, americano e europeu. Entretanto, a extensão na qual ela é admissível para generalizar os resultados obtidos através de um número limitado de exemplos particulares deve ser decidida caso a caso, considerando as circunstâncias em particular" (Hans-Rainer Jaenichen, "The patentability of biotechnological inventions, chemical compounds, pharmaceutical compositions, plants and animals in the European Patent Office and some aspects of the grant of compulsory licenses", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, "XIV Seminário Nacional de Propriedade Industrial. Anais", Rio de Janeiro, 1994, p. 23 (trad. livre da autora do texto original em Inglês).

33. "A Convenção sobre Diversidade Biológica tem por objetivo a conservação dessa diversidade e a repartição justa e equitativa dos benefícios. Se se trata de incentivar esse uso sustentável e de conservar a diversidade, temos de tratar diretamente com as populações que habitam essas áreas e que são seus guardiães efetivos: pelo menos, dentro de uma perspectiva puramente economicista, convencê-los de que

embora sejam constituídos basicamente pelos mesmos Estados-membros, com a notável exceção dos Estados Unidos,<sup>34</sup> que não integram a Convenção.

De acordo com o TRIPS,<sup>35</sup> os países se obrigam a proteger os microorganismos<sup>36</sup> e as variedades de plantas, conferindo direitos exclusivos ao titular; desta forma, diverge dos princípios da Convenção, pois o patenteamento do material genético com intuito meramente economicista pode causar efeitos adversos sobre a diversidade biológica, facilitar o expurgo de materiais identificados e utilizados em comunidades de países em desenvolvimento, sem

a biodiversidade tem mais importância que uma eventual opção de venda de madeira, criação de gado etc.” (Manuela Carneiro Cunha, “Biodiversidade, Justiça e Ética”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8, Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999).

34. “(...) Na Convenção sobre a Diversidade Biológica a situação era diametralmente oposta, pois os Estados Unidos não são ricos em biodiversidade. Não poderia ser de seu interesse, portanto, a soberania dos países ricos em biodiversidade, mas pobres no domínio tecnológico, para a exploração dos recursos biológicos existentes em seus territórios” (Newton de Lucca, “Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

35. Segundo a posição oficial da Comunidade Europeia junto à OMPI, os direitos de propriedade intelectual não têm o objetivo de regular o acesso e o uso dos recursos genéticos, regular termos e condições para bioprospecção e comercialização de bens e serviços protegidos pelos direitos de propriedade intelectual. Acrescentam que os órgãos estatais de registro de patentes têm a função de examinar se a invenção vai ao encontro dos critérios de patenteabilidade, e não para agir como uma agência reguladora para a legislação de terceiros países sobre o acesso aos recursos genéticos (WIPO/GRTKF/IC/1/8).

36. “La patentabilidad de microorganismos ha sido admitida en los países industrializados desde 1980. Se interpreta que aquellos incluyen las células y cualquier componente intracelular. Esto ha hecho posible el patentamiento de genes entre otras substancias, sean preexistentes o modificadas. En los Estados Unidos, por ejemplo, son patentables los genes producidos por mutagénesis o técnicas de ingeniería genética, e incluso aquellos cuya existencia natural se ignoraba con anterioridad” (Carlos Correa, “Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

que haja a justa repartição dos benefícios, contrariando o primado de soberania dos Estados, instituído na Convenção.<sup>37</sup>

O art. 16 da Convenção refere-se ao acesso à tecnologia<sup>38</sup> e à transferência de tecnologia, dispondo que estes “são elementos essenciais para a realização dos objetivos desta Convenção”, comprometendo-se cada parte contratante “a permitir e/ou facilitar a outras partes contratantes acesso a tecnologias (...)”; estabelecendo, ainda, que “patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção (...) devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apóiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção”.

Constata-se, portanto, que a premissa é a existência de uma tecnologia;<sup>39</sup> e, deste

37. “Entendo que a Convenção sobre a Diversidade Biológica – ao contrário do que, sob certo ângulo de análise, pode parecer – não terá cedido aos interesses dos países desenvolvidos, mas, preocupada com o valor da diversidade biológica como algo transcendente ao mero interesse circunstancial dos países, singularmente considerados, não adotou a fórmula de ser a diversidade biológica ‘patrimônio comum da Humanidade’ e sim, de acordo com o terceiro considerando, preocupação comum à Humanidade, sintetizando a idéia da preservação da biodiversidade com a sua justa e adequada utilização. Não se trata da noção de titularidade e muito menos de propriedade sobre tais recursos genéticos e sim de soberania para sobre eles legislar, nos limites previstos na própria Convenção” (Newton de Lucca, “Biodiversidade, ...”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

38. Segundo Fisseha-Tsion Menghistu, tecnologia “significa e consiste de informações técnicas gerais ou especializadas, conhecimentos, know-how, habilidades e experiências corporificadas em pessoas, documentos ou equipamentos, com aplicação em todos os setores formais e informais da economia para a produção de bens e prestação de serviços, dos mais simples aos mais complexos, bem como para [propiciar] o desenvolvimento [econômico] como um todo” (cit. por Gabriel Francisco Leonardos, *Tributação da Transferência de Tecnologia*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 67-68).

39. O art. 2º da Convenção – “Utilização de Termos” – assim se refere à “tecnologia”: inclui biotecnologia. Por sua vez, o mesmo artigo expressa que “biotecnologia” significa qualquer aplicação tecnoló-

modo, a proteção conferida através dos direitos da propriedade intelectual para a biotecnologia e conhecimentos tradicionais pode ser vista como um incentivo para sua geração e uma condição essencial para a implementação do art. 16<sup>40</sup> da Convenção, que, não obstante ter objetivos diferentes do TRIPS, pode verificar-se neste último – art. 66, § 2 – uma aparente similaridade com aquela, ao determinar que deve haver estímulo aos países-membros de menor desenvolvimento “a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável”.

Faz-se necessário que nos documentos de reivindicação de patentes haja a exigência legal de mencionar a utilização dos materiais genéticos e dos conhecimentos tradicionais de como utilizá-los com finalidades práticas.<sup>41</sup> A Decisão<sup>42</sup> da Comissão do Acordo de Cartagena, que estabelece um Regime Comum para o Acesso aos Recursos Genéticos, impõe algumas penalidades caso não seja cumprida esta exigência, ao determinar que os pedidos de patente estariam sujeitos a recusa ou oposição e que a concessão de patentes em favor dos inventores que não cumprem com esta exigência deve ser invalidada ou revogada.<sup>43</sup> Indo além, toda publicação e comunicação ao público de qualquer conheci-

gica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.

40. Determina, ainda, que cada parte contratante “deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas (...), em particular as que são países em desenvolvimento, que provêem recursos genéticos, tenham garantido o acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patente e outros direitos de propriedade intelectual (...)”.

41. Uma vez que os princípios ativos são isolados destas fontes ou quando sintetizados, o elo entre a invenção e os recursos pode tornar-se tênue para ter algum significado, a menos que aos inventores seja exigido registrar a utilização das informações genéticas contidas nos recursos, e não somente do material físico, tangível (WIPO/IP/GR/00/2).

42. Decisão 391, de 2.7.1996, aplicável na Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

43. Neste mesmo sentido: Lei de Biodiversidade da Costa Rica, n. 7.788, de 24.4.1998.

mento indígena identificável devem ter a sua fonte indicada de modo apropriado, mencionando a comunidade e o local geográfico de onde o conhecimento utilizado se originou.<sup>44</sup>

### 2.3 Propriedade industrial

A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial<sup>45</sup> cresceu em importância a partir dos anos 80, com a chamada “revolução tecnológica”,<sup>46</sup> em virtude do valor econômico intrínseco às novas tecnologias. Tal proteção, em um contexto de alta competição de mercados globais, é premissa básica e fator de estímulo para que haja investimentos substanciais em pesquisa e desenvolvimento.

O cenário econômico brasileiro no início dos anos 90 conduzia-se para uma abertura da economia nacional, que era relativamente fechada, protegendo determinados

44. Neste sentido há um Projeto de Lei sobre Proteção e Promoção dos Conhecimentos Indígenas Sul-Africanos, tramitando no Congresso Nacional da África do Sul.

45. Efetua-se tal proteção mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal, de acordo com o teor do art. 2º e seus incisos da Lei 9.279/1996.

46. O conhecimento tecnológico vem sendo considerado matéria-prima ativadora do progresso sócio-econômico. O fortalecimento da proteção à propriedade intelectual gera um maior investimento em pesquisa e desenvolvimento, pois há uma forte correlação entre o investimento e o desenvolvimento bem-sucedido em países que conferem uma proteção mais rígida àquela, influenciando na política administrativa de empresas transnacionais, comparativamente com aquelas tomadas em países onde não há proteção. Desta forma, um investidor internacional leva em consideração a existência de lei compatível com os padrões internacionais de propriedade intelectual como um dos elementos fundamentais para a tomada de decisão sobre investir ou não em determinado país. Para um aprofundamento sobre o papel da proteção jurídica da tecnologia, v. a tese de Doutorado de Luiz Otávio Pimentel, *Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes*, Porto Alegre, Síntese, 1999.

segmentos das indústrias nacionais.<sup>47</sup> Este protecionismo ensejou sanções comerciais impostas pelos Estados Unidos ao Brasil,<sup>48</sup> pois entendiam que nossos mecanismos de proteção à propriedade industrial eram insuficientes, motivo pelo qual o *United States Trade Representative* (USTR) incluiu o Brasil, dentre outras nações, na *Priority Watch List*, identificando os países cujos regimes de proteção eram considerados inadequados.<sup>49</sup>

A provável frustração de novos investimentos, dificultando a inserção do Brasil

47. O art. 9º do antigo Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772/1971) elencava uma série de invenções não-privilegiáveis, tais como produtos alimentícios, químico-farmacêuticos, medicamentos, dentre outras áreas excluídas de proteção patentária.

48. O *Trade and Tariff Act* de 1984 obriga o Poder Executivo dos EUA a levar em consideração o nível de proteção 'a propriedade intelectual de um país ao avaliar sua elegibilidade para o programa do Sistema Geral de Preferências Comerciais. O nível de proteção, segundo esta lei, passa a ser um dos fatores na avaliação de ações de um país em relação aos interesses norte-americanos serem classificadas como *injustificable* ou *unreasonable* para fins de abertura de investigação e eventual imposição de sanções comerciais sob a Seção 301 do *Trade Act of 1974*. Deste modo, o Governo Americano utiliza-se de meios coercitivos ao aplicar sanções comerciais contra políticas e práticas comerciais de Estados estrangeiros consideradas prejudiciais aos interesses desse país.

49. Tal dispositivo é conhecido como *Special 301*. Foram apresentadas duas listas: a primeira, chamada de *Watch List*, e a segunda já referida. Outro instrumento jurídico importante no campo da propriedade intelectual é a Seção 337 do *Tariff Act of 1930*, que impede a importação de produtos que infringem a legislação norte-americana nesta área. Ao divulgar o *Administrative Intellectual Property Rights Policy*, este país sinalizava que a incapacidade de proteger estes direitos distorce e gera deficiências nos fluxos do comércio internacional, estabelecendo a relação direta entre a questão de propriedade intelectual e o comércio de bens e serviços. As empresas norte-americanas vinham sofrendo perdas devido à inexistência de padrões rígidos de proteção internacionalmente aplicáveis, o que enfatizava a importância econômica da propriedade intelectual, motivo pelo qual esse país deu início às investigações de casos de alegada violação destes direitos em alguns países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil.

no competitivo cenário internacional, refletiu em pressões por parte do Poder Executivo com vistas à internalização, com a maior brevidade, da Ata Final da Rodada Uruguai do GATT, especialmente o texto final do TRIPS, que adota princípios genéricos mundialmente concebidos e reconhecidos, indo ao encontro do fenômeno contemporâneo da globalização da economia.

Outra medida de adequação ao novo cenário mundial foi a aprovação da Lei 9.279, de 14.5.1996, Lei de Propriedade Industrial (LPI), que trouxe uma série de avanços, como a concessão de patente para produtos alimentícios, químico-farmacêuticos, a substituição das indicações de procedência por indicações geográficas, as marcas coletivas e de certificação, o registro de marcas tridimensionais, dentre outros.

O art. 10,<sup>50</sup> IX, dessa lei expressamente dispõe que não será considerado invenção o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na Natureza. Igualmente, estabelece no art. 18, III, que não será patenteável "o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microrganismos transgênicos<sup>51</sup> que atendam aos três requisitos de patenteabilidade<sup>52</sup> – novida-

50. "IX – Não se considera invenção nem modelo de utilidade: o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na Natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais."

51. De acordo com o parágrafo único: "Para os fins desta Lei, microrganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais".

52. Sobre patentes, v.: Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro, "Patente e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos", *RDM* 116/17-76, São Paulo, Malheiros Editores, outubro-dezembro/1999; Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro, *A Lei da Propriedade Industrial Comentada*, São Paulo, Lejus, 1999; Patrícia Aurélio Del Nero, *Propriedade Intelectual: a Tutela Jurídica da Biotecnologia*, São Paulo, Ed. RT, 1998; José Carlos Tinoco Soares, *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*, São Paulo, Ed. RT, e *Tratado da Proprie-*

de, atividade inventiva e aplicação industrial<sup>53</sup> – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta”.

Conclui-se, portanto, que não se admite no Brasil a patente sobre uma planta; entretanto, as variedades vegetais são protegidas pela Lei de Proteção dos Cultivares,<sup>54</sup> conferindo ao titular o direito exclusivo à reprodução comercial sobre a estrutura vegetal utilizada na propagação, reprodução e multiplicação de uma cultivar – em outras palavras, sobre a semente.<sup>55</sup> Esta lei confere proteção semelhante a outro instrumento do direito internacional do meio am-

*dade Industrial: Patentes e seus Sucedâneos*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1998; Newton Silveira, *A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*, São Paulo, Saraiva, 1998.

53. “Se puede defender esta proposición en base a un enfoque del ‘estado del arte’. El investigador que descubre, aísla y logra primero la disponibilidad de una nueva enzima, hormona, vitamina o cualquier otro producto natural que tenga propiedades biológicas valiosas, por lo tanto, debe permitírsele obtener protección patentable para el mismo en términos per se. El primer acto de descubrimiento, aislamiento e identificación de un microorganismo de formación natural valioso, con una clara revelación de aplicación o utilidad industrial, también debe ser reconocido como una invención que merece tener protección de patente. Tales limitaciones debieran ser restringidas a los casos necesarios en los cuales existan revelaciones del arte previo, a fin de cumplir con los requerimientos de novedad y actividad inventiva con respecto al arte conocido” (Daniel de las Carreras, “Protección de biotecnología”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial* 3/49, maio-junho/1992).

54. Lei 9.456, de 25.4.1997, regulamentada pelo Decreto 2.366, de 5.11.1997. O art. 5º considera “cultivar” a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outros cultivares conhecidos por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.

55. Lei de Cultivares, art. 3º, XIV e XVI. O art. 9º especifica que o direito exclusivo do titular consiste na produção com fins comerciais, oferecimento a venda ou a comercialização do material de propagação do cultivar.

biente,<sup>56</sup> denominado “Convenção da União para a Proteção das Obtenções Vegetais” (UPOV).<sup>57</sup>

### 3. Biodiversidade

O termo “biodiversidade”, contração de diversidade biológica, foi introduzido, na metade dos anos 80, pelos naturalistas que se inquietavam pela rápida destruição dos ambientes naturais e de suas espécies e clamavam por que a sociedade tomasse medidas para proteger este patrimônio. Por ocasião da Conferência do Rio de Janeiro (ECO/92)<sup>58</sup> esse termo foi popularizado quando das discussões que resultaram na Convenção sobre Diversidade Biológica.

Segundo a Convenção, a biodiversidade pode ser definida como “a variabilidade dos organismos vivos de qualquer origem, compreendendo, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais eles fazem parte. Isto compreende a diversidade no seio das espécies e entre as espécies, bem como aquela dos ecossistemas”.

56. Sobre o assunto, v. Guido F. S. Soares, “As ONGs e o direito internacional do meio ambiente”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34/7-51, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/2001.

57. Esta Convenção constitui-se em um sistema *sui generis*, pois confere proteção, através de um “Certificado de Obtenção Vegetal”, àquele que apresenta uma nova variedade vegetal, pouco importando que ela tenha se originado de uma descoberta ou criação. O titular tem o direito exclusivo de produção, venda, oferta à venda e importação no que se refere à planta protegida, não se aplicando sobre todas as partes do produto.

58. O documento resultante de tal Conferência – a Convenção sobre Diversidade Biológica – foi assinado por 153 países. Tratava-se, principalmente, de fazer uma Convenção como um marco para reagrupar e reforçar um certo número de convenções internacionais que já existiam, tais como a Convenção de Ramsar sobre as Zonas Úmidas ou a da CITES sobre o Comércio Mundial de Espécies da Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção, que possuíam o mesmo princípio básico: a biodiversidade é um patrimônio comum da Humanidade, que deve ser de livre acesso a todos.

O Dr. Christian Lévêque<sup>59</sup> destaca os usos e o potencial econômico da biodiversidade, qualificando-a como “capital biológico” e como um conjunto de “recursos genéticos”<sup>60</sup> para o melhoramento das espécies cultivadas que os países detentores poderão valorizar como uma verdadeira aposta econômica.<sup>61</sup>

No que tange ao direito de propriedade, a questão sobre a propriedade da biodiversidade tem dois aspectos distintos: os direitos de propriedade sobre os recursos genéticos – propriedade física – e os direitos sobre as contribuições intelectuais para a colocação em atividade do recurso – propriedade intelectual. Esses direitos de propriedade intelectual vinham sendo concedidos e recaíam sobre as inovações efetuadas pelos selecionadores e pelas indústrias químicas ou farmacêuticas. Entretanto, hoje avalia-se que deva ser reconhecido o trabalho efetuado pelas comunidades locais, notadamente em países em desenvolvimento,<sup>62</sup> que criaram e mantiveram as espécies tradicionais, devendo ser remuneradas por suas contribuições à conservação, melhoramento e disponibilidade dos recursos biológicos.

Os países em desenvolvimento questionaram a noção de “patrimônio comum da Humanidade”, em favor do conceito de “patrimônio nacional”, defendendo que não mais poderiam permitir o livre acesso aos recursos naturais, com enorme potencial

econômico, sem que fossem determinadas medidas compensatórias, tais como a transferência de tecnologia, que permitissem indenizar aqueles que se consideravam detentores desses recursos.<sup>63</sup> Por sua vez, os países desenvolvidos defendiam o livre acesso aos recursos biológicos mundiais, considerados como essenciais para o futuro da agricultura e das biotecnologias.<sup>64</sup> Assim, o objetivo de conservação das espécies e dos ecossistemas encontra-se na dicotomia entre uma forte competição entre as transferências de tecnologia e o acesso aos recursos genéticos, refletindo-se no texto final da Convenção: objetiva, portanto, “a conservação da diversidade biológica, a utilização durável dos seus elementos e a justa e equitativa divisão das vantagens decorrentes da exploração dos recursos genéticos, notadamente graças a um acesso satisfatório aos recursos genéticos e a uma transferência apropriada das técnicas pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre esses recursos e técnicas e graças a um financiamento adequado”.<sup>65</sup>

Destacaremos os preceitos norteadores da Convenção: a conservação e gestão sustentável da biodiversidade, princípio da soberania sobre os recursos biológicos e o acesso e transferência de tecnologias.

### 3.1 Conservação e gestão sustentável da biodiversidade

A Convenção estipula que devem ser privilegiadas a conservação de ecossistemas

59. *A Biodiversidade*, trad. de Valdo Mermels-tein, São Paulo, EDUSC, 1999.

60. Recurso genético – segundo o autor – significa que o material tem, efetiva ou potencialmente, um valor econômico ou uma utilidade (*A Biodiversidade*, p. 91). Na Convenção sobre Diversidade Biológica o termo encontra-se definido no art. 2º.

61. Christian Lévêque, *A Biodiversidade*, pp. 21-22.

62. Por serem os primeiros detentores da diversidade biológica, os países em desenvolvimento compreenderam que ela se constituía em uma fonte de ingressos para financiar seu desenvolvimento; não desejavam limitar a convenção aos aspectos da conservação *stricto sensu*, mas pressionavam para a elaboração de uma convenção fundada sobre um regime de *royalties* em troca da exploração do seu capital genético pelos países industrializados.

63. M. A. Hermitte, “La gestion d’un patrimoine commun: l’exemple de la diversité biologique”, in M. Barrère, *Terre, Patrimoine Commun*, Paris, La Découverte, 1992, pp. 120-128.

64. A definição dada pela WIPO, encontrada na introdução geral do *Guide on the Licensing of Biotechnology*, é a de que biotecnologia é a técnica que usa os organismos vivos, ou parte destes, para fabricar ou modificar produtos, para aperfeiçoar plantas e animais ou, ainda, desenvolver microorganismos para usos específicos (trad. livre da autora a partir do *Guide on the Licensing of Biotechnology*, WIPO – World Intellectual Property Organization, Genebra, Suíça, 1994, pp. 11-15).

65. Convenção, art. 1º.

e *habitats* naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas características. Vê-se que há um claro interesse em manter e preservar os conhecimentos e práticas tradicionais das comunidades locais e dos povos indígenas, que possuem interesse pela utilização sustentável dos recursos genéticos.<sup>66</sup>

Questões acerca das relações entre o comércio, meio ambiente e desenvolvimento vêm se tornando assunto de extrema importância nas pautas de organizações internacionais, tais como UNCTAD,<sup>67</sup> GATT/WTO.<sup>68</sup>

O eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins fez uma lúcida crítica sobre esta pretensa supervisão internacional dos países industrializados, em 1991, durante um Congresso sobre a Biodiversidade, na Fundação Conrad Adenauer, Alemanha: “Vocês, os Senhores, alemães e europeus, que não conseguiram preservar o seu ambiente, que conseguiram desenvolvimento mediante essa não-preservação, que nos congressos internacionais continuam a defen-

66. “A biodiversidade foi sempre um recurso local comunitário. Um recurso é propriedade comunitária quando existem sistemas sociais que o utilizam segundo princípios de justiça e sustentabilidade. Isso envolve a combinação de direitos e responsabilidades entre os usuários, a combinação de utilização e conservação, um sentido de co-produção com a Natureza e de dívida entre os membros da comunidade. Há muitos níveis em que a propriedade de recursos e o conceito de acesso a eles diferem entre os sistemas de propriedade privada e os de propriedade comunitária. Sistemas de propriedade comunitária reconhecem o valor intrínseco da riqueza da biodiversidade; sistemas governados pelos direitos de propriedade intelectual vêem esse valor como criado pela exploração comercial” (Vendana Shiva, *Biopirataria – A Pilhagem da Natureza e do Conhecimento*, trad. de Laura Cordellini Barbosa de Oliveira, Rio de Janeiro, Vozes, 2001, pp. 92-93).

67. *United Nations Conference on Trade and Development* (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento).

68. *World Trade Organization* (Organização Mundial do Comércio).

der o direito de poluição porque não conseguem definir regras, porque as nações mais poluidoras são desenvolvidas, pretendem que não possam crescer de uma forma adequada, sem ferir o ambiente, considerando que a Floresta Amazônica deveria ser intocável, na medida em que os Senhores sejam os titulares dela?”<sup>69</sup>

O referido autor conclui que no final desse Congresso houve um certo consenso no sentido de que a biodiversidade tem que ser preservada, fazendo-se necessário que as comunidades internacionais colaborem com recursos para que haja uma contra-prestação nacional, permitindo a permanência das reservas fundamentais para o mundo, sem que o preço seja o subdesenvolvimento dos países onde estão localizadas estas riquezas naturais,<sup>70</sup> respeitando-se os limites da soberania dos mesmos.

Entretanto, não podemos nos eximir de nossa responsabilidade na conservação de nossas próprias riquezas. Segundo um estudo realizado pela organização não-governamental *Conservation International* a Mata Atlântica e o Cerrado Brasileiros são regiões amplamente devastadas, ambas figurando na lista das 25 regiões mais ameaçadas do Planeta. De acordo com tal pesquisa o conjunto de ecossistemas localizados no Litoral Brasileiro assim como a Catinga também sofrem grandes devastações, a maior parte de origem antrópica.

No caso amazônico as duas maiores pressões sobre a biodiversidade são o extrativismo, principalmente de madeira, e a expansão das fronteiras agrícolas.<sup>71</sup> Agres-

69. “Proteção da diversidade cultural e biológica”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8.

70. Segundo estudo elaborado pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, sob a supervisão de Simone Scholze, 70% da diversidade biológica do mundo pertencem a uma dúzia de países, dentre eles Brasil, Colômbia, Equador, México, Peru, China, Índia, Indonésia. Estima-se que entre 10 a 20% do total de espécies do Planeta estejam em território nacional.

71. De acordo com o pesquisador titular do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, Philip Fearnside, a soja representa um perigoso inimigo para

são maior vem ocorrendo na Zona Costeira Brasileira, atingida por derramamentos de petróleo, especulação imobiliária e pelo lançamento de esgotos no mar, sem tratamento prévio, cujos principais agentes impactantes são a ocupação desordenada do Litoral, o alto grau de desmatamento da região e o turismo predatório.<sup>72</sup>

### 3.2 Princípio da soberania sobre os recursos biológicos

Os Estados têm direitos soberanos<sup>73</sup> sobre os recursos naturais localizados em seus territórios, e as condições de acesso aos recursos genéticos devem ser determinadas pela legislação nacional, estimulando os países a elaborar estratégias nacionais para alcançar esse objetivo, tendo como base as cooperações bilaterais e internacionais.

Passaremos a tratar, de forma sucinta, dos princípios relativos ao direito internacional, de extrema relevância para nosso estudo, como a soberania e a territorialidade.

#### 3.2.1 Princípio da soberania

A Constituição Federal pátria em vigor expressa em seu art. 1º, I, que a soberania

a biodiversidade da região, pois, segundo ele, a soja provoca um “efeito arrasto”, ou seja, junto com a nova cultura é necessário que sejam construídas hidrovias e portos para que a produção consiga chegar ao Exterior (palestra proferida no V *Simpósio de Ecossistemas Brasileiros: Conservação*, Vitória/ES, outubro/2000).

72. Conforme mostra um estudo elaborado pela ONG *SOS Mata Atlântica*, apenas 7,3% dos 1,119 milhão de quilômetros quadrados estão intactos. As áreas mais preservadas estão no Sul do Estado de São Paulo e no Litoral Sul da Bahia. O Litoral Brasileiro, onde está a maior parte da Mata Atlântica, abriga 70% da população nacional.

73. “No plano jurídico, a Convenção sobre a Diversidade Biológica comporta um certo número de obrigações (...). O texto mantém-se muito vago e faz freqüentes referências ao princípio da soberania nacional, preocupação não-habitual em matéria de tratados internacionais” (M. L. Tannon, “Deux conventions peu contraignantes”, *Savoi 2. Le Monde Diplomatique*, 1993, pp. 27-28).

nia<sup>74</sup> é um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, estabelecendo que este rege-se, no que tange a suas relações internacionais, pelo princípio da independência nacional,<sup>75</sup> tratando a soberania como princípio da ordem econômica.<sup>76</sup>

No entender de Rosemiro Pereira Leal, “a realidade econômica de um país não pode mais ser confundida com o conjunto de suas atividades econômicas públicas, empresariais e particulares. (...) Na órbita da atividade econômica de um Estado de Terceiro Mundo, se a ciência econômica e a disciplinação jurídica-econômica não atentarem para uma quarta componente que é a realidade econômica mundial, onde se contêm todas as economias nacionais, as políticas econômicas nacionalmente adotadas e os direitos fundamentais de soberania popular serão fatalmente inócuos”.<sup>77</sup>

Em seu estudo, Celso D. de Albuquerque Mello<sup>78</sup> expressa que o Estado, ao consagrar o primado do direito internacional, não está abrindo mão da sua soberania, mas somente interpretando-a tal como ela se mostra no final do século XX, isto é, um feixe de competências que o Estado possui e que lhe é dado pela ordem internacional.

Conclui o autor que na época atual de globalização fica mais difícil distinguir-se os limites da jurisdição doméstica, uma vez que “o Estado é um só e o direito interno e

74. “Não existe qualquer texto internacional, ou mesmo constitucional, entre as Constituições recentes de Estados novos que não insista fortemente na soberania e independência do Estado. (...) Contudo, o prevalecimento da soberania como instituição consolidada não significa qualquer rejeição ao direito internacional, mas ao contrário, ela é perfeitamente compatível com a aceitação por um Estado de regras de direito internacional que venham a limitar sua liberdade de ação” (Irineu Strenger, *Relações Internacionais*, São Paulo, LTR, 1998, pp. 170-171).

75. Constituição Federal, art. 4º, I.

76. Constituição Federal, art. 170, I.

77. *Soberania e Mercado Mundial*, 2ª ed., São Paulo, Editora de Direito, 1999, p. 43.

78. “O direito internacional público no Direito Brasileiro”, in Paulo Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito*, São Paulo, LTR, 2000.

o Direito Internacional encontram-se entrelaçados";<sup>79</sup> e que o primado da norma jurídica internacional deve ser admitido, sob pena de "ignorar a realidade e acarretar a responsabilidade internacional do Estado,<sup>80</sup> obrigando-o a uma reparação à vítima do seu ato ilícito".<sup>81</sup>

O professor Guido Soares<sup>82</sup> leciona que, atualmente, para que se efetue qualquer análise das relações internacionais, assim como uma precisa definição do que designe o direito internacional, torna-se imprescindível considerar o fenômeno da cooperação internacional<sup>83</sup> como uma realidade vigente entre os Estados. Consta que "no direito internacional do meio ambiente impera uma grande falta de coordenação entre os esforços dos Estados de bem disciplinar o meio ambiente global, regional e até mesmo os domésticos",<sup>84</sup> usando como exemplo de tal insuficiência o fato de a Convenção sobre Diversidade Biológica não ter

sido formulada de modo a representar um quadro normativo de referência a todas as formas de vida selvagem.<sup>85</sup>

Conforme salienta Raul José de Gallaad Oliveira,<sup>86</sup> o art. 231 da Constituição Federal/1988 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários<sup>87</sup> sobre as terras que tradicionalmente ocupam, em que, por estarem destinadas à sua posse permanente, cabe-lhes o usufruto<sup>88</sup> das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Como medida de caráter tutelar, o poder soberano nacional declara que essas terras são inalienáveis e indisponíveis; e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Deste modo, os grupos indígenas são

85. O autor explica que esta situação é resultante do fato de alguns tratados ou convenções com pertinência ao meio ambiente terem sido adotados em diferentes momentos históricos, contando com número de Estados signatários ou aderentes distintos em cada um ("As ONGs ...", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34/28).

86. "O preceito da soberania nas Constituições e na jurisprudência brasileiras", *Revista de Informação Legislativa* 146, ano 37, Brasília, abril-junho/2000.

87. "A Constituição Federal reconhece ainda a natureza 'originária' (art 231, *caput*) dos direitos indígenas sobre as suas terras: isto é, o próprio Estado reconhece que os direitos indígenas são anteriores à sua própria criação. O 'usufruto exclusivo' sobre os recursos naturais de suas terras, assegurado constitucionalmente às comunidades indígenas, significa que essas são também 'usufrutuárias exclusivas' dos recursos genéticos existentes em seus territórios – estando ou não associados a conhecimentos tradicionais" (Juliana Santilli, "A proteção aos direitos intelectuais coletivos das comunidades indígenas brasileiras", *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 3, Brasília, Centro de Estudos Judiciários, setembro-dezembro/1997).

88. "A simples ocorrência de um determinado recurso genético em uma área indígena dá à comunidade a condição de 'usufrutuária exclusiva' do mesmo, e o acesso a esse dependerá do seu prévio e informado consentimento, em termos mutuamente acordados. As únicas exceções ao usufruto exclusivo que as comunidades indígenas têm sobre os recursos naturais existentes em suas terras são estabelecidas na própria Constituição: (1) o aproveitamento de recursos hídricos e (2) a mineração" (Juliana Santilli, "A proteção ...", *Revista de Estudos Judiciários* 3).

79. *Dimensão ...*, p. 303.

80. No que tange a este ponto o Autor disserta que "o Estado só se encontra submetido a uma norma jurídica internacional quando ele dá o seu consentimento. É o que ocorre nos tratados. (...) Nada impede que voluntariamente ele limite a sua soberania. (...) É preciso recordar que a divisão tripartida dos Poderes do Estado é irrelevante para o DIP, porque este surge como uno e indivisível. Qualquer um dos seus Poderes poder acarretar a sua responsabilidade internacional" (*Dimensão ...*, p. 303).

81. *Idem*, *ibidem*.

82. "As ONGs ...", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34.

83. O autor a divide em três modalidades: "cooperação *latissimo sensu* são normas mais numerosas e detalhadas, elaboradas pelos Estados seja nas suas relações diretas bi ou multilaterais, em função de assuntos específicos, seja nas suas relações estabelecidas no interior de organizações internacionais; *cooperação lato sensu*, são as ações conjuntas levadas a cabo entre todos os Estados ou por um certo número de Estados, com vistas a um determinado fim, sejam aquelas concertadas a níveis bilateral ou multilateral, sejam aquelas decorrentes de um dever instituído por uma norma não-escrita; *cooperação stricto sensu*, dever específico, estatuído em tratados ou acordos internacionais" ("As ONGs ...", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34/13-14).

84. "As ONGs ...", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34/27.

poderão ser removidos de suas terras, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional.<sup>89</sup>

### 3.2.2 Princípio da territorialidade

Pela territorialidade a norma aplica-se no território do Estado,<sup>90</sup> como suposto de ter sido concebida como uma extensão do território nacional. A norma territorial é aplicável apenas no território nacional, atendendo aos interesses internos relativos à nação de origem, sendo obrigatória exclusivamente dentro do território.<sup>91</sup>

Ao comentar o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, José Maria Rossani Garcez<sup>92</sup> expressou que os princípios neste contidos devem ter a conotação de normas supletivas, uma vez que, dentro do princípio corrente no direito internacional, existe a prevalência da autonomia da vontade,<sup>93</sup> que permite a escolha pelas partes das normas de regência dos contratos. Continua dizendo que “o preceito do art. 9º deriva, como faz notar Haroldo Valladão,<sup>94</sup> do contido no Código de Direito

Internacional Privado, conhecido como Código Bustamante, firmado em Havana em 1928, que dispõe em seu art. 164, de forma concisa: ‘o conceito e a classificação das obrigações subordinam-se à lei territorial’.<sup>95</sup>

O princípio da territorialidade rege os conflitos de leis no espaço relativos aos direitos reais; o critério jurídico para regular coisas móveis de situação permanente é o da *lex rei sitae*, que importa a determinação do território, espaço limitado no qual o Estado exerce competência. A competência *lex rei sitae* é técnica, porque se situam as relações jurídicas no local onde se encontra o bem, limite imposto pela ordem pública. Acrescenta Maria Helena Diniz: “Em tudo que for relativo ao regime da posse, da propriedade e dos direitos reais sobre coisa alheia nenhuma lei poderá ter competência maior do que a do território onde se encontrarem os bens, que constituem seu objeto”.<sup>96</sup>

A proteção jurídica da propriedade intelectual encontra-se governada pelo princípio da territorialidade, cujo reconhecimento e vigência derivam tanto dos tratados internacionais quanto das normas de direito internacional privado internas de cada Estado.

O princípio da territorialidade determina que tal proteção se limite ao território do Estado que a reconhece, seguindo-se, de um lado, que a proteção jurídica se regula única e exclusivamente pela lei nacional, salvo estipulação em contrário nos tratados internacionais,<sup>97</sup> que determine de forma autônoma o objeto, os requisitos ma-

89. Galaad Oliveira, “O preceito da soberania ...”, *Revista de Informação Legislativa* 146/158.

90. “Leges non valent ultra territorium.”

91. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 246.

92. *Contratos Internacionais Comerciais*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 55.

93. Sobre autonomia da vontade nos contratos internacionais, v. Nádia de Araújo, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997; “O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no *Direito Internacional Privado*”, in Paulo Borba Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL* (Nádia de Araújo, Umberto Celli Júnior e Ricardo da Cunha, colaboradores), São Paulo, LTr, 1996, pp. 31-47; “O direito do comércio internacional”, in João Grandino Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 294-299.

94. Nádia de Araújo leciona que há na doutrina brasileira três correntes distintas sobre a questão

da autonomia da vontade, destacando que Haroldo Valladão encabeça uma terceira vertente, partidária da concessão de permissão às partes para escolherem a lei aplicável, sendo esta, segundo a autora, a doutrina que segue uma tendência mundial favorável a este princípio (*Contratos Internacionais ...*, nota 97, p. 104).

95. José Maria Rossani Garcez, *Contratos Internacionais ...*, p. 55.

96. *Lei de Introdução ...*, 2ª ed., p. 247.

97. Devido à internalização dos tratados internacionais, acabam por integrar o ordenamento interno.

teriais e formais, o conteúdo, exceções e limites, assim como as causas e formas de extinção de sua proteção jurídica.

Segundo Pedro Sousa e Silva,<sup>98</sup> significaria dizer-se o seguinte:

a) Os direitos de uso exclusivo sobre um bem imaterial adquirem-se em cada país, independentemente da proteção legal existente em outro país.

b) Os direitos de uso exclusivo são oponíveis a todas as pessoas, incluindo as que têm domicílio ou sede fora do país da proteção. Todavia, abrangem apenas os atos ocorridos no país de proteção.

c) Da existência de direitos de uso exclusivo sobre bens imateriais não é possível presumir que tais direitos foram adquiridos.

d) As leis de cada país de proteção determinam independentemente o nascimento, o conteúdo e o alcance dos bens imateriais; não reenviam a direitos estrangeiros.

O fato de o titular de um direito de propriedade industrial ter colocado produtos seus no mercado de um país estrangeiro não poderá ter qualquer influência sobre os direitos que ele detém no território nacional, visto que a proteção deste direito é exclusivamente regida pela legislação do país em virtude da qual este direito foi conferido; e, em contrapartida, o efeito da proteção concedida pela lei interna limita-se ao território em relação ao qual esta lei é aplicável.

Esta teoria encontra esteio no princípio da independência,<sup>99</sup> consagrado pelo art. 4<sup>o</sup>-bis da Convenção da União de Paris,<sup>100</sup> de que decorrerá uma territorialidade absoluta dos direitos privativos industriais.

98. *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 87.

99. Este princípio – que significa que cada Estado determina os pressupostos e os efeitos da proteção por si concedida – tem por consequência que os direitos paralelos existentes nos diversos Estados seriam independentes entre si, existindo uma proteção diferente a cada país que a concede.

100. No Brasil, Decreto 1.263, de 10.10.1994. O Brasil ratificou a Revisão de Estocolmo, feita em 14.7.1967.

Sendo independentes os direitos em questão, o exercício de um direito no território de certo Estado não teria qualquer repercussão no direito existente em outro Estado.

A tese que utiliza o princípio da territorialidade em matéria de propriedade industrial tem duas implicações: uma que releva do direito internacional privado o respeito à escolha do Direito aplicável para a proteção de certo direito exclusivo, devendo ser o do país em que seu titular a solicita. A essa lei caberá a determinação das condições, do conteúdo e do alcance dessa proteção. A outra significa que o efeito dessa proteção deverá limitar-se ao território do Estado que a concede; isto é, o direito privativo não poderá ser violado por atos praticados no Estrangeiro ou vice-versa, devendo coincidir o local da proteção e o da contrafação.

De acordo com Friedrich-Karl Beier<sup>101</sup> não decorre deste princípio que para aplicar o direito nacional só se deva considerar a situação de fato existente no interior do país, com exclusão dos fatos ocorridos e dos fatos praticados no Estrangeiro. Prossegue argumentando que esta conclusão se opõe ao princípio da independência dos direitos (art. 4<sup>o</sup>-bis da CUP) em que se baseiam os defensores da territorialidade absoluta: tal princípio refere-se não aos fatos a ter em conta pelas legislações nacionais, mas sim às relações dessas legislações entre si, destinando-se a impedir a aplicação cumulativa de normas de diferentes ordens jurídicas. Nessa medida, significa apenas que as disposições do direito estrangeiro e a existência de direitos paralelos no Exterior não têm, em princípio, qualquer influência sobre a proteção a conceder ao abrigo da lei nacional; são direitos autônomos e independentes, na sua criação e nos seus efeitos.

### 3.3 Acesso e transferência de tecnologia

A imensa disparidade entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento é

101. *La Territorialité du Droit des Marques et les Échanges Internationaux*, Clunet, 1971, pp. 16-17.

refletida pelo fato de que o desenvolvimento de tecnologia ocorreu exclusivamente nas economias desenvolvidas. Quando transferida para países da periferia, a tecnologia desenvolvida no centro é usada parcialmente para satisfazer as necessidades de consumo de uma pequena elite local, e parcialmente para explorar os recursos físicos e a mão-de-obra barata desses países.<sup>102</sup>

De acordo com a análise de Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros-Plataiu,<sup>103</sup> o maior efeito do processo de globalização foi acelerar e aprofundar relações entre Estados e outros atores desiguais, realçando suas divergências em competitividade, tecnologia, democracia e estabilidade política, criando, pois, novos desafios urgentes aos quais os atores não estavam preparados para responder. Prosseguem dizendo que este processo tem contribuído para consolidar o poder dos Estados fortes de capitanear a institucionalização do cenário internacional – situação reforçada pela desigualdade tecnológica e, recentemente, bio-tecnológica.<sup>104</sup>

Para muitos países em desenvolvimento a tecnologia adquirida é, na maioria das vezes, aquela originalmente gerada em países desenvolvidos e industrializados. O maior esforço dos países em desenvolvimento para a transformação tecnológica,

entretanto, será negociar a aquisição tecnológica, transferência, adaptação, difusão e desenvolvimento, aliando a isto a competência para gerar novos desenvolvimentos e utilizar o conhecimento tecnológico disponibilizado.

O Diretor do *International Law Collaborative*, Cambridge, Herbert Kassman,<sup>105</sup> esclarece que as técnicas formais de transferência de tecnologia incluem o uso de licenças, os acordos de parcerias (contrato de acesso e contrato internacional de *joint venture*<sup>106</sup>), a transferência desta para uma subsidiária de sua propriedade ou para uma empresa *joint venture*. O fornecedor de tecnologia deve estar preparado para reconhecer que, uma vez transferida a tecnologia, os ensinamentos não podem ser retirados, tornando inevitável que os recipientes iniciem seu próprio *portfolio* tecnológico.<sup>107</sup>

Essencialmente, *tecnologia* é conhecimento que vem sendo transformado em “propriedade intangível”, através da concessão de direitos exclusivos, definidos segundo leis nacionais e convenções internacionais. A transação comercial destes bens imateriais somente se torna possível à medida que há segurança jurídica de que este direito monopolista será respeitado.<sup>108</sup>

105. *Transfer of Technology through Investment: Problems and Opportunities*, Nova York, “United Nations Conference on Trade and Development”, 1992 (UNCTAD/ITP/TEC/21).

106. Sobre contrato internacional de *joint venture*, v. Carlos Maria Gambaro, “O contrato internacional de *joint venture*”, *Revista de Informação Legislativa* 146, ano 37, Brasília, abril-junho/2000.

107. Por isso, deve-se ter cautela especial com relação à retribuição justa dos direitos garantidos sob patentes, direito autoral e o uso de marcas registradas, como importantes ferramentas de competitividade. As partes devem negociar regulamentações envolvendo questões quanto às limitações e restrições impostas aos países que recebem a tecnologia, no sentido de impor óbices ao seu uso sem a expressa autorização do titular do direito de propriedade intelectual.

108. “Contudo, uma proteção excessiva de tais direitos cria e fortalece monopólio e limita o acesso público a informações úteis. Uma tensão, entretanto, existe entre a utilidade acesso público irrestrito

102. O professor R. M. Bell sustenta que “a natureza da tecnologia, e a maneira pela qual ela é disponibilizada, poderia assegurar que haveria pouco ou um insignificante desenvolvimento de tecnologia nas economias periféricas” (trad. livre da autora do original, *Approaches to National Science Policy*, Escócia, Science Policy Research Unit, University of Sussex).

103. “Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional?” *Revista de Informação Legislativa* 145, ano 37, Brasília, janeiro-março/2000.

104. Os autores citam como exemplo o Parlamento Europeu, que adotou, em maio/1998, diretivas sobre biotecnologia sem dispositivos significativos contra a *biopirataria*, o que dificultou o trabalho dos países “vítimas” (Brasil, Índia, Madagascar) dessa prática nas negociações do Protocolo de Biossegurança (“Biotecnologias e biossegurança: ...” *Revista de Informação Legislativa* 145/120).

Djoko Pitono<sup>109</sup> traça em seu artigo<sup>110</sup> algumas considerações acerca dos componentes básicos da tecnologia, que abrangem conceitos ocidentais sobre o tema. Diz que a tecnologia deve ser considerada como a combinação de quatro componentes, todos eles interagindo dinamicamente, que juntos realizam qualquer operação de transformação: ferramentas e instalações de produção;<sup>111</sup> habilidades e experiência de produção;<sup>112</sup> fatos e informações de produção;<sup>113</sup> e planejamentos e elos de produção.<sup>114</sup>

Assim, de acordo com esta descrição, em qualquer fonte de transformação, todos os quatro elementos da tecnologia são exigidos simultaneamente e significam que o *Technoware* é o centro da transformação, que é desenvolvido, instalado e operado pelo *Humanware*, que é o elemento-chave de qualquer operação de transformação e é, por sua vez, guiado pelo *Infoware*, que é

do conhecimento e o desejo de canalizar o conhecimento para o lucro privado” (trad. livre da autora do texto original de Christopher Baker, *Regulation of Technology Flows*, “United Nations Conference on Trade and Development”, Nova York, 1990, p. 31).

109. Diretor do *Center for Analysis of S&T Development Indonesian Institute of Sciences*.

110. “Transfer of hi-tech in Indonesia”, *Technology Transfer and Development in a Changing International Environment: Policy Challenges and Options for Cooperation*, Nova York, UNCTAD, 1992, p. 66 (UNCTAD/ITP/TEC/21 – texto de trad. livre da autora do original indicado).

111. Ou seja, a tecnologia incorporada em forma de objeto (ou *Technoware*), que inclui todas as instalações físicas necessárias para a operação de transformação, tais como instrumentos, equipamentos, maquinários, estrutura e fábricas (idem).

112. Ou seja, a tecnologia incorporada em forma de pessoal (ou *Humanware*), que inclui todas as habilidades necessárias para a operação de transformação, tais como perícia, proficiência, destreza, criatividade, perseverança e diligência (idem).

113. Ou seja, a tecnologia incorporada em forma de documento (ou *Infoware*), que inclui todos os fatos e números necessários para a operação de transformação, tais como desenhos, contas, especificações, observações, relações e teorias (idem).

114. Ou seja, a tecnologia incorporada em forma de instituição (ou *Orgware*), que inclui as estruturas necessárias para a operação de transformação, tais como sistematização, organizações, redes, gerenciamento e *marketing* (idem).

gerado e também utilizado pelo *Humanware* pela tomada de decisão e operação do *Technoware*; por sua vez, o *Orgware* adquire e controla o *Infoware*, *Humanware* e *Technoware* para efetuar a transformação.<sup>115</sup>

A pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, por envolverem complexos procedimentos de implementação, demandam altos investimentos, motivo pelo qual o preço da tecnologia raramente é determinado pela referência de seu custo de produção. Assim, seu preço é geralmente fixado como uma parte do faturamento dos produtos produzidos a partir desta tecnologia ou *know-how*, e, conseqüentemente, o valor da tecnologia depende muito do modo como aplicados o capital, mão-de-obra e instalações no processo de produção.

#### 4. Dos conhecimentos tradicionais

Segundo definição da WIPO,<sup>116</sup> *conhecimentos tradicionais* são, em uma noção multifacetada, aqueles que envolvem alguns componentes, referidos por termos como “conhecimento indígena”, “folclore”, “conhecimento de Medicina tradicional”, dentre outros, que necessariamente não são conhecimentos antigos, por estarem sendo criados a cada dia, e desenvolvidos como resposta de pessoas e comunidades aos desafios postos por seu meio social e físico.<sup>117</sup>

Os conhecimentos tradicionais surgem como uma questão associada com os recur-

115. Idem.

116. *World Intellectual Property Organization*, Documento WIPO/RT/LDC/1/4, preparado pelo *International Bureau of WIPO*, distribuído aos participantes do *High Level Interregional Roundtable on Intellectual Property for the Least Developed Countries*, ocorrido em Genebra, setembro/1999.

117. “Los sistemas de saberes indígenas casi siempre son de carácter local o regional, de transmisión oral, aprendidos por observación directa y experiencia personal, se elaboran de manera intuitiva e incluyen componentes de creencia y emoción subjetiva, generalmente son holísticos y globalizadores y aspiran a la profundidad” (Arturo Argueta Villamar, “Biodiversidade, Justiça e Ética”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

genéticos, tendo no art. 8 (j) da Convenção sobre Diversidade Biológica a aplicação do conceito de conservação *in situ*<sup>118</sup> da diversidade biológica, onde os países contratantes, sujeitos à legislação nacional, devem, sempre que possível e apropriado, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas de comunidades indígenas<sup>119</sup> e locais, sugerindo que para sua exploração e ampla aplicação faz-se necessário que os países legislem a fim de regulamentar esta matéria.<sup>120</sup>

A fim de regulamentar o supra-aludido artigo, é necessário que sejam definidos os padrões concernentes a disponibilidade, competência e uso sobre os conhecimentos, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais, bem como a tomada de medidas concernentes à concessão de proteção dos direitos a estes relativos, que poderiam incluir os direitos de propriedade intelectual.<sup>121</sup>

118. De acordo com a redação do art. 2 da Lei sobre Diversidade Biológica, “conservação *in situ*” significa a conservação de ecossistemas e *habitats* naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

119. “Não nos opomos em colocar nossos conhecimentos a favor dos não-índios. Uma vez que somos muitos povos com culturas diferenciadas e conhecemos bem os nossos territórios, poderemos contribuir muito com nossa sabedoria para o melhoramento das condições de vida da Humanidade. Mas não aceitamos que nossos conhecimentos sejam utilizados sem a nossa devida autorização. Os pesquisadores e as indústrias não podem se enriquecer às nossas custas, sem sermos devidamente recompensados” (Clóvis Ambrósio Wapixana, “Biodiversidade, Justiça e Ética”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8 – o autor é líder indígena da tribo Wapixana, em Roraima).

120. No Brasil há uma proposta de emenda constitucional, que tramita no Congresso Nacional desde maio/2000, no sentido de regular 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 a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. O Governo editou medida provisória (n. 2.052, em 27.7.2000), com consecutivas reedições.

121. De acordo com um documento da WIPO, existem diferentes pontos de vista sobre como con-

A outra questão a ensinar uma ação legislativa é quanto à promoção de aplicação de tal conhecimento, inovação ou prática em larga escala industrial, condicionada à aprovação, envolvimento e participação efetiva dos seus legítimos detentores, com retribuição dos benefícios econômicos oriundos desta utilização. Um importante questionamento deve ser feito no que tange ao uso industrial do conhecimento tradicional, que necessariamente implica transferência deste aos potenciais interessados.

A transferência de tecnologia é um processo que, independentemente da modalidade escolhida para tal, compreende três passos – quais sejam, a compreensão, a comunicação e a absorção –, que exige uma documentação sistematizada, que, por outro lado, origina um conjunto peculiar que diz respeito à propriedade intelectual relativamente à comunicação pública da informação, a qual, se feita sem o controle apropriado, pode prejudicar a proteção do conhecimento tradicional, através de patente ou do sistema de segredo industrial.

Para que se possa efetivamente recorrer aos sistemas de proteção dos conhecimentos tradicionais deve-se efetuar um intenso e amplo programa de reconhecimento, identificação e catalogação destes bens imateriais, criando condições de uso dos meios legais para impedir e punir a *biopirataria*, o uso indevido e o saque indiscriminado dos recursos e conhecimentos indígenas e de comunidades locais, atacando com eficiência as coletas e extrações de materiais genéticos, cuja práticas desrespeitam o direito de propriedade intelectual destes povos.<sup>122</sup>

duzir esta questão. Alguns podem preferir explorar a possibilidade de utilização dos mecanismos existentes de propriedade intelectual para proteger o conhecimento tradicional. Outros poderiam preferir o desenvolvimento de um sistema *sui generis* de proteção à propriedade intelectual, onde as características dos mecanismos existentes poderiam ser adaptadas às características peculiares do conhecimento tradicional (WIPO/IP/GR/00/2).

122. “Por meio de patentes e da Engenharia Genética, novas colônias estão sendo estabelecidas.

Algumas comunidades indígenas já vêm se organizando neste sentido, podendo ser citadas a Pemasky<sup>123</sup> (*Proyecto de Estudio para el Manejo de Áreas Silvestres de Kuna Yala*) do Panamá, o *Instituto Amazanga*<sup>124</sup> do Equador e a *Confederación Indígena de Bolívia*<sup>125</sup> (CIDOB).

Este último grupo, através de um Convênio para a Proteção e Reconhecimento dos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas, sinaliza claramente a necessidade de formalizar uma solicitação e sua respectiva outorga de permissão para efetuar as investigações nos territórios indígenas, o estabelecimento permanente da figura de co-investigador indígena ou campesino, o registro e a regulação das coletas de materiais e a extração de material genético, publicações com co-autoria comunitária de tal forma que sejam compartilhados os direitos intelectuais e os possíveis benefícios destes resultantes, o pagamento para obten-

(...). Resistir à biopirataria é resistir à colonização final da própria vida – do futuro da evolução como também do futuro das tradições não-ocidentais de relacionamento com o conhecimento da Natureza. (...) É a luta pela conservação da diversidade, tanto cultural quanto biológica” (Shiva, *Biopirataria* – ..., p. 28).

123. Este grupo vem estabelecendo acordos de trabalho e contratos diretos com as entidades de pesquisa que têm interesse em efetuar inventários de flora e fauna ou estudos ecológicos em Kuna, devendo os interessados sujeitar-se às regras estabelecidas pelos organizadores (Villamar, “Biodiversidade, Justiça e Ética”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

124. Técnicos indígenas desse Instituto estão efetuando um inventário dos recursos naturais dos territórios indígenas localizados na Selva Amazônica Equatoriana, para que a biodiversidade seja apropriada para o desenvolvimento sustentável dos povos indígenas da região (Villamar, idem).

125. Essa Confederação trabalha em estreita coordenação com o *Centro de Investigación y Documentación para el Desarrollo del Beni* (CIDDEBENI), organismo técnico de apoio, que a partir de diversos processos de intercâmbio de informação decidiram estabelecer uma *Propuesta de Reglamento de Investigación Científica para los Territorios Indígenas y Áreas Campesinas*, bem como um *Convênio para la Protección y Reconocimiento de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas* (Villamar, idem).

ção de informação de algum membro da comunidade não deve poder ser considerado, de forma alguma, como uma aquisição dos conhecimentos coletivos das comunidades e, em caso de planejar solicitar uma patente, negociar as condições para tal com a organização indígena.<sup>126</sup>

Quando sistemas autóctones de conhecimento e produção interagem com os sistemas econômicos dominantes torna-se importante definir como a bioprospecção irá se efetivar, pois a exploração dos recursos genéticos e bioquímicos de valor comercial não pode ser feita de forma indiscriminada, posto que há muito são conhecidos e utilizados pelas comunidades. Assim, é imprescindível que sejam efetuados contratos de bioprospecção que possam assegurar que uma parte do valor gerado pelo desenvolvimento de produtos biologicamente derivados ou geneticamente modificados seja remetida ao país e povo que têm sido os guardiões da biodiversidade.<sup>127</sup>

A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha explica<sup>128</sup> que no Brasil foi concluída uma pesquisa intitulada *Enciclopédia da Floresta*, que revela o que as populações locais, seringueiros e três grupos indígenas conhecem sobre as florestas do Alto Rio Juruá, na Amazônia. A autora salienta que muito do que foi revelado não pode ser publicado, porque não existe regulamentação no Brasil para proteger os direitos dessa população, e se tais informações caíssem em domínio público não haveria como impedir

126. Villamar, idem.

127. “À medida que aumenta o interesse da indústria pelos recursos genéticos e bioquímicos, e mais instituições de pesquisa e conservação percebem que precisam ou usar ou enfrentar a perda da diversidade em seus países, ganharão importância os acordos contratuais entre os coletores e supridores de amostras biológicas, e as companhias farmacêuticas e biotecnológicas” (Susan Laird, “Contracts for biodiversity prospecting”, *Biodiversity Prospecting*, World Resource Institute, 1994, p. 99).

128. “Biodiversidade, Justiça e Ética”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8.

que qualquer indústria se apropriasse desses conhecimentos sem qualquer ônus.<sup>129</sup>

Foram salientados pelo jurista Gurdial Singh Nijar os problemas e as preocupações dos países do Hemisfério Sul, que, conforme já mencionado, detêm a maior parte da diversidade biológica do Planeta, concentram-se em estabelecer parâmetros para algumas questões, tais como a distinção entre a criatividade dos povos indígenas e comunidades locais e aquela de interesse de empresas e corporações,<sup>130</sup> a distância dos processos desde a matéria-prima até os produtores finais<sup>131</sup> e desde os produtores até os usuários.<sup>132</sup>

As disposições da Convenção sobre Diversidade Biológica visam a assegurar que os países que concedem acesso aos seus recursos genéticos devem garantir suas remunerações provenientes dos benefícios oriundos de quaisquer inovações comercialmente valoráveis que sejam derivadas des-

129. De acordo com os dados do *World Resource Institute*, dos 120 princípios ativos isolados de plantas superiores, e largamente utilizados na Medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais; menos de 12% são sintetizados por modificações químicas simples, sendo que o restante é extraído diretamente de plantas e depois purificado. O uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência de reconhecer as propriedades medicinais de plantas em mais de 400%.

130. O autor ilustra tal afirmativa expressando que a jurisprudência contemporânea desenha uma distinção entre a criatividade dos povos indígenas e a criatividade de interesse das corporações, afirmando que somente a esta última são outorgados valores e remunerações ("Proteção da diversidade cultural e biológica", *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8).

131. De acordo com dados fornecidos pelo autor, o valor atual do mercado mundial para plantas medicinais derivadas dos conhecimentos dos povos indígenas e comunidades locais está estimado em US\$ 43 bilhões (idem).

132. Uma crítica feita pelo autor é a de que as corporações invadem as comunidades do Hemisfério Sul, tomam livremente sua diversidade biológica para matéria-prima, classificam qualquer "melhoria" ou modificação como sendo suas "invenções", e então buscam direitos de propriedade intelectual sobre o produto final (idem).

tas fontes. Os contratos de bioprospecção e acordos de parceria em pesquisa entre os fornecedores e os usuários destes recursos podem ser mecanismos de extrema importância na busca de equacionar o problema, indo ao encontro de uma solução que atenda às necessidades de ambas as partes.<sup>133</sup>

A posição da Comunidade Européia levada ao conhecimento da WIPO<sup>134</sup> com relação à proteção dos conhecimentos tradicionais é a de apoiar o desenvolvimento de um modelo internacional para a proteção legal dos conhecimentos tradicionais, acreditando que um escopo mais amplo de proteção, incluindo elementos de interesse particular dos países em desenvolvimento, em especial o conhecimento tradicional, poderia aumentar a confiança no sistema internacional de propriedade intelectual.

Acrescentam que, no contexto dos conhecimentos tradicionais, as indicações geográficas<sup>135</sup> poderiam ter um papel complementar para a proteção dos produtos tradicionais, sob certas circunstâncias. Aparentam que poderia também ser útil examinar a possível função desta para ir ao encontro de outros objetivos da Convenção sobre Diversidade Biológica, que reconhece a existência de áreas geograficamente definidas que são demarcadas para atender aos obje-

133. Durante o primeiro encontro do Grupo de Trabalho da Convenção sobre Diversidade Biológica uma disputa conceitual originou-se com relação à natureza dos direitos indígenas sobre seus conhecimentos, inovações e práticas. Um representante de povos indígenas argumentou que estes direitos devem ser reconhecidos como culturais, ao invés de econômicos, explicitando que os direitos das comunidades locais podem ser de, inclusive, recusar o acesso aos seus conhecimentos e recursos genéticos que os têm beneficiando, ao invés de repartir os benefícios econômicos derivados destes (UNEP/CBD 2000).

134. WIPO/GRTKF/IC/1/8.

135. *Indicação geográfica*, como é conceituada pelo TRIPS, art. 22, é a que indica um produto como originário do território de um país-membro, ou região, ou localidade desse território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

tivos de conservação.<sup>136</sup> Logo, os produtos originários destas áreas poderiam talvez ser identificados como “indicações geográficas” se os produtores decidissem unificar seus padrões de produção coletiva e conhecimento tradicionais.

No que tange a tal sistematização, salienta-se que, ao fazê-lo, corre-se o risco de que os conhecimentos tradicionais venham a ser reconfigurados, sob pena de ocasionar uma completa descaracterização destes, devendo-se ter a preocupação de que um minucioso cuidado metodológico irá ser levado em consideração a fim de assegurar que os resultados não conduzam a um artifício ideológico-cultural.<sup>137</sup> Os sistemas de conhecimentos tradicionais são saberes coletivos próprios de grupos especializados e indivíduos; porém, igualmente existem saberes diferenciados por sexo e atividade, razão pela qual devem ser levados em conta os aspectos históricos e sociais dos povos, para que uma eventual sistematização formal não aniquile as culturas autóctones.<sup>138</sup>

O Brasil possui uma imensa diversidade étnica e lingüística, estando entre as maiores do mundo. São 215 sociedades indígenas, mais cerca de 55 grupos de índios isolados, sobre os quais ainda não há informações objetivas. Têm-se, pelo menos, 180

136. “Art. 2 (Utilização de Termos). Para os propósitos desta Convenção: ‘Área Protegida’ significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.”

137. A. Argueta, *Historia y Epistemología de las Etnociencias*, México, UNAM, 1997.

138. “La búsqueda de autodeterminaciones locales (comunales) que se gesta y negocia en el contexto institucional del Estado-Nación como confrontación de hecho entre soberanía local y soberanía de Estado (...) y que se ha extendido, en las últimas décadas, a la esfera de las relaciones transnacionales en las que las organizaciones indígenas luchan por las soberanías étnicas (y el patrimonio étnico-nacional: territorio, recursos y medio ambiente) de sus representados, frente a las pretensiones e intervenciones de las entidades transnacionales” (S. Varese, “Parroquialismo y globalización. Las etnicidades indígenas ante el tercer milenio”, in S. Varese (coord), *Pueblos Indios, Soberanía y Globalismo*, SL, Abya Yala, 1996, pp. 15-30).

línguas que são faladas pelos membros destas sociedades, as quais pertencem a mais de 30 famílias lingüísticas diferentes.<sup>139</sup>

Importante ressaltar que pela legislação brasileira<sup>140</sup> os índios são considerados relativamente capazes.<sup>141</sup> Conforme já dito, no que tange às terras indígenas o usufruto<sup>142</sup> assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades,<sup>143</sup> cabendo ao órgão de assistência a gestão do Patrimônio Indígena, propiciando-se, porém, a participação dos silvícolas e dos grupos tribais na administração dos próprios bens, sendo-lhes totalmente confiado o encargo quando demonstrem capacidade efetiva para o seu exercício.<sup>144</sup>

139. [www.funai.gov.br](http://www.funai.gov.br).

140. A Constituição/1988 veio mudar as concepções ideológicas vigentes, na medida em que reconheceu a permanente diversidade e especificidade cultural dos índios. Também legitimou qualquer processo judicial movido por eles através do Ministério Público, que está encarregado de defendê-los judicialmente (CF/1988, art. 129, V). Igualmente, o Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19.12.1973): “Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

141. Código Civil, art. 6º, III, e parágrafo único.

142. A professora Maria Helena Diniz, em comentário ao art. 713 do Código Civil, ensina que “o usufruto seria o direito real conferido a alguém de retirar, temporariamente, da coisa alheia os frutos e utilidades que ela produz, sem alterar-lhe a substância”. Ao comentar o art. 716 do mesmo diploma legal, acrescenta: “O usufruto, salvo disposição em contrário, estender-se-á aos acessórios da coisa e seus acréscidos, em razão de consequência natural do direito real que o vincula ao bem” (*Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 554-557).

143. Estatuto do Índio: “Art. 39 Constituem bens do Patrimônio Indígena: I – as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas; II – o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas; III – os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título”.

144. Estatuto do Índio, art. 42.

Vê-se que a Constituição, no Título VIII, Capítulo VIII<sup>145</sup> – “Dos Índios” –, restringe a competência da União sobre as terras que estes tradicionalmente ocupam somente para demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Na condição de usufrutuários exclusivos, os povos indígenas têm o direito de posse, uso, percepção; e, no que tange à administração,<sup>146</sup> afim, constata-se que, devido à relativa capacidade civil dos índios, este exercício restaria prejudicado em sua plenitude,<sup>147</sup> a menos que estes demonstrem condições para tal. Parece-nos evidente a posição de nu-proprietária<sup>148</sup> da União – e, portanto, questionável que os usufrutuários venham a repartir com esta os benefícios legalmente previstos como exclusivos a estes.

É necessário averiguar-se a constitucionalidade do projeto de lei do Governo e da medida provisória,<sup>149</sup> cujo teor, no que

145. Constituição Federal/1988:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...)”

“§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e dos lagos nelas existentes.”

146. Código Civil: “Art. 718. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”.

147. “O usufrutuário terá direito à posse, já que tem em mãos o *ius utendi* e o *fructuendi*. Sua posse é direta e justa, podendo valer-se dos remédios possessórios não só contra terceiros, mas também contra o nu-proprietário, que tem a posse indireta, se este impedir ou dificultar o livre exercício do usufruto” (RT 496/199).

148. “Nu-proprietário. O nu-proprietário é o proprietário do bem que, em razão do usufruto, perdeu o *ius utendi* e o *fructuendi*, conservando, porém o conteúdo do domínio, o *ius disponendi*” (RT 450/96).

149. Medida Provisória 2.052, art. 21: “§ 1º. Quando os benefícios de que trata o *caput* deste artigo decorrerem de exploração econômica do patrimônio genético acessado em terras indígenas ou em área de comunidade local, a respectiva comunidade fará jus a percentual de sua repartição”. Mais: “Art. 22. As comunidades indígenas ou comunidades locais farão jus a percentual de benefício decorrente

tange à repartição de benefícios, estabelece que as comunidades indígenas farão jus a percentual dos benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético acessado em terras indígenas. Parece-nos que se feriria o preceito constitucional (art. 231, *caput* e § 2º) de usufruto exclusivo<sup>150</sup> permanente dos índios.

Indo mais ao encontro dos interesses das comunidades indígenas está o projeto de lei da senadora Marina Silva ao assegurar o direito de “não permitir a coleta de recursos biológicos e genéticos e o acesso ao conhecimento tradicional em seus territórios, (...) quando se demonstre que essas atividades ameacem a integridade de seu patrimônio natural e cultural”.<sup>151</sup>

Juliana Santilli<sup>152</sup> menciona a posição de Gurdial Singh Nijar<sup>153</sup> sobre a vantagem de serem firmados contratos de acesso, a fim de proteger os interesses indígenas contra eventuais tentativas de manipulação, pois estes instrumentos jurídicos são mais fáceis de serem executados fora dos países de origem, à medida que muitos países têm acordos de reciprocidade para cumprimento das decisões judiciais, em contrapartida ao caráter eminentemente territorial da legislação nacional.

da utilização de informação do conhecimento tradicional associado, obtida nessas comunidades”.

150. “Salienta-se, entretanto, que o direito de usufruto exclusivo não significa que as comunidades indígenas não possam autorizar o acesso de terceiros aos recursos genéticos de que são usufrutuárias. Não significa que só as comunidades indígenas possam empregá-los com suas próprias mãos. Elas podem autorizar o seu acesso a terceiros, desde que isso atenda aos interesses e se faça de forma que não viole a sua integridade cultural” (Santilli, “A proteção ...”, *Revista de Estudos Judiciários* 3).

151. Projeto de Lei 306/1995, art. 20.

152. Assessora Jurídica do Instituto Sócio-Ambiental, in “A proteção ...”, *Revista de Estudos Judiciários* 3.

153. Membro da organização *Third World Network*, da Malásia, in *Towards a Legal Framework for Protecting Biological Diversity and Community Intellectual Rights – a Third World Perspective*.

Entretanto, essencial que as comunidades indígenas possam estar aptas e efetivamente bem assistidas<sup>154</sup> para que possam fazer valer seus interesses em uma complexa negociação internacional, à medida que se constata a flagrante inferioridade econômica e social destes povos indígenas perante grandes grupos internacionais, cujos interesses são meramente economicistas.

## 5. Conclusão

Considerando o conteúdo e valor do conhecimento e inovações dos povos indígenas e comunidades locais, há certos conceitos na literatura legal e na legislação comparada que viabilizam formas de proteção ou compensação desta propriedade imaterial tradicional, à medida que esta possui valor comercial intrínseco. Assim, poderia ser prevista uma licença de direito ou "pagamento de domínio público",<sup>155</sup> onde seria contemplada a introdução de um sistema que impusesse a obrigação de pagar uma taxa ou retribuição às comunidades indígenas ou locais que tenham produzido e preservado o conhecimento em questão. Outro conceito a ser usado seria o da

154. O Projeto do Novo Código Civil Brasileiro, aprovado pelo Senado Federal, assim estabelece ao tratar da personalidade e da capacidade civil, em seu art. 4º:

"São incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer:

"(...).

"Parágrafo único. A capacidade dos silvícolas será regulada por legislação especial."

155. As noções dos conceitos de "domínio público" e "domínio privado" são essenciais para a propriedade intelectual, que permite certas proteções, sujeitas a uma definição legal, elencadas na lei na forma de *numerus clausus*. Trabalhos, criações, idéias, soluções e outros assuntos não incluídos na lista não podem ser protegidos como propriedade intelectual e permanecem sujeitos às regras gerais de domínio público, qual seja, podem ser copiados e usados industrial e comercialmente sem que haja a oposição de alguém a reivindicar um direito exclusivo. Ao contrário, os trabalhos que são de "domínio privado" não podem ser copiados, usados e explorados sem o consentimento prévio do titular deste direito.

repressão à concorrência desleal,<sup>156</sup> uma vez que, em termos econômicos, um sistema de propriedade intelectual para estes conhecimentos pode conferir segurança jurídica às relações comerciais entre as comunidades indígenas e locais e as companhias que os consideram úteis e comercializáveis.<sup>157</sup>

A posição do grupo formado por países da América Latina e Caribe<sup>158</sup> levada ao conhecimento da OMPI é a de que os mecanismos existentes para a proteção à propriedade intelectual podem efetivamente ser ferramentas importantes para a proteção dos conhecimentos tradicionais e da biotecnologia. No que tange especificamente às invenções, o sistema de patentes poderia ser usado para a proteção de soluções técnicas que forem universalmente aplicáveis, que forem universalmente novas<sup>159</sup> e envolverem atividade inventiva,<sup>160</sup> concedendo-se, igualmente, proteção para processos associados aos usos e exploração de recursos genéticos e biológicos que sejam

156. Vários países reconhecem como conduta parasitária aquela consistente na apropriação indevida do trabalho alheio, considerando esta uma prática contrária à concorrência regular, devendo os países reconhecer padrões de conduta segundo os quais a comercialização de expressões da cultura tradicional sem o prévio consentimento dos seus detentores poderia ser qualificada como desleal.

157. O grupo dos países da América Latina e do Caribe encaminhou suas posições no que se refere à proteção dos conhecimentos tradicionais, fazendo menção aos textos legislativos em vigor em alguns países que compõem este grupo (v. WIPO/GTRKF/IC/1/5).

158. WIPO/GTRKF/IC/1/5.

159. A questão da novidade, quando relacionada aos conhecimentos tradicionais, parece que deveria ter uma conotação de novo relativamente a todas as outras pessoas que não pertençam àquele determinado grupo detentor da técnica de utilização dos recursos genéticos e biológicos.

160. Parece-nos razoável afirmar que, até a concepção de um conhecimento tradicional, houve uma concatenação de técnicas que, mesmo não utilizando os mecanismos ocidentais para tal obtenção, exigiu dos detentores observação e acompanhamento que poderiam qualificar como uma atividade inventiva, sem que fosse exigido um rigor técnico-científico ortodoxo.

conhecidos e utilizados pelas comunidades locais e indígenas, assim, novos produtos de plantas e variedades de plantas destes derivados.

Parece-nos que a proteção por intermédio de indicações geográficas e apelações de origem constitui-se meio bastante apropriado para a defesa dos interesses dos povos indígenas e comunidades locais, desde que tal não redunde em uma descaracterização dos aspectos culturais e sociais destes detentores. Igualmente, através da repressão à concorrência desleal poder-se-ia proteger informações tais como os segredos mantidos pelos nativos e comunidades indígenas que possam ser tecnológica e economicamente valoráveis, possibilitando o acesso a tal conhecimento, sua exploração e comunicação a terceiros sem que isso enseje a vulnerabilidade dos seus titulares. Logo, o controle sobre este conhecimento habilita sua transmissão, tornando-se possível a elaboração de contratos para licenciamento do segredo do conhecimento tradicional, viabilizando a obtenção de lucros com sua exploração comercial.

Quanto à possibilidade de repartição dos benefícios derivados da exploração da biotecnologia e dos conhecimentos tradicionais com a União, mostra-se necessária a definição de percentuais e critérios. Ainda que se flexibilize o usufruto exclusivo e se aceite como possível atribuir-se à União o direito de perceber um percentual sobre a exploração da propriedade física da biodiversidade (devido ao seu papel de nu-proprietária e de tutora), não parece haver qualquer razão jurídica para que o mesmo se dê em relação aos conhecimentos tradicionais, ou seja, sobre a propriedade intelectual destes.

É providencial que não se confunda *poder de tutela com direito de exploração*, e nem o dever de proteger os interesses de grupos e comunidades com o poder de se capitalizar através do licenciamento ou alienação de conhecimentos cuja origem remonta a tempos imemoriais, continuamente maturados e transferidos de geração para

geração, resistindo ao contato destrutivo da cultura e da tecnologia modernas, que não lhes reconheciam os métodos e nem os efeitos e que, hoje, os usurpam e mascaram como fruto de sua própria inteligência e pesquisa.

Parece conveniente que, havendo uma efetiva repartição de benefícios, no que tange aos conhecimentos tradicionais, haja uma afetação legal destas verbas, ficando sua destinação vinculada ao cumprimento das obrigações constitucionais da União para com as comunidades indígenas que os desenvolveram e conservaram.

Importante ressaltar que o vínculo da União para com a exploração da biodiversidade nas terras indígenas, dado o usufruto exclusivo, deriva tão-somente da relativa incapacidade dos indígenas; assim, com relação ao Projeto de Código Civil Brasileiro, importante que, efetivamente relegando-se a questão da capacidade dos silvícolas para lei especial, se esteja ciente dos perigos que envolvem o tema e dos cuidados que devem ser observados quando de sua elaboração, uma vez que falhas nesta legislação (casuais ou premeditadas) podem vir a permitir a usurpação da biodiversidade nacional e dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas.

Se não houver uma conduta cívica responsável e competente de nossos legisladores, poderemos vir a repetir uma história vergonhosa, iniciada há 500 anos atrás, marcada pela destruição cultural e dirigida à submissão econômica.

## 6. Bibliografia

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

———. "O direito do comércio internacional". In: GRANDINO RODAS, João (coord.). *Contratos Internacionais*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1995.

———. "O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacio-

- nal privado". In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL* (Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo da Cunha, colaboradores). São Paulo, LTr, 1996.
- ARGUETA, A. *Historia y Epistemología de las Etnociencias*. México, UNAM, 1997.
- BAKER, Christopher. *Regulation of Technology Flows*. Trad. livre da autora do texto original. Nova York, *United Nations Conference on Trade and Development*, 1990.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. "A nova lei e o TRIPS". *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, "Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual". São Paulo, 1996.
- BARBOSA, Denis Borges. *Licitações, Subsídios e Patentes, Direito do Desenvolvimento Industrial*. v. II. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- BEIER, Friedrich-Karl. *La Territorialité du Droit des Marques et les Échanges Internationaux*. Clunet, 1971.
- BELL, R. M. *Approaches to National Science Policy*. Escócia, Science Policy Research Unit, University of Sussex.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Teoria do Direito e globalização econômica". In: SUNDFELD, Carlos Ari, e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- CARRERAS, Daniel de las. "Protección de biotecnología". *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial* 3. Maio-junho/1992.
- CORREA, Carlos. "Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- CUNHA, Manuela Carneiro. "Biodiversidade, Justiça e Ética". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade Intelectual: a Tutela Jurídica da Biotecnologia*. São Paulo, Ed. RT, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais*. 1ª ed. São Paulo, Edipro, 1997.
- GAMBARO, Carlos Maria. "O contrato internacional de joint venture". *Revista de Informação Legislativa* 146. Ano 37. Brasília, abril-junho/2000.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos Internacionais Comerciais*. São Paulo, Saraiva.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense.
- HERMITTE, M. A. "La gestion d'un patrimoine commun: l'exemple de la diversité biologique". In: BARRÉRE, M. *Terre, Patrimoine Commun*. Paris, La Découverte, 1992.
- JAENICHEN, Hans-Rainer. "The patentability of biotechnological inventions, chemical compounds, pharmaceutical compositions, plants and animals in the European Patent Office and some aspects of the grant of compulsory licenses". *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. "XIV Seminário Nacional de Propriedade Industrial. Anais". Rio de Janeiro, 1994.
- KASSMAN, Hebert. *Transfer of Technology through Investment: Problems and Opportunities*. Nova York, United Nations Conference on Trade and Development, 1992.
- LAIRD, Susan. "Contracts for biodiversity prospecting". *Biodiversity Prospecting*. World Resource Institute, 1994.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial*. 2ª ed. São Paulo, Editora de Direito, 1999.
- LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Trad. de Valdo Mermelstein. São Paulo, EDUSC, 1999.

- LICKS, Otto B. "O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio". In: CASELLA, Paulo Borba, e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo, LTr.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A Lei da Propriedade Industrial Comentada*. São Paulo, Lejus, 1999.
- \_\_\_\_\_. "Patente e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos". *RDM* 116. São Paulo, Malheiros Editores, outubro-dezembro/1999.
- LUCCA, Newton de. "Biodiversidade, propriedade intelectual e comércio internacional". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Proteção da diversidade cultural e biológica". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O direito internacional público no Direito Brasileiro". In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Dimensão Internacional do Direito*. São Paulo: LTr, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998.
- MENGHISTU, Fisseha-Tsion. In: LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da Transferência de Tecnologia*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- NIJAR, Gurdial Singh. "Proteção da diversidade cultural e biológica". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- OLIVEIRA, Raul José de Galaad. "O preceito da soberania nas Constituições e na jurisprudência brasileiras". *Revista de Informação Legislativa* 146. Ano 37. Brasília, abril-junho/2000.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre, Síntese, 1999.
- PITONO, Djoko. "Transfer of hi-tech in Indonesia". *Technology Transfer and Development in a Changing International Environment: Policy Challenges and Options for Cooperation*. Nova York, UNCTAD, 1992.
- SANTILLI, Juliana. "A proteção aos direitos intelectuais coletivos das comunidades indígenas brasileiras". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 3. Brasília, Conselho da Justiça Federal, setembro-dezembro/1997.
- SHIVA, Vandana. *Biopirataria – A Pilhagem da Natureza e do Conhecimento*. Trad. de Laura Cordellini Barbosa de Oliveira. Rio de Janeiro, Vozes, 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed., v. III. Rio de Janeiro, Forense.
- SILVA, Pedro Souza e. *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*. Coimbra, Coimbra Editora.
- SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- SOARES, Guido F. S. "As ONGs e o direito internacional do meio ambiente". *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 34. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/2001.
- \_\_\_\_\_. "O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo TRIPS". In: CASELLA, Paulo Borba, e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo, LTr, 1998.
- SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo, Ed. RT.
- \_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Industrial: Patentes e seus Sucedâneos*. São Paulo, Jurídica Brasileira, 1998.
- STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo, LTr, 1998.
- TANNON, M. L. "Deux conventions peu contraignantes". *Savoi* 2. *Le Monde Diplomatique*. 1993.
- VARELLA, Marcelo Dias, e BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. "Biotecnologias e biosse-

- gurança: fatores agravantes da desigualdade internacional?". *Revista de Informação Legislativa* 145. Ano 37. Brasília, janeiro-março/2000.
- VARESE, S. "Parroquialismo y globalización. Las etnicidades indígenas ante el tercer milenio". In: VARESE, S. (coord.). *Pueblos Indios, Soberanía y Globalismo*. SL, Abya Yala, 1996.
- VILLAMAR, Arturo Argueta. "Biodiversidade, Justiça e Ética". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- WAPIXANA, Clóvis Ambrósio. "Biodiversidade, Justiça e Ética". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.
- WEISS, Friedl. "Aspectos de direito internacional público do TRIPS". In: CASELLA, Paulo Borba, e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. Trad. de Luís Fernando Nigro Correa, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento. São Paulo, LTr, 1998.
- LUCCA, Nelson de. "Biodiversidade e comércio internacional: o desafio do direito de comércio internacional". In: *Revista de Informação Legislativa* 145. Ano 37. Brasília, Conselho da Justiça Federal, janeiro-março/2000.
- MARTINS, José Carlos de Silva. "Parroquialismo e globalização: a perspectiva jurídica". In: *Revista de Informação Legislativa* 145. Ano 37. Brasília, Conselho da Justiça Federal, janeiro-março/2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O direito internacional público no Direito Brasileiro". In: *Revista de Informação Legislativa* 145. Ano 37. Brasília, Conselho da Justiça Federal, janeiro-março/2000.
- CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. Trad. de Luís Fernando Nigro Correa, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento. São Paulo, LTr, 1998.
- MEDRÉS, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. Trad. de Luís Fernando Nigro Correa, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento. São Paulo, LTr, 1998.
- SOARES, Gilda F. "As OMC e o Brasil". In: *Revista de Informação Legislativa* 145. Ano 37. Brasília, Conselho da Justiça Federal, janeiro-março/2000.
- SILVEIRA, Newton A. *Propriedade Intelectual*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- STRENGER, Fábio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- TAYLOR, M. J. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- VARESE, S. *Pueblos Indios, Soberanía y Globalismo*. SL, Abya Yala, 1996.
- VILLAMAR, Arturo Argueta. "Biodiversidade, Justiça e Ética". *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 8. Brasília, Conselho da Justiça Federal, maio-agosto/1999.