

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-044-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I.
Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continental: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;

b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;

c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;

d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexicis e lexisitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

MARCO DA BIODIVERSIDADE: INSTRUMENTO NEOCOLONIAL DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO E CULTURAL BRASILEIRO

BIODIVERSITY ACT: NEOCOLONIAL INSTRUMENT OF INTERNATIONALIZATION OF THE BRAZILIAN GENETIC AND CULTURAL HERITAGE

**André de Paiva Toledo
Fabiana Pacheco De Souza Silva**

Resumo

Este artigo foi desenvolvido com intuito de se examinarem as compatibilidades e incoerências do texto do Marco da Biodiversidade, aprovado em início de 2015 na Câmara dos Deputados, em relação ao ordenamento jurídico nacional e internacional. Parte-se da análise do princípio da soberania nacional sobre os recursos biológicos, inserido de maneira significativa na Convenção sobre Diversidade Biológica. Em seguida, discute-se o sistema internacional de acesso, remessa de recursos genéticos e a partilha justa e equitativa de benefícios. Diante disso, adentra-se no texto do Marco da Biodiversidade, fazendo um paralelo com a questão da biopirataria. A partir de então, faz-se uma dupla comparação entre a legislação vigente e o projeto de lei e entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Conclui-se, enfim, que o Marco da Biodiversidade aprofunda a internacionalização da utilização da biodiversidade brasileira, reforçando a dependência internacional do País.

Palavras-chave: Marco da biodiversidade soberania sobre os recursos naturais internacionalização biopirataria

Abstract/Resumen/Résumé

This paper developed in order to examine the capabilities and Biodiversity Act text inconsistencies, approved in early 2015 in the house, in relation to national and international law. It starts with the analysis of the principle of national sovereignty over biological resources, inserted significantly to the convention on biological diversity. Then we discuss the international system of access, delivery of genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits. Therefore, enters in the text of the Biodiversity Act, drawing a parallel with the issue of biopiracy. From then on, it is a double comparison between the current legislation and the bill and between the internal law and international law. The conclusion, in short, that the Biodiversity Act deepens the internationalization of the use of the Brazilian biodiversity, strengthening the international dependence of the country.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Biodiversity act sovereignty over biological resources internationalization biopiracy

INTRODUÇÃO

Os recursos naturais – biológicos ou não-biológicos – encontram-se aleatoriamente espalhados pela superfície planetária. Esta mesma superfície é juridicamente dividida para a fixação dos limites territoriais do exercício político. Tal processo de divisão jurídica e exercício político sobre um determinado espaço físico é um importante aspecto da existência do Estado. Sem minimizar a importância da ideia de povo ou nação para a plena constituição do Estado, enfatizar-se-á aqui a competência exclusiva estatal para utilizar ou determinar a utilização dos recursos naturais – biológicos ou não-biológicos – encontrados em seu território, isto é, na base física de exercício do poder.

No que concerne à utilização dos recursos biológicos, o exercício do poder do Estado, isto é, o exercício de sua soberania nacional é juridicamente materializado em atos normativos e administrativos, que devem se adequar aos limites impostos pela Constituição e pelo Direito Internacional cuja principal fonte é a Convenção sobre Diversidade Biológica. O exercício da soberania nacional sobre os recursos biológicos não é portanto ilimitado.

Dentro desses limites constitucionais e convencionais ao poder do Estado, o Brasil estabeleceu em 2001, por meio da Medida Provisória 2.186/2001, o regime atual de acesso, remessa e partilha justa e equitativa de benefícios decorrentes da utilização de amostras do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado. Entretanto, encontra-se no Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.735/2014 (Marco da Biodiversidade) que pretende dar enfim o tratamento legislativo ao tema.

Visto isso, o objetivo deste artigo é analisar a sistemática constitucional e internacional concernente à utilização da biodiversidade brasileira, examinar as características do Marco da Biodiversidade proposto, compará-las com a configuração do regime jurídico de 2001 ainda em vigor para verificar se a legislação brasileira de fato encontra-se em consonância com os limites jurídicos impostos pela Constituição da República e pela Convenção sobre Diversidade Biológica, incluindo aqui seu Protocolo de Nagoya.

1. A SOBERANIA DO BRASIL SOBRE OS RECURSOS BIOLÓGICOS DE SEU TERRITÓRIO

A Constituição brasileira, na parte referente à ordem social, dedica o art. 225 ao meio ambiente. Este dispositivo constitucional, dentre outros aspectos, atribui ao Poder Público a obrigação de preservar a integridade e a diversidade do patrimônio genético brasileiro, assim como de fiscalizar as instituições de pesquisa que eventualmente trabalhem com componentes desse patrimônio. Está-se diante do princípio da soberania nacional sobre os recursos naturais

segundo o qual o Estado titular tem a competência exclusiva de determinar a maneira como será feita a utilização dos recursos biológicos encontrados naturalmente em seu território. Essa determinação se faz por meio de atos administrativos e legislativos, isto é, o Estado, no exercício de sua competência administrativa e legislativa, impõe a todos aqueles que se encontram em seu território, conforme o princípio da igualdade, um sistema uniforme e geral de ação.

Em sintonia com os fundamentos do Direito Público, os atos administrativos, embora signifiquem a forma mais patente e direta de exercício do Poder Público, só geram efeitos jurídicos na medida em que se encontram fundados em uma lei. Trata-se do princípio da legalidade tão importante para se compreender os limites de ação da Administração Pública. Visto isso, conclui-se que a lei assume uma posição de destaque em termos de referência para a realização de fatos jurídicos em um determinado território nacional. É pela vontade do Estado expressa por meio de ato do Poder Legislativo que se impõem à sociedade os limites à liberdade, que correspondem à ideia de responsabilidade. A confirmação de que é pela lei que o Estado exerce sua soberania concretamente, de modo a obrigar a prática de determinados atos ou o abandono de determinadas práticas dentro dos limites territoriais de sua competência política, pode ser encontrado no mesmo art. 225 da Constituição que, no que concerne à utilização do material genético, determina que a utilização do patrimônio nacional far-se-á exclusivamente na forma da lei, dentro de condições que realizem os objetivos definidos soberanamente pelo Estado.

2. A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA E O EXERCÍCIO DA SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS BIOLÓGICOS

Compatível com o estabelecido na Constituição, a Convenção sobre a Diversidade Biológica – doravante Convenção – de 1992, da qual o Brasil é parte, ainda é o principal instrumento normativo internacional sobre o tema da utilização dos recursos biológicos. Igual à Constituição, que imputa ao Poder Público a obrigação de preservar o patrimônio genético, o Estado brasileiro, enquanto sujeito de Direito Internacional, também é obrigado pela Convenção a seguir determinadas normas relativas à utilização da biodiversidade nacional (MENEZES, 2007).

No que se refere ao patrimônio genético, alguns dispositivos específicos da Convenção sobre a Diversidade Biológica devem ser atendidos por todos os Estados que a assinaram e ratificaram. A Convenção reconhece, já no preâmbulo, que os Estados têm direitos soberanos sobre os recursos biológicos de seu território, mas, simultaneamente, são

responsáveis por sua preservação e utilização sustentável. Percebe-se aqui a existência dos mesmos critérios jurídicos impostos pela Constituição ao Poder Público.

A Convenção inova, por sua vez, em duas questões importantes: a determinação de que o desenvolvimento socioeconômico e a erradicação da pobreza devem ser as prioridades básicas e absolutas dos Estados em desenvolvimento – não por coincidência, sempre ricos em biodiversidade e o reconhecimento formal da estreita dependência de recursos biológicos por parte das muitas comunidades locais e indígenas detentoras de um estilo de vida tradicional, assim como a importância desse modo de vida para o conhecimento de práticas relevantes à preservação ambiental e ao desenvolvimento sustentável. Isso significa que o patrimônio biológico é tratado não apenas como um objeto a ser preservado no sentido mais ambientalista do termo, mas que ele deve ser utilizado em favor do combate ao subdesenvolvimento, que ainda persiste em inúmeros países ricos em biodiversidade. É por isso mesmo que não podem ser excluídas das análises jurídicas sobre a diversidade biológica as implicações culturais existentes entre esse patrimônio e as comunidades locais e indígenas.

A Convenção indica assim como um de seus objetivos primordiais, além da preservação ambiental e utilização sustentável – previstos na Constituição –, a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização do patrimônio genético que seja capaz de garantir aos Estados em desenvolvimento a possibilidade real de acabar definitivamente com a pobreza, a dependência econômica, a desigualdade social. Conclui-se do texto convencional que a há a expectativa de que a riqueza biológica seja utilizada – sustentavelmente – em favor do desenvolvimento econômico e social do Estado titular da soberania sobre os recursos biológicos. Ademais, quando o texto convencional favorece o desenvolvimento socioeconômico do Estado rico em biodiversidade, demonstra a necessidade de segurança jurídica no que concerne às pesquisas biotecnológicas para evitar episódios corriqueiros de biopirataria.

Caso emblemático no Brasil fora registrado em episódio, no ano de 2001, envolvendo a Empresa Brasileira de Agropecuária, a EMBRAPA, e uma empresa estrangeira, a *Asashi Foods Corporation Ltda.*, disputando a patente do fruto amazônico “cupuaçu”. A empresa estrangeira participou juntamente com a EMBRAPA do processo de fabricação de um tipo de chocolate que tinha o fruto como matéria-prima, o qual foi levado à patente no Japão. Apenas após extensa luta jurídica envolvendo corpo de advogados brasileiros, em 2004, a patente japonesa foi retirada e o processo voltou ao território brasileiro como propriedade soberana do Estado (AMAZONLINK, 2015).

A Convenção cuidou desde seu advento para que casos como o descrito alhures não fossem passíveis de acontecer. O artigo 8º, “j” da Convenção deixa claro que o fato de preservar, respeitar e manter o conhecimento das comunidades tradicionais (CASTILHO, 2003), entre elas a comunidade indígena, faz parte do incentivo de encorajamento para, através desses recursos, firmar o Estado como soberano, inclusive atingindo a repartição de benefícios entre os sujeitos envolvidos em um processo que envolva tais conhecimentos.

3. PROTOCOLO DE NAGOYA E O ART. 15 DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA

Dentro do sistema das Nações Unidas, firmou-se o Protocolo de Nagoya – doravante Protocolo – em 2010 como um instrumento jurídico de implementação da obrigação de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização do patrimônio genético, prevista na Convenção. O Protocolo foi instituído como um mecanismo capaz de uniformizar internacionalmente os procedimentos de acesso e partilha de benefícios decorrentes da utilização de recursos biológicos, pois é a partir da implementação do disposto na Convenção que será possível construir uma conjuntura política internacional favorável à erradicação da pobreza mundial e ao desenvolvimento sustentável, o que implica necessariamente na transferência de biotecnologia relevante. De fato, em seu art. 1º, o Protocolo estabelece como objetivo:

“[...] repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, incluindo por meio do acesso a recursos genéticos e pela transferência de tecnologias relevantes, levando-se em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias, e pelo financiamento adequado, contribuindo dessa forma para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes.”

O Protocolo está assim vinculado de maneira intrínseca ao art. 15 da Convenção, uma vez que trata especificamente da partilha de benefícios da utilização, aplicação subsequente e comercialização dos componentes biológicos. Com efeito, o referido art. 15, em seu parágrafo 7º, determina que cada parte deve adotar medidas legislativas e administrativas para “compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos.”

Esses benefícios podem, segundo o Protocolo, ser monetários e não-monetários. Visto a importância dada pela Convenção à transferência de tecnologia, diante do fato de que o Protocolo é acessório à Convenção – lembrando inclusive que o Protocolo chama-se

oficialmente *Protocolo de Nagoya no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica sobre acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes de sua utilização* –, a divisão das espécies de benefício em monetária e não-monetária não pode ser entendida como a possibilidade de se escolher a primeira em detrimento da última, mas como a possibilidade de se conjugar ambas. Daí a utilização, na redação do art. 5º, § 4º, da conjunção “e” ao invés de “ou”. *In litteris*: “Benefícios podem incluir benefícios monetários e não-monetários, incluindo, mas não se limitando àqueles listados no Anexo.” Logo, as partes do Protocolo deverão cooperar a fim de atingir o objetivo de acesso à tecnologia e sua transferência para Estados tropicais, de modo a permitir seu desenvolvimento socioeconômico, a erradicação da pobreza e o fortalecimento de uma base científica sólida, nos termos da Convenção.

É no art. 16, § 3º da Convenção, que se encontra a confirmação de que a transferência de tecnologia – uma espécie de benefício não-monetário – é condição inafastável de seu cumprimento, não havendo como defender a implementação exclusiva de partilha de benefícios monetários. De fato, o referido disposto convencional determina que os “[...] países em desenvolvimento, que provêm recursos genéticos, tenham garantido o acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patentes e outros direitos de propriedade intelectual, quando necessário [...].”

No mesmo sentido, o Protocolo prevê que os benefícios decorrentes da utilização do conhecimento tradicional associado a recursos genéticos sejam compartilhados de forma justa e equitativa com as comunidades indígenas e locais detentoras de tais conhecimentos. Esta previsão já existia na Convenção, onde o art. 8º, “j” estabelece que o Estado deve “incentivar sua [dos conhecimentos tradicionais] mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”. Porém, isso não significa que o acesso a esses conhecimentos estejam fora da competência do Estado para geri-lo. Ao contrário, a garantia de direitos às comunidades indígenas e locais não supre a necessidade da obtenção do consentimento prévio do Estado titular da soberania territorial. Visto que o conhecimento tradicional é acessório ao recurso genético e seguindo a máxima do Direito segundo a qual *accessio cedat principali*, é sempre necessária a participação do Estado em todo procedimento de acesso a patrimônio biológico e conhecimento associado. Contudo, cabe às comunidade tradicionais o direito de também consentirem previamente e

exclusivamente quanto ao acesso aos conhecimentos que detêm. Nesse sentido, determina o art. 7º do Protocolo:

“Em conformidade com a legislação doméstica, cada Parte tomará medidas, conforme adequado, com o objetivo de assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos detido por comunidades indígenas e locais seja acessado com consentimento prévio informado ou com aprovação e envolvimento dessas comunidades indígenas e locais e em termos mutuamente acordados.”

Para tanto, cada Estado definirá internamente o sistema que assegure que seja obtido o consentimento prévio informado ou a aprovação e o envolvimento de comunidades indígenas e locais para acesso aos recursos genéticos. Como visto na transcrição acima, não há necessidade de que o Estado de origem dos recursos consinta previamente de modo fundamentado no acesso, podendo para tanto simplesmente *aprovar*. É este também o sentido do art. 15, § 5º da Convenção, segundo o qual o acesso aos recursos biológicos está sujeito ao consentimento prévio fundamentado do Estado provedor desses recursos, salvo se determinado de *outra forma* por ele mesmo. Mas isso não significa que o Estado possa se omitir do papel de fiscalizar a utilização de seu patrimônio genético. Para tanto, nos termos do Protocolo, os Estados devem instituir pontos de controle para receber informação relevante relacionada a consentimento prévio informado, a fonte do recurso genético, o estabelecimento de termos mutuamente acordados ou utilização de recursos genéticos. Cada Estado deve exigir que os provedores dos recursos genéticos forneçam a informação em um determinado ponto de controle, tomando as medidas necessárias em caso de descumprimento. Percebe-se assim que, apesar de possibilitar um sistema simplificado de consentimento prévio estatal, o Protocolo obriga os Estados partes a manterem um sistema público que concentre as informações acerca do sistema. Apesar do Brasil tenha assinado o Protocolo em 2011, este ainda não foi ratificado.

4. O MARCO DA BIODIVERSIDADE

O Projeto de Lei 7.735/2014 – doravante Marco da Biodiversidade – tem a pretensão de se tornar a lei que atenderá os objetivos constantes da Constituição e da Convenção. Trata-se de uma norma jurídica interna infra-constitucional cujo propósito é, em sintonia com a ordem jurídica constitucional e internacional, assegurar a preservação ambiental, a conservação do patrimônio genético, a utilização sustentável desse patrimônio, o respeito aos interesses das comunidades tradicionais e indígenas e a partilha justa e equitativa dos benefícios advindos da pesquisa biotecnológica. O Marco da Biodiversidade estabelece no art.

1º, I, que o patrimônio genético do Brasil é bem de uso comum do povo, como expresso, em um primeiro momento, na Carta Magna de 1988, em seu artigo 225, §1º, II, o que reforça a ideia de impossibilidade jurídica de sua privatização. Nesse novo contexto legal, o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético é reconhecido como integrante do patrimônio cultural, que deve ser protegido enquanto riqueza nacional, mesmo que praticado e detido de maneira pontual e específica por comunidade local ou indígena (CASTRO, 2008). A proteção a esse patrimônio genético integrante do patrimônio cultural está disposto, também, na Medida Provisória nº 2.186/2001 (SANTILLI, 2005). E, no mesmo sentido, continua o Projeto de Lei 7.735/2014:

“O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen [Conselho de Gestão do Patrimônio Genético] ou legislação específica.” (Marco da Biodiversidade, art. 8º, § 2º)

Constata-se aqui que o Estado brasileiro, por intermédio do Poder Legislativo, garantiu que ambos os elementos – patrimônio genético e patrimônio cultural – permanecessem sob o regime público.

Apesar de ter expressamente nacionalizado o conhecimento tradicional, o Estado brasileiro não é a única parte legitimada a consentir com o acesso ao componente do patrimônio cultural. Este acesso está condicionado também à obtenção do consentimento prévio informado da comunidade que o desenvolveu e o detém. Neste sentido, o art. 9º, *caput* do Marco da Biodiversidade reza que o “acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado.” Essas comunidades tradicionais são por consequência titulares do direito de perceber os benefícios da exploração econômica feita por terceiros, direta ou indiretamente, conforme o texto do art. 10, III do Marco da Biodiversidade. O disposto aqui se adéqua bem ao estipulado no art. 8º, “j” da Convenção e com o art. 7º do Protocolo. Pretende-se com ele garantir no âmbito interno a participação ampla dessas comunidades nos procedimentos de acesso e partilha de benefícios.

Com o intuito de tornar eficaz a obrigação de acertar a partilha justa e equitativa de benefícios, é necessária a apresentação do Acordo de Repartição de Benefícios antes de se iniciar, no Brasil, a exploração econômica do produto obtido do acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, mesmo que produzido no exterior. Este acordo é um instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios, que deve ser registrado no Conselho de Gestão do Patrimônio

Genético – doravante CGen – como condição do início da exploração econômica do produto acabado oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado. Nos termos do art. 25 do Marco da Biodiversidade, se o produto acabado for fruto de acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável, o provedor desse conhecimento terá direito de receber benefícios mediante a celebração do Acordo de Repartição de Benefícios.

5. BIOPIRATARIA

O descumprimento das normas específicas sobre acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados é normalmente designado como ato de biopirataria. Quanto a isso, é necessário ressaltar que a biopirataria não possui um sentido único. Há uma interpretação que toma como referencial o Direito Internacional (TOLEDO, 2012), outra que se funda nos direitos de propriedade intelectual (RANGEL, 2012; SHIVA, 2001; STEFANELLO, 2005) e uma terceira que tem por parâmetro o Direito Interno (FIORILLO; DIAFÉRIA, 2012). Visto ser o Marco da Biodiversidade um projeto de norma jurídica infra-constitucional do Brasil, pode-se afirmar, fundado na terceira interpretação da noção de biopirataria, que esta ocorre com o acesso ou a remessa para o exterior de amostra da biodiversidade local em contradição com o determinado na legislação interna. Diante disso, deve-se procurar no texto do Marco da Biodiversidade os dispositivos que fixam o procedimento de acesso, remessa e exploração econômica de componentes do patrimônio genético do País. Estarão sujeitos às exigências legais, assim como às determinações administrativas do CGen, órgão do Ministério do Meio Ambiente, a quem compete subsidiariamente estabelecer normas técnicas, diretrizes e critérios de elaboração e cumprimento do Acordo de Repartição de Benefícios, o acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, a remessa de componentes do patrimônio biológico brasileiro e a exploração econômica do produto ou processo obtido da utilização da matéria-prima biológica nacional.

O novo regime estabelece ser estritamente proibido o acesso por parte de pessoa natural estrangeira a amostras da biodiversidade brasileira ou dos conhecimentos tradicionais associados. Ter acesso, nos termos do art. 2º, VIII e IX do Marco da Biodiversidade, significa realizar pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre componente do patrimônio genético ou

“sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados”.

Em face disso, a realização de acesso sobre amostra do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa natural estrangeira, estar-se-á diante de um caso de biopirataria, no sentido do Direito Interno. A interdição do art. 11, § único do Marco da Biodiversidade tem o escopo de evitar a ocorrência das práticas mais elementares e caricaturais de biopirataria em território brasileiro, levadas a cabo por ecoturistas, missionários religiosos ou membros de organizações não governamentais. Qualquer acesso à biodiversidade por pessoa natural estrangeira é considerado ilícito.

Caso o acesso seja realizado por pessoa natural ou jurídica brasileiras, mas sem prévio cadastro, haverá a prática de biopirataria, pois o art. 12, I do Marco da Biodiversidade estabelece aquela obrigação. Da mesma forma, se o acesso for feito sem cadastro por pessoa jurídica estrangeira associada a instituição brasileira, é caso de biopirataria, conforme o art. 12, II. Por sua vez, se também não for cadastrada a remessa para o exterior de amostras do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa natural ou jurídica brasileira, assim como por pessoa jurídica estrangeira associada a instituição nacional, trata-se de biopirataria, nos termos do art. 12, IV. Se não houver a autorização para o acesso ou remessa realizados por pessoa jurídica estrangeira *não* associada a instituição nacional, será caso de biopirataria em virtude do comando do art. 13, I e II. Por fim, a eventual exploração econômica de produto acabado obtido do acesso sobre o recurso biológico ou cultural protegido sem a notificação prévia do produto junto ao CGen ou a apresentação do Acordo de Repartição de Benefícios, em até 365 dias da referida notificação, haverá biopirataria.

Por ser o patrimônio genético o conjunto de bens de uso comum do povo e por serem os conhecimentos tradicionais associados integrantes do patrimônio cultural brasileiro, o Marco da Biodiversidade privilegia o acesso realizado por pessoa brasileira, seja natural, seja jurídica, seja pública, seja privada. Basta que o interessado proceda previamente ao cadastro. Entretanto, o mesmo documento legislativo permite que estrangeiros também tenham acesso aos referidos patrimônios genético e cultural. Esse estrangeiros, contudo, só podem ser pessoas jurídicas. Entenda-se aqui companhia biotecnológica sediada fora do Brasil. O Marco da Biodiversidade torna possível então uma novidade em relação ao regime instituído pela Medida Provisória 2.186/2001. É possível pelo novo texto normativo que estrangeiros tenham

acesso direto e exclusivo aos recursos da biodiversidade brasileira. Eis a literalidade do Marco da Biodiversidade:

“Art. 13. Ficam sujeitas à autorização prévia as seguintes atividades:
I - acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa jurídica sediada no exterior não associada a instituição nacional; e
II - remessa de amostra de patrimônio genético para o exterior com a finalidade de acesso pela instituição no exterior não associada a instituição nacional.”

Para tanto, é evidentemente necessário o consentimento prévio e expresso por parte do Estado brasileiro, que se dá por intermédio da figura da autorização. O Marco da Biodiversidade prevê portanto a possibilidade de acesso *in situ* e remessa de amostra do patrimônio biológico nacional para o exterior em favor de pessoa jurídica estrangeira sem vínculo com o Brasil em duas situações: quando uma pessoa brasileira remete para o exterior componentes da biodiversidade e quando a própria pessoa jurídica estrangeira tem acesso *in situ* dos mesmos componentes, exigindo-se aqui a autorização prévia, que equivale ao consentimento prévio informado previsto na Convenção.

Ademais, inexistente no Marco da Biodiversidade a determinação de que sejam realizados em território brasileiro o acesso, a pesquisa, a utilização, o desenvolvimento e a exploração econômica de produto acabado obtido a partir da matéria-prima local. A Medida Provisória sobre este tema assim estabelece em seu art. 16, § 7º que: “A pesquisa sobre componentes do patrimônio genético deve ser realizada preferencialmente no território nacional.”

Se eventualmente o País não detivesse tecnologia mínima para manipular a riqueza biológica nacional – o que é falso – e tendo em vista o grau de excelência de diversas universidades públicas e privadas brasileiras, seria estratégico para o País que as pessoas jurídicas estrangeiras (companhias biotecnológicas), associadas ou não a instituição nacional, fossem obrigadas a pelo menos vir ao Brasil para fazer aqui o que seria feito no exterior.

Garantida a obrigatoriedade – ou pelo menos a preferência – de que o trabalho sobre os recursos biológicos e os conhecimentos tradicionais associados fosse implementado no Brasil, seria possível induzir a formação de uma conjuntura de rápida modernização dos laboratórios e institutos de pesquisa biotecnológica nacionais, condição imperativa de soberania econômica. Por meio da autonomia tecnológica qualquer Estado é capaz de escolher soberana e livremente as alternativas de desenvolvimento socioeconômico e erradicação da pobreza, em conformidade com os objetivos da Convenção. Ao contrário, o Estado brasileiro, por meio do Marco da Biodiversidade, demonstra a vontade de adotar

internamente a via mais fácil, cômoda e, por isso mesmo, economicamente dependente. Pretende-se simplificar o sistema, facilitando a remessa para o exterior do patrimônio genético e cultural, dificultando a instalação de bases biotecnológicas no Brasil e reforçando as relações de dependência internacional.

O Estado brasileiro poderia, ao contrário, traçar regras para o desenvolvimento biotecnológico nacional, tendo em vista a emancipação social do povo brasileiro e não com o intuito de atender a interesses econômicos imediatos que pouca ou nenhuma importância dão para esta questão. A biodiversidade precisa urgentemente ser vista pelo Brasil como um componente econômico tão estratégico quanto o são o petróleo, os minérios e a água.

O Marco da Biodiversidade vai justamente em sentido contrário à solução soberana ao prever a possibilidade de se adotar exclusivamente a modalidade monetária de partilha de benefícios. Ademais, as alíquotas dos repasses implicam em apenas 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto final acabado, mas podendo ser reduzido a 0,1%, a fim de garantir a competitividade das próprias companhias biotecnológicas. Com a aprovação do Marco da Biodiversidade o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados serão utilizados como matéria-prima barata, sem contrapartidas de autonomia biotecnológica, por um dos setores econômicos que mais geram riqueza no planeta.

6. A MEDIDA PROVISÓRIA 2.186/2001

Como dito acima, o regime atual de acesso e remessa de amostras do patrimônio biológico nacional é estabelecido pela Medida Provisória. Além das já mencionadas proibição de acesso direto por parte de estrangeiro e a designação do território como local preferencial de realização de pesquisas biotecnológicas sobre a matéria-prima local, há outros pontos interessantes que devem ser mencionados para a boa compreensão do teor do Marco da Biodiversidade.

Conforme a Medida Provisória, o acesso à biodiversidade é realizado mediante o consentimento prévio fundamentado, representado pela figura da autorização. Esta só pode ser requerida por pessoa jurídica brasileira. Não há possibilidade de acesso direto a amostras por pessoa natural brasileira, por pessoa natural estrangeira e por pessoa jurídica estrangeira. No que concerne a pessoa jurídica estrangeira, só é autorizada sua participação em expedição de acesso ao patrimônio biológico quando houver parceria com instituição *pública* brasileira, sendo obrigatória a coordenação das atividades de bioprospecção por parte desta. Em complementação, embora não seja uma obrigação estrita, a Medida Provisória estabelece que

todas as pesquisas relacionadas a componentes da biodiversidade brasileira devem ser realizadas de preferência no Brasil.

O art. 16, *caput* da Medida Provisória determina que:

“O acesso a componente do patrimônio genético existente em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, e ao conhecimento tradicional associado far-se-á mediante a coleta de amostra e de informação, respectivamente, e somente será autorizado a instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, mediante prévia autorização, na forma desta Medida Provisória.” (Negrito no original)

Pela norma em vigor, é possível a remessa de componentes do patrimônio genético de pessoa jurídica brasileira para pessoa jurídica estrangeira, desde que autorizada previamente pelo Estado, titular da soberania sobre os recursos biológicos. De toda forma, é necessária a participação ativa de instituição nacional. Nos termos da Medida Provisória, não é possível que pessoa jurídica estrangeira remeta ao exterior componentes da biodiversidade brasileira sem a participação de brasileiro. O Marco da Biodiversidade já o permite. De fato, o art. 19, § 3º da Medida Provisória determina que:

“A remessa de qualquer amostra de componente do patrimônio genético de instituição nacional, pública ou privada, para instituição sediada no exterior, será efetuada a partir de material em condições **ex situ**, mediante a informação do uso pretendido e a prévia autorização do Conselho de Gestão ou de instituição credenciada, observado o cumprimento cumulativo das condições estabelecidas nos incisos I a IV e §§ 1º e 2º deste artigo.” (Negrito no original)

A Medida Provisória também prevê a possibilidade jurídica de acesso a conhecimentos tradicionais associados aos componentes do patrimônio genético ou, como definido no art. 7º, V, a possibilidade de

“[...] obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza”.

Para tanto, torna-se obrigatória a obtenção de autorização prévia por parte do Brasil, isto é, a expressão de seu consentimento prévio informado e fundamentado, feita por meio da Autorização de Acesso e Remessa ou da Autorização Especial de Acesso e Remessa, que são documentos que autorizam, sob determinadas condições, o acesso a amostras do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado. Contudo, só a autorização do Estado não

basta. Aqui, o acesso só será considerado regular se houver também a anuência prévia da comunidade tradicional ou indígena titular dos referidos conhecimentos tradicionais.

Em se tratando de comunidades indígenas, o regime imposto pela Medida Provisória exige sempre a intervenção da Funai, de acordo com o art. 9º, I. Isso significa em termos jurídicos que, mesmo em caso de conhecimento tradicional, quem dá a última palavra é o Estado brasileiro, ficando a comunidade indígena com o direito tão somente de anuir, mesmo assim sob a tutela do órgão indigenista oficial.

Se houver a possibilidade de uso comercial do produto acabado a partir da manipulação de componentes biológicos, o acesso a este patrimônio genético e do respectivo conhecimento tradicional associado fica condicionado à assinatura do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, que é o instrumento jurídico multilateral em que constam as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios. Em termos de repartição de benefícios, a instituição estrangeira que por ventura receber amostra de componente da biodiversidade brasileira deve facilitar o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia à instituição nacional responsável pelo acesso e remessa da amostra e da informação sobre o conhecimento, ou à instituição por esta indicada. A questão tecnológica é o grande trunfo dos acordos de acesso, merecendo um capítulo próprio dentro da legislação. O aspecto monetário, embora seja previsto em termos de divisão de lucros e pagamento de *royalties*, não ocupa uma posição prevalente, isto é, não é possível o benefício exclusivamente financeiro. Este deve sempre se articular com a transferência de tecnologia.

7. COMPARAÇÃO ENTRE O REGIME DA MEDIDA PROVISÓRIA E O DO MARCO DA BIODIVERSIDADE

O Marco da Biodiversidade traz algumas inovações em relação ao sistema, que vigora desde a publicação da Medida Provisória, relativo à utilização dos componentes do patrimônio genético de plantas e animais nativos encontrados em território brasileiro.

Uma das principais inovações refere-se ao princípio do consentimento prévio informado por parte do Estado titular da soberania. O Marco da Biodiversidade faz a distinção entre *autorização* e *cadastro*. A Medida Provisória só prevê a possibilidade de autorização. Segundo o regime de 2001, todo acesso e qualquer remessa de componentes da biodiversidade brasileira devem ser previamente autorizados pelo Estado, isto é, devem ser objeto de um ato administrativo que permita, sob condições específicas, o acesso e a remessa

de patrimônio genético. Ao se adotar o novo regime, surge a figura do cadastro de acesso ou remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, que é um instrumento declaratório obrigatório das atividades de acesso ou remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado realizadas pelo interessado.

Isso significa que para alguns casos o Brasil abre mão do direito de consentir previamente, obrigando o interessado no acesso e na remessa a realizar o cadastro prévio de suas atividades. O Estado não mais examinará a questão previamente, tendo o poder discricionário de autorizar ou reprovar. Todas as iniciativas de utilização da biodiversidade brasileira passam a ser previamente consentidas por presunção, desde que o interessado faça seu cadastro. Com tal determinação normativa, o Poder Público simplesmente decide não intervir mais no sistema de utilização da biodiversidade local, transferindo à iniciativa individual a responsabilidade de autorregular a exploração do patrimônio genético nacional e do respectivo patrimônio cultural. Trata-se da implementação de um verdadeiro arcabouço jurídico fundado no neoliberalismo.

Desta forma, com o Marco da Biodiversidade, alguns acessos e remessas de amostras da biodiversidade brasileira não exigem autorização, mas simples cadastro. Esses casos são os referentes a acesso e remessa de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado praticados por pessoa jurídica estrangeira associada a instituição nacional e aqueles praticados por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada. De acordo com a Medida Provisória, são proibidos, isto é, independentes de autorização, o acesso e a remessa ao exterior realizados por pessoa jurídica estrangeira, mesmo que associada a instituição nacional. A única permissão referente à pessoa jurídica estrangeira concerne à remessa por parte de pessoa jurídica brasileira à instituição estrangeira associada a ela. O agente neste caso é a instituição brasileira. Pelo novo texto normativo, basta a associação com pessoa jurídica brasileira para que a pessoa jurídica estrangeira possa remeter por si mesma componentes da biodiversidade para o exterior com o mero cadastro. Caso tal pessoa jurídica estrangeira não esteja associada a qualquer instituição nacional, ela poderá mesmo assim remeter para fora do País os componentes biológicos. Para tanto, há que se obter a autorização, única figura existente no regime da Medida Provisória como mecanismo de consentimento prévio informado.

O cadastro de acesso e remessa é portanto um procedimento simplificado em que o interessado em ter acesso e remeter para o exterior componentes do patrimônio genético brasileiro não demanda o consentimento prévio fundamentado do Estado, titular da soberania nacional sobre os recursos biológicos, mas preenche um formulário estabelecido pelo Estado,

que lhe autoriza automaticamente a praticar o ato desejado. Esse sistema do cadastro de acesso e remessa é válido não apenas nas terras indígenas e tradicionais, mas em qualquer ponto do território brasileiro. Basta apenas que o interessado seja pessoa brasileira, natural ou jurídica, ou pessoa jurídica estrangeira associada a instituição brasileira. No entanto, no que se refere especificamente às comunidades indígenas e tradicionais, para que seja considerado regular o acesso a seus conhecimentos tradicionais, é necessário que tais comunidades consentam previamente com sua realização. Conclui-se assim que os laboratórios brasileiros e os estrangeiros associados a instituição brasileira terão *autorização prévia* para acessar e remeter para o exterior componentes do patrimônio biológico nacional.

Outra inovação trazida pelo Marco da Biodiversidade diz respeito ao conhecimento tradicional associado. A Medida Provisória estabelece que o Estado brasileiro reconhece o direito das comunidades para decidir sobre o uso de seus conhecimentos, que comporá o patrimônio cultural brasileiro. Mas seu acesso só será autorizado pelo Estado à instituição nacional após a anuência prévia da comunidade indígena envolvida, ouvido também o órgão indigenista oficial. Pelo regime de 2015, o Estado continua a reconhecer o direito das comunidades de participação da tomada de decisões sobre assuntos relacionados à preservação e utilização sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados, mas não é mais necessária a intervenção do órgão indigenista oficial. A exclusão da Funai é uma questão por si só bastante polêmica. Resta a pergunta: a dispensa da Funai nas negociações de acesso a conhecimentos tradicionais é ou não uma conquista emancipatória dos indígenas? Eis uma questão que é sensível na medida em que, muitas vezes, uma aparente flexibilização dos procedimentos jurídicos significa a perda de proteção e o aumento de risco de danos à parte mais frágil, que no caso é representada pelas comunidades indígenas. A flexibilização também é uma característica da doutrina neoliberal.

De toda forma, objetivamente, extingue-se de vez a figura da anuência, reconhecendo às comunidade o direito de consentir previamente. Na verdade, o que se percebe pelo texto do Marco da Biodiversidade é que o Estado brasileiro renúncia, na maioria dos casos, ao consentimento prévio, tornando-o sempre obrigatório quando se tratar de conhecimentos tradicionais associados. De fato, seu art. 2º, VI, que define o termo *consentimento prévio informado*, fá-lo com os seguintes termos: “consentimento formal, previamente concedido por povo indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”.

Quis o Legislador dizer com isso que não há o consentimento prévio do Estado? Embora não insira o Poder Público como titular do direito de consentir previamente, o Marco

da Biodiversidade estabelece a competência do Estado em autorizar expressamente ou tacitamente (cadastro) os acessos realizados em seu território. Seja por meio da autorização, seja por meio do cadastro, o Estado brasileiro consente previamente na realização do acesso a componentes da biodiversidade nacional.

Se não houver o consentimento das comunidades locais e indígenas, o consentimento do Estado não é possível. Aquele é condição deste, embora este prevaleça sobre aquele. Isso significa que o Estado pode vetar aquilo que foi autorizado pela comunidade tradicional ou indígena. Basta não autorizar o acesso. Prevalece o interesse do Estado, visto ser ele o titular da soberania. De toda forma, obtido o consentimento da comunidade indígena ou tradicional, cabe em seguida o consentimento do Estado. Se houver vínculo com pessoa brasileira, bastará o cadastro de acesso e remessa de conhecimento tradicional associado, previamente consentidos pelas comunidades titulares desse conhecimento.

Neste caso, haveria um duplo consentimento prévio. O primeiro dado pelas comunidades titulares do conhecimento tradicional associado e o segundo dado pelo Estado por intermédio da autorização ou do cadastro. O problema é que o sistema do cadastro faz com que o Estado abra mão de fazê-lo expressamente e de maneira fundamentada, como previsto na Convenção sobre Diversidade Biológica. Daí a impressão de que os laboratórios terão uma espécie de autorização prévia, o que de fato acontece.

8. COTEJO DA LEGISLAÇÃO INTERNA INFRACONSTITUCIONAL COM O DIREITO INTERNACIONAL

Diante das características constitucionais, convencionais e infraconstitucionais analisadas *supra* quanto ao tema do acesso e remessa de componentes da biodiversidade brasileira, dando ênfase ao novo regime jurídico, verifica-se que este possui contradições com o sistema jurídico que o sustenta. De fato, o Marco da Biodiversidade só se justifica na medida em que pretende atender ao disposto na Constituição e na Convenção, que são inclusive mencionadas expressamente no Projeto de Lei em sua ementa, como sua razão de ser. Levando-se em conta apenas os dispositivos convencionais, que pretensamente passam a ser regulamentados pela nova lei, ao compará-los com o conteúdo do Marco da Biodiversidade, conclui-se que a flexibilização adotada para o processo de acesso e remessa de componentes do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado choca-se frontalmente com o princípio do consentimento prévio informado do Estado de origem. Com o novo regime jurídico, o Poder Público só verificará previamente as condições de acesso e remessa em caso de participação exclusiva de pessoa jurídica estrangeira não associada a

instituição nacional. Nos demais casos, só se exigirá a apresentação da comprovação de adequação legal da prática de acesso e remessa após a obtenção do produto acabado, caso venha a ser explorado economicamente em território brasileiro. Pode ser que o produto venha a ser obtido no exterior a partir do trabalho realizado em instituição estrangeira, seja patenteado segundo o sistema jurídico local e o Brasil não se beneficie em nada por isso. Neste caso, estaremos de um caso de biopirataria, dentro da lógica do sistema internacional da propriedade intelectual.

Há outras comparações com os dispositivos da Convenção que demonstram bem suas contradições. Este instrumento normativo internacional determina que, para todo acesso, deve haver obrigatoriamente uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. Ao estabelecer que a partilha de benefícios ocorrerá apenas na fase de comercialização do produto acabado e corresponderá a um montante igual à aplicação da alíquota de 0,1% a 1,0% sobre a renda líquida da sua comercialização, não se está atendendo ao objetivo do artigo 1º da Convenção, nem o disposto em seu artigo 15, parágrafo 7º, que determina ser partilha justa e equitativa não apenas dos benefícios derivados de sua utilização comercial, mas também os resultados da pesquisa e o desenvolvimento dos recursos genéticos. O termo *utilização* deve ser entendido de maneira mais ampla, não se restringindo apenas à exploração comercial do produto final acabado. Esta comercialização é apenas um entre tantos outros benefícios que devem ser compartilhados entre as partes.

Ao se permitir a remessa de amostras da biodiversidade brasileira ao exterior sem a participação ativa de instituição nacional, ao não prever a necessidade da realização de pesquisas ou qualquer outra manipulação do elemento do patrimônio genético ou cultural em território nacional, o Marco da Biodiversidade contrapõe-se ao artigo 15, parágrafo 6º da Convenção que determina ser obrigatória a realização de pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos com a plena participação de todas as partes contratantes e, na medida do possível, no território dessas mesmas partes. Por fim, ao prever apenas a contrapartida exclusivamente monetária, o novo regime jurídico não cumpre o disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 16 da Convenção, que garante o acesso à tecnologia ao Estado de origem dos recursos genéticos e sua transferência, incluindo tecnologia protegida por patentes e outros direitos de propriedade intelectual.

9. INTERNACIONALIZAÇÃO E DEPENDÊNCIA EXTERNA COMO CONSEQUÊNCIAS DA IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO

Analisadas as características normativas do sistema internacional e dos sistemas internos – Medida Provisória e Marco da Biodiversidade – de acesso, remessa e partilha de benefícios decorrentes da utilização de recursos biológicos e culturais associados, pode-se concluir que o novo regime jurídico brasileiro prevê e defende uma maior internacionalização da pesquisa e exploração dos recursos genéticos de plantas e vegetais do Brasil, uma vez que nele não se encontra nada próximo daquilo que se tem no artigo 16, parágrafo 7º da Medida Provisória. Este dispositivo sustenta serem a pesquisa e utilização realizados preferencialmente no território nacional, com a participação direta de instituições nacionais.

Dentro desse contexto de submissão do Poder Legislativo aos interesses do setor biotecnológico internacional, deve-se destacar que a possibilidade de uma contrapartida exclusivamente monetária não cumpre o disposto na Convenção e contradiz a Medida Provisória, que dá destaque proeminente à transferência de tecnologia como mecanismo fundamental da partilha de benefícios. Ter autonomia tecnológica sempre foi mais estratégico do que ter dinheiro para quem almeja emancipar-se em qualquer contexto sociopolítico.

Adicione-se a isso o fato de que, pelo Marco da Biodiversidade, as empresas bioindustriais só começarão a dar algum retorno ao País após o produto final, obtido a partir do acesso, entrar em fase de comercialização. Até aí, o Brasil não perceberia qualquer benefício decorrente do acesso e utilização de sua riqueza biológica. Não bastasse isso, caso venha a surgir um produto acabado e pronto para ser explorado comercialmente, a repartição de benefícios se resumiria ao pagamento de *royalties* entre 0,1% e 1,0% da renda líquida. Está-se diante do velho pacto colonial em que a colônia entrega sem custos a matéria-prima dos trópicos à metrópole para, em seguida, comprar as respectivas manufaturas por um valor bem maior. Só se compreende a adoção do novo texto legal, no contexto do neocolonialismo.

Constata-se assim que o Marco da Biodiversidade foi elaborado para atender aos interesses do setor capitalista estrangeiro. Dado que corrobora com isso é a posição oficial dos órgãos associativos da indústria farmacêutica e de cosmético, que têm defendido abertamente a aprovação do projeto de lei. Nesse sentido, em nota enviada à reportagem da BBC Brasil, a empresa Natura afirma que novas regras do Projeto de Lei 7.735/2014 “encerrarão as dúvidas que impedem o avanço da economia e da pesquisa científica baseadas na sociobiodiversidade brasileira” (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2015).

O Marco da Biodiversidade será assim um instrumento neocolonial de internacionalização do patrimônio genético e cultural do Brasil muito mais radical do que é o regime instituído pela Medida Provisória, que já recebia muitas críticas por não fornecer ao País os mecanismos normativos suficientes para utilizar sua biodiversidade soberanamente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi tratado em termos de Direito Constitucional e, especialmente, Direito Internacional sobre a matéria, pode-se concluir que a aprovação do Marco da Biodiversidade, no que concerne à exploração do patrimônio genético nacional, significará para o Brasil a consolidação de sua inserção no contexto internacional em uma situação de subordinação e dependência. Este papel subalterno tem acompanhado, em maior ou menos escala, a existência histórica do Brasil desde o descobrimento em 1500. A independência política não significou, como para muitas outras ex-colônias, o alcance da independência econômica. Esta continua a ser um desafio para os Estados do Sul, dentre os quais se destaca o Brasil por ser um dos países megadiversos em termos de diversidade biológica. Ao instituir um ordenamento jurídico nacional que reforça sua dependência internacional, o Brasil permanecerá submetido a um contexto em que participa como exportador de matéria-prima barata e importador de produtos biotecnológicos acabados. Um Estado que se pretende soberano, considerado uma das maiores potências ecológicas do planeta, não pode dispor de seus recursos biológicos através de um sistema que abdica do consentimento prévio fundamentado, que não prevê a partilha de benefícios em fases anteriores à comercialização do produto acabado, que adota o sistema de isenção de partilha, que institui uma alíquota única de 1% de *royalty* sobre a renda líquida do comércio de todos os produtos obtidos com a matéria-prima nacional, podendo ser reduzida a 0,1% a fim de garantir competitividade às empresas, que não exige ser o trabalho de obtenção de produtos realizado em território nacional. O Marco da Biodiversidade é um atestado de que a soberania plena, isto é, a conjunção da soberania política com a econômica, ainda não se apresenta como possibilidade real ao Estado brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

AMAZONLINK. **O Caso do Cupuaçu**. Disponível em:
<<http://www.amazonlink.org/biopirataria/cupuacu.htm>>. Acesso em: 11/03/2015.

BRASIL. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 6159, de 17 de julho de 2007**. Altera o Decreto 3945, de 28.09.2001, que define a composição do Conselho Gestor do Patrimônio Genético e estabelece normas para o seu funcionamento, mediante a regulamentação dos Artigos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 da Medida Provisória 2186-16, de 23.08.2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de

benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. DOU

18.07.2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/-Ato2007-2010/2007/Decreto/d6159.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.052 de 29 de Junho de 2000**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe 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, e dá outras providências. Casa Civil: Subchefia de Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2052.htm> Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.186-16**, de 23 de agosto de 2001, disponível em: <www.mma.gov.br>. Acesso em: mar. 2015.

BRASIL. **PL 7735/2014**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição; os arts. 1, 8, "j", 10, "c", 15 e 16, §§ 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético; sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado; sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; e dá outras providências. NOVA EMENTA: Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=619150&st=1> Acesso em 15/02/2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Diversidade Biológica: questões controvertidas na proteção do conhecimento tradicional**. Brasília, 2003.

CASTRO, Maria Laura Viveiros de. **Patrimônio imaterial no Brasil: Legislação e Políticas Estaduais**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Disponível em: <www.cdb.gov.br/CDB> Acesso em: 10 mar. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade, patrimônio genético e biotecnologia no Direito Ambiental**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Farmacêuticas têm vitória com projeto de lei polêmico sobre biodiversidade**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/539843-farmaceticas-tem-vitoria-com-projeto-de-lei-polemico-sobre-biodiversidade> Acesso em 18 mar. 2015.

MENEZES, Wagner. **Direito Internacional na América Latina**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. A propriedade intelectual e a biopirataria do patrimônio à luz do Direito Internacional. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. v. 9, n. 18, 2012, pp. 89-115.

SANTILLI, Juliana. A proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (71/84). In: RIOS, Aurélio Virgílio V.; IRIGARAY, Carlos Teodoro H. (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SBPC. **SBPC manifesta ressalvas ao PL 7735/2014**. Disponível em: <<http://www.sbpcnet.org.br/site/noticias/materias/detalhe.php?id=3708>> Acesso Em: 20/03/2015.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: A pilhagem da natureza e do conhecimento**. Tradução da Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente. Perspectivas da Biodiversidade e da Biotecnologia**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

STEFANELLO, Alaim G. F. A propriedade intelectual como instrumento jurídico internacional de exploração: a luta do direito socioambiental contra a biopirataria. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Londrina, v.1, n.1, ago. 2005, pp. 185-197.

TOLEDO, André de Paiva. **Amazônia: soberania ou internacionalização**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

TOLEDO, André de Paiva. **Direito Internacional & Recursos Biológicos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.