

Coleção
Pensando o Direito no Século XXI
Volume VI

**Estudos sobre Acesso
aos Recursos Genéticos
da Biodiversidade,
Conhecimentos Tradicionais
Associados e Repartição
de Benefícios**

Interpretação da Medida Provisória
n. 2.186-16/2001

Cristiane Derani
Autora

Fernanda Pennas
Colaboradora

Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume VI

**Estudos sobre Acesso
aos Recursos Genéticos
da Biodiversidade,
Conhecimentos Tradicionais
Associados e Repartição
de Benefícios**

**Interpretação da Medida Provisória
n. 2.186-16/2001**

Cristiane Derani

Autora

Fernanda Pennas

Colaboradora

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Reitora

Roselane Neckel

Vice-Reitora

Lúcia Helena Pacheco

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Diretora

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira.

Vice-Diretor

Ubaldo Cesar Balhazar

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenador

Luiz Otávio Pimentel

Subcoordenador

Arno Dal Ri Júnior

FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX

Presidente do Conselho Editorial

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Conselho Editorial

Antônio Carlos Wolkmer

José Isaac Pilati

Eduardo de Avelar Lamy

José Rubens Morato Leite

Horácio Wanderlei Rodrigues

Ricardo Soares Sterzi dos Santos

João dos Passos Martins Neto

Conselho Editorial da Coleção

Aldacy Continho (Brasil)

Jesús Antonio de La Torre Rangel (México)

Alfonso de Julios-Campuzano (Espanha)

José Abreu Faria Bilhim (Portugal)

Álvaro Sanchez Bravo (Espanha)

José Calvo González (Espanha)

Andrés Botero Bernal (Colômbia)

José Luis Serrano (Espanha)

Anna Romano (Itália)

José Noronha Rodrigues (Portugal)

Antonio Carlos Wolkmer (Brasil)

Juan Ruiz Manero (Espanha)

Antonio Pena Freire (Espanha)

Luigi Ferrajoli (Itália)

Augusto Jagger Júnior (Brasil)

Luis Carlos Cancellier de Olivo (Brasil)

Cláudia Rosane Roesler (Brasil)

Manuel Atienza Rodriguez (Espanha)

David Sanchez Rubio (Espanha)

Peter Häberle (Alemanha)

Fernando Galindo (Espanha)

Ricardo Sebastián Piana (Argentina)

Filippo Satta (Itália)

Sandra Negro (Argentina)

Friedrich Müller (Alemanha)

Thomas Simon (Áustria)

Editora Fundação Boiteux

UFSC – CCJ – 2º andar – sala 216

Campus Universitário – Trindade – Caixa Postal 6510

Florianópolis/SC – 88.036-970 – Fone: (48) 3233-0390

livraria@funjab.ufsc.br – www.funjab.ufsc.br

Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume VI

**Estudos sobre Acesso
aos Recursos Genéticos
da Biodiversidade,
Conhecimentos Tradicionais
Associados e Repartição
de Benefícios**
Interpretação da Medida Provisória
n. 2.186-16/2001

Cristiane Derani

Autora

Fernanda Pennas

Colaboradora



Florianópolis, SC, 2012

© 2012 Dos autores

Coordenação Editorial

Denise Aparecida Bunn

Capa e Projeto Gráfico

Rita Castelan Minatto

Editoração

Claudio José Girardi

Revisão

Patrícia Regina da Costa

Impressão

Gráfica e Editora Copiart Ltda.

Obra publicada com recursos do PROEX/CAPES.

D427e Derani, Cristiane

Estudos sobre acesso aos recursos genéticos da biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios – interpretação da Medida Provisória 2.186-16/2001 / Cristiane Derani; colaboradora: Fernanda Pennas. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

178 p. – (Pensando o Direito no Século XXI)

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-7840-082-8

1. Biodiversidade. 2. Genética. 3. Direito ambiental. 4. Medidas provisórias.
5. Meio ambiente. I. Pennas, Fernanda. II. Título. III. Série.

CDU: 34:577.4

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
CAPÍTULO I	11
A Proteção do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado: história e conceitos	
CAPÍTULO II	21
Conceito de Autorização de Acesso Segundo a Medida Provisória n. 2.186-16/2001	
1 Autorização no Direito Administrativo	23
2 Autorização para a Medida Provisória n. 2.186/2001	24
CAPÍTULO III	29
Contrato de Acesso e Repartição Benefícios	
1 Sujeito Legítimo para Celebrar TAP e CURB	37
2 Conhecimento Tradicional por Acesso Indireto e Conhecimento Tradicional Difuso	38
3 A Contraprestação por Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado ao Recurso Genético	40
4 Conhecimento Tradicional como Interesse Difuso	45
5 Conhecimento Tradicional Difuso	47
6 A Defesa do Interesse Difuso	48
CAPÍTULO IV	51
As Partes do Contrato	
1 Comunidades Tradicionais e Povos Indígenas	53
2 União Como Parte no Contrato – Provedor	87

CAPÍTULO V	93
Considerações a Respeito dos Artigos 26 e 34 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001	
1 O Decreto como Condição para Aplicação dos Artigos 26 e 34	95
2 Aplicação da Lei e Vinculação da Administração Pública	101
3 Vigência e Eficácia da Lei	105
4 Sanção, Indenização e Responsabilidade Objetiva	109
5 Responsabilidade Objetiva Perante a Administração Pública	113
6 O Momento da Exigibilidade da Indenização Prevista no Artigo 26	117
7 O Limite do <i>Quantum Debeatur</i> em Forma de Indenização	119
8 Liberdade de Iniciativa Econômica e a Ofensa pela Pretendida Aplicação Imediata do Artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186/2001	126
9 A Destinação do Produto da Indenização Exigida para os Fundos Públicos Determinados pelo Artigo 33 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001	132
10 A Aplicação do Artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186/2001	135
11 Distinção Entre Lei e Regulamento	142
12 A Resolução 35 “O Estado da Arte”	147
 CAPÍTULO VI	 153
O Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Repartição de Benefícios (ABS)	
1 Repartição de Benefícios	157
2 Acesso aos Recursos Genéticos	159

3 Acesso aos Conhecimentos	
Tradicionais Associados:	161
5 Pontos Focais Nacionais, Autoridade	
Nacional Competente e Centro de	
Intercâmbio de Informações	163
6 Cumprimento	165
7 Capacitação e Transferência de Tecnologias	165
REFERÊNCIAS	169
AUTORES	175

APRESENTAÇÃO

A informação genética é responsável por inovações que se incorporam nas utilidades requeridas pela sociedade, como novos medicamentos, cosméticos e cultivos. Sua importância no processo produtivo elevou a informação genética ao patamar de recurso. Nos dias de hoje com a intensificação das atividades de biotecnologia, o uso dos recursos genéticos para esse fim tornou-se uma atividade econômica. Este trabalho é resultado de uma sistematização de estudos desenvolvidos sobre o tema. Dessa forma, os capítulos estão divididos por assuntos e cada tópico representa um parecer ou um estudo desenvolvido sobre os aspectos de determinado assunto.

O Capítulo 1 sintetiza a evolução da legislação internacional e nacional de proteção aos recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais associados a ela, desde o seu surgimento na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB); percorre a criação da legislação nacional sobre o assunto por meio da Medida Provisória n. 2.186-16 de 2001, e finaliza com um tópico sobre o recente adotado Protocolo de Nagoya e as suas implicações quando for devidamente implementado.

O Capítulo 2 faz uma breve análise sobre o conceito de autorização do direito administrativo, em comparação com a autorização de acesso aos recursos genéticos ou aos conhecimentos tradicionais associados, prevista na legislação brasileira.

O Capítulo 3 faz uma explanação sobre o Contrato de Utilização do Recurso Genético e Repartição de Benefícios, previsto pela CDB e implementado na Legislação Brasileira por meio da Medida Provisória n. 2.186-16 de 2001. Esse Contrato é o mecanismo garantidor da repartição de benefícios, que é um dos objetivos da Convenção e, conseqüentemente, contribui

para a manutenção de seus outros dois objetivos, que são a utilização sustentável e a conservação da biodiversidade.

O Capítulo 4 analisa as possíveis partes no Contrato, trazendo uma descrição detalhada sobre as comunidades tradicionais e sobre os povos indígenas, sujeitos legítimos para celebrar o instrumento.

E, por fim, o Capítulo 5 coloca uma série de considerações a respeito da aplicação da Medida Provisória n. 2.186-16/2001 no que concerne aos artigos 26 e 34 que são importantes dispositivos do instrumento legal e que necessitam de regulamentação. Ao final realiza-se uma breve descrição sobre como está atualmente a discussão acerca da regulamentação desses dois dispositivos no âmbito da atuação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético CGEN.

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO: HISTÓRIA E CONCEITOS

O acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais a eles associados recebe a tutela jurídica com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Esse documento internacional é subscrito pelo Brasil em 1992, no encontro das Nações Unidas no Rio de Janeiro sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente e torna-se norma interna brasileira ao ser promulgado pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998.

Com base neste texto, passam a serem construídas as normas nacionais que disciplinam o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado.

A CDB traz conceitos novos e objetos jurídicos que inauguram o mundo do direito internacional, inovam o direito interno e revolucionam concepções bastante cristalizadas na teoria jurídica. É iluminadora a explanação introdutória sobre os novos bens e sujeitos jurídicos tutelados a partir da Convenção da Biodiversidade.

Os bens jurídicos “recurso genético” ou “patrimônio genético” são expressões que surgem no direito internacional e interno, são termos equivalentes, designando o mesmo objeto jurídico.

“Patrimônio genético” aparece no direito brasileiro, no seio da Constituição Brasileira de 1988, artigo 225, o qual dispõe sobre a tutela do meio ambiente. Sincronizada com a discussão internacional ambiental de seu tempo, a Constituição apresenta esse novo bem a ser tutelado pelo direito brasileiro.

É o texto constitucional (artigo 225, §1º, II):

[...] incumbe ao poder público:

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. (BRASIL, 1988, art. 225)

Patrimônio genético não designa espécie biológica, não se refere a indivíduos animais, vegetais ou microbianos. Patrimônio genético é o bem jurídico informacional, isto é, a referência genética que permite que o indivíduo biológico seja o que é, tenha determinadas características físico-químicas e biológicas e desempenhe suas funções vitais. Os genes trazem as características dos indivíduos e os tornam singulares. A informação genética é o caminho preciso para a compreensão sobre um indivíduo. Também, e por causa disso, a informação genética alcança grande valor econômico, porque ela passa a representar um valioso recurso que integra a produção econômica.

O dispositivo constitucional, afinado com a discussão ambiental internacional, institui a proteção jurídica da informação genética, sobrepondo-se à já existente proteção da espécie biológica que permeia o ordenamento jurídico brasileiro. Poder-se indagar, com inspiração por açodado reducionismo, se a proteção do indivíduo vivo ou a proteção do ecossistema onde ele se encontra, já não seria suficiente para a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País? Afinal, é com o indivíduo que existem as informações genéticas. A resposta é negativa, porque embora inseparáveis no momento vivo, eles são bens econômicos distintos e desempenham diferentes funções no processo produtivo.

A informação genética é responsável por inovações que se incorporam nas utilidades requeridas pela sociedade. Novos

medicamentos, cosméticos e cultivos dedicam seu sucesso ao fator: informação genética.

O adequado tratamento jurídico da informação impõe essa dissecação quase fictícia do indivíduo e seu código genético, porque a realidade econômica toma o recurso biológico (espécies vivas) para funções e finalidades diversas daquela a que se destina o recurso genético.

Embora no mesmo ente (por exemplo, uma espécie de árvore), recurso biológico e recurso genético são dois objetos econômicos. O recurso biológico apresenta-se em sua substância como *commodity* agrícola ou florestal, ou mesmo matéria-prima a ser elaborada pela atividade produtiva. O recurso genético é a informação genética, parte que não representa o todo porque dependente da interação das demais características do ser vivo que integra.

É por causa das funções econômicas desempenhadas que o direito agrega aos objetos que compõem o meio ambiente, além dos ecossistemas, das espécies vegetais e animais, agora, o patrimônio genético. Não por ser um novo indivíduo que ingressa sozinho no mundo jurídico, mas por ser uma nova função, um novo valor econômico e social, independentemente do ser vivo por ele formado e que com ele existe.

Nessa perspectiva, mais precisa é a designação internacional, que, ao invés de destacar a posição jurídica desse novo objeto, chamando-o de patrimônio, sublinha a motivação econômica para seu ingresso como bem juridicamente tutelado, denominando-o recurso. Portanto, no direito internacional, será encontrado aquilo que no direito brasileiro está expresso como patrimônio genético, sob a designação de “recurso genético”. A palavra recurso remete ao aspecto econômico do bem jurídico tutelado. Trata-se de um recurso da atividade econômica.

A Convenção sobre Diversidade Biológica esclarece que o recurso genético é uma informação que está no interior dos genes. Especifica que sua proteção responde a uma função econômica. Motivado, sobretudo, pelo valor econômico da informação genética, o foro internacional desenvolveu normas para sua proteção. Define a CDB, artigo 2º:

Material genético: todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade [...]

Recursos genéticos: material genético de valor real ou potencial. (BRASIL, 1992, art. 2º)

O acesso à informação genética de um bem jurídico, constituído por uma espécie biológica, é uma apropriação imaterial, porque é apropriação do conhecimento, que não atinge a integridade do bem, e, que, efetivamente, não exclui outras formas de apropriação. Além do mais, a coleta de informações sobre um objeto não exclui a possibilidade de outros sujeitos exercerem igualmente esta apropriação. A apropriação de uma informação não a consome na mão do detentor, a menos que submetida a uma restrição jurídica de monopólio, ou exclusividade.

Por ser uma modalidade de apropriação, a tutela jurídica do acesso à informação genética assemelha-se aos elementos constitutivos do direito de propriedade. A norma define titular, direitos decorrentes do acesso, garantias contra terceiros e valores sociais que devem estar contemplados nesta relação de acesso, agora como prática juridicamente conforme. (DERANI, 2003, p. 76-77)

A Convenção sobre Diversidade Biológica introduz dois novos conceitos importantes de bem jurídico e de sujeito protegido pela norma, conexos ao bem recurso genético e que serão absorvidos pelo direito pátrio na edição da Medida Provisória n. 2.186-16/2001. São eles: o conhecimento

tradicional associado ao recurso genético e o de comunidade local ou tradicional que utiliza de maneira sustentável a biodiversidade. (BRASIL, 2001)

É o artigo 8 (j) que institui a proteção do conhecimento sobre a informação genética detida por sujeitos coletivos específicos herdeiros de proteção jurídica:

Assim expressa a CDB, no artigo 8 (j), que as Partes devem,

Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

Conhecimento tradicional associado ao recurso genético é um saber constituído pela ação social de produção da existência, em que técnicas de ação sobre o meio são desenvolvidas para melhor satisfação de necessidades e vontades, pela atividade direta dos homens junto ao meio, na construção da vida social (DERANI, 2001, p. 152). O conhecimento tradicional é objeto de transação no contrato de acesso e repartição de benefício previsto na Convenção sobre Diversidade Biológica.

No Brasil, o instrumento jurídico adotado para desenvolver a proteção instituída pela Convenção da Biodiversidade é a Medida Provisória n 2.186-16/2001 que a regulamenta e disciplina o acesso ao patrimônio genético, à proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, e a repartição de benefícios oriundos do uso econômico destes bens. Confere à União a competência para a fiscalização, a normatização e a autorização dos acessos e a exploração dos recursos genéticos,

criando, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho Gestor do Patrimônio Genético (CGEN), órgão de caráter deliberativo e normativo composto por representantes da administração pública federal, é a autoridade nacional responsável pelas autorizações de acessos e, por conseguinte, a aplicação de uma justa e equitativa repartição de benefícios.

A Medida Provisória apresenta uma série de definições para auxiliar sua aplicação, das quais vale destacar a de conhecimento tradicional associado e a de comunidade local:

- II – Conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético;
- III – comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas. (BRASIL, 2001, art. 7º)

Conhecimento tradicional associado ao recurso genético é espécie de informação, que recebe tratamento jurídico pela Convenção sobre Diversidade Biológica, também em função do valor econômico que vem representar para a sociedade industrial.

Embora, já fosse objeto de tutela pela UNESCO, organismo internacional relacionado à proteção da cultura, é na CDB que o conhecimento tradicional associado ao recurso genético ganhará valor econômico por causa de sua potencialidade de uso no mercado. Nesse documento, não é todo conhecimento tradicional que recebe tutela e garantia de retribuição econômica por seu uso, apenas aquele conhecimento desenvolvido por comunidades locais e povos indígenas relativos à aplicação da informação genética dos seres vivos a utilidades humanas farmacêuticas, cosmética e alimentícia, entre outras.

A proteção constitucional do patrimônio genético está contida no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal. Constitucionalmente, o recurso genético pode ser considerado tutelado pelo artigo 225, *caput*, pois é parte indissociável do todo denominado meio ambiente, e como tal pertence a toda coletividade:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988, art. 225)

Em consequência, uma infração à norma que regula o acesso ao recurso genético pode ser considerada um dano ao meio ambiente, na medida em que se rompe com a finalidade deste novo aparato normativo, que é o do uso sustentável da biodiversidade, pelo seu emprego responsável no processo produtivo. Essa tese tem sido empregada pelo Ministério Público Federal e tem provocado o judiciário a adotá-la.

CAPÍTULO II



CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO DE ACESSO SEGUNDO A MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.186-16/2001

1 Autorização no Direito Administrativo

Autorização é um ato administrativo, porque emana de pessoa jurídica de direito público; submete-se aos princípios do direito administrativo (legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência); destina-se a um sujeito em uma situação específica, produzindo efeitos diretos e imediatos.

Ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. (ZANELA DI PIETRO, 2001, p. 245)

Pela autorização, a Administração Pública outorga o direito de realizar determinada atividade material que sem ela lhe seria vedado. (GASPARINI, 2008, p. 195)

Uma característica do ato discricionário é desobrigar o Poder Público a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. (GASPARINI, 2008, p. 197)

Isso diferencia o ato discricionário do ato vinculado, o qual deve ser produzido, quando as condições legais para sua emissão estão cumpridas.

Sendo a autorização, na definição clássica do direito administrativo, um ato discricionário, deve respeitar a conveniência e oportunidade da Administração. Mesmo que discricionário, todavia, este ato não pode ser arbitrário e a

administração pública deve estar atenta às limitações impostas pela lei, para que o ato não seja ilegal.

Apresentadas essas noções, passa-se à análise da Autorização na Medida Provisória n. 2.186/2001, anotando algumas diferenças substanciais entre esta e a noção clássica de autorização.

2 Autorização para a Medida Provisória n. 2.186/2001

A Medida Provisória prevê a autorização de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. A relação estabelecida é entre instituições de pesquisa nacional pública ou privada, e Poder Público Federal. Sua natureza jurídica é de obrigação unilateral, por meio da subscrição de termo de autorização. Todavia, esta autorização tem uma característica administrativa um pouco diferenciada.

A autorização, segundo a Medida Provisória n. 2.186/2001, é um ato jurídico da administração pública, condicionado a critérios estabelecidos pelo CGEN. Mostra-se, neste contexto da Medida Provisória, uma diferença diante do conceito clássico, que deve ser analisada.

Autorização de Acesso ao Patrimônio Genético, segundo definição da Medida Provisória:

X – Autorização de Acesso e de Remessa: documento que permite, **sob condições específicas**, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado. (BRASIL, 2001, art. 7 grifos nossos)

A definição é clara, vinculando o ato administrativo de autorização à observância das condições específicas estipuladas pelo CGEN para cumprimento pelo interessado.

Inicialmente, a autorização só poderá ser outorgada a sujeitos que preencham características explicitadas no artigo 16 da Medida Provisória.

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. (BRASIL, 2001, art. 16)

O momento da autorização também está previsto no artigo 16, § 9º.

A Autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após a anuência prévia:

- I – da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena;
- II – do órgão competente, quando o acesso ocorrer em área protegida;
- III – do titular de área privada, quando o acesso nela ocorrer;
- IV – do Conselho de Defesa Nacional, quando o acesso se der em área indispensável à segurança nacional;
- V – da autoridade marítima, quando o acesso se der em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva. (BRASIL, 2001, art. 16)

A decisão de outorga da autorização cabe ao órgão colegiado CGEN (art. 11, IV, a, b)¹ e, portanto, foge à ideia

¹ IV – deliberar sobre: a) autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético, mediante anuência prévia de seu titular; b) autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular.

de decisão discricionária, meramente voluntária, de um sujeito individual servidor público. Trata-se de um aprimoramento do instituto administrativo da autorização, posto que além de caber a um grupo representativo, a decisão da autorização usa de uma ‘discricionariedade relativa’ delimitada por parâmetros explícitos definidos em regulamento deste órgão colegiado decisório (art. 11, II, b)², e pela vinculação do órgão a atender o pedido quando julgar que as condições previamente estabelecidas tenham sido preenchidas pelo interessado.

Decidida a autorização por deliberação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, compete à Secretaria Executiva: “[...] III – emitir, de acordo com deliberação do Conselho de Gestão e em seu nome: a) Autorização de Acesso e de Remessa; e b) Autorização Especial de Acesso e de Remessa [...]”

A autorização de acesso emitida pelo CGEN é, concluindo, um ato administrativo composto das seguintes características (GASPARINI, 2008)³:

- Competência de um colegiado: CGEN.
- Finalidade: liberar por um tempo e para pessoas cujas características gerais estão previstas na Medida Provisória, a obtenção de amostra de patrimônio genético ou o acesso a informação sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.
- Forma: definida em regulamento do CGEN.
- Conteúdo: especificado em regulamento do CGEN.
- Causa: administração de um patrimônio que pertence à toda à coletividade.

² Art. 11 Compete ao Conselho de Gestão: II – estabelecer: b) critérios para as autorizações de acesso e de remessa [...]

³ Classificação do ato administrativo segundo Diogenes Gasparini (2008).

Cumpridas essas especificações, observados os dispositivos da Medida Provisória apresentados, atendidos os regulamentos que já tenham por ventura sido emitidos pelo CGEN, não há de se falar em ilícito do ato administrativo, nem, muito menos, de qualquer responsabilidade (colegiada) pela emissão de uma autorização nos limites outorgados pela Medida Provisória⁴.

⁴ A Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/92 prescreve: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e, notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

CAPÍTULO III



CONTRATO DE ACESSO E REPARTIÇÃO BENEFÍCIOS

A informação genética contida em espécie da biodiversidade, assim como o conhecimento tradicional associado tornam-se bens jurídicos apropriáveis, para serem empregados no processo industrial de produção. A apropriação desses bens, reconhecida a sua titularidade, somente poderá ser feita com a formação de um devido contrato, disciplinado pela CDB e pela Medida Provisória n. 2.186-16/2001, em que deverão estar especificados os direitos e os deveres dos provedores de conhecimento tradicional e dos novos usuários deste conhecimento, bem como a previsão de uma “[...] justa e equitativa repartição de benefícios”.

O contrato de acesso à informação mediante uma justa e equitativa repartição de benefícios é uma nova construção jurídica inaugurada com a CDB. Como ferramenta jurídica de intercâmbio de bens, por excelência, toma-se o contrato para garantir que os sujeitos titulares do conhecimento tradicional, determinadas comunidades locais ou povos indígenas, recebam uma contraprestação pela manutenção da floresta e pela transmissão dos seus conhecimentos, a qual se chamará benefício e que deverá ser justo e equitativo. (BRASIL, 1992a. art. 8 (j))

O “Contrato de Acesso ao Recurso Genético e Conhecimento Tradicional Associado e Repartição de Benefícios” é o instrumento jurídico pelo qual devem ser materializados os três princípios da CDB adotados pelo direito brasileiro na Medida Provisória 2.186-16/2001: conservação da diversidade biológica, utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

É um contrato bilateral, no qual de um lado figura o sujeito com interesse em acessar informação genética ou informação embutida no saber acumulado por comunidades e povos indígenas para estudar seu emprego no processo produtivo, ou o agente econômico que já reconhece naquela informação um potencial de uso econômico, e está disposto a pagar para obter a referida informação. Do outro lado do contrato está à figura do provedor, ou seja, o sujeito – coletivo (no caso de comunidades) que detém o patrimônio genético ou a informação do conhecimento tradicional associado ao objeto da transação.

A contraprestação contratual é um dos objetivos da CDB (2001, art. 1º), pois o contrato será o meio para levar a “[...] repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos [...]” à parte provedora do recurso e, com isto, garantir que estes sujeitos coletivos continuem em sua prática de uso sustentável e de conservação do ambiente que ocupam.

A Convenção sobre Diversidade Biológica é bastante rica em inovações. Essa norma internacional apresenta regras para elaboração de contratos entre os Estados que são transpostas para os direitos nacionais, que ajustam o instrumento contratual para a relação entre sujeitos internos.

O contrato criado pela CDB e reproduzido pela Medida Provisória n. 2.186-16/2001 é único em seus sujeitos, objeto, objetivos e contraprestação. No Brasil, compete ao CGEN (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético) autorizar os Contratos de acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado.

A convenção internacional instituiu, e a norma brasileira adota o que ela instituiu, que o contrato de acesso deverá apresentar dois sujeitos legítimos contrapostos nas figuras de

provedor e usuário de informação genética ou de conhecimento tradicional associado a essas informações.

Segundo a Convenção sobre Diversidade Biológica, os países provedores de recursos genéticos têm nas comunidades locais e nos povos indígenas os verdadeiros guardiões dos recursos genéticos, e os potenciais provedores de conhecimento sobre diversos usos desses recursos. Por tal motivo, esses sujeitos devem ter seu modo de vida tradicional assegurado e estimulado.

O texto da Convenção (2001, art. 8º (j)) apresenta os novos sujeitos do direito internacional: “[...] as comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica”. Esses sujeitos serão as partes legítimas para a realização do contrato, também pela legislação nacional, pois, ao figurarem como provedores de recurso genético, eles estarão dispostos e transacionando sobre um objeto que não é de sua propriedade, mas apenas o detêm junto dos outros incontáveis, conhecidos ou não, sujeitos.

Os provedores de recurso genético são, em geral, possuidores ou proprietários do recurso biológico que ocupa o território que detêm como possuidores ou proprietários. Por tal motivo, a norma nacional identifica outros sujeitos com quem deverá ser firmado o Contrato de Acesso e Repartição de Benefícios, além dos já pensados pela CDB. Os proprietários privados e o poder público detentor da área onde é acessado o recurso genético são sujeitos destinatários da repartição de benefícios, segundo a Medida Provisória n. 2.186-16/2001.

Esses sujeitos, todavia, são detentores do recurso genético, porque a informação genética não tem proprietários, mas detentores, segundo os institutos normativos, sendo possível,

inclusive uma autorização excepcional de acesso do CGEN sobre área privada.

Os sujeitos provedores de recurso genético, o fazem, porque em seu território se encontram recursos biológicos, cuja informação genética apresenta algum interesse científico ou econômico. São detentores e guardiões porque são possuidores ou proprietários de áreas que usam de modo sustentável ou conservam. Daí porque, havendo interesse público em acessar a informação genética, o Poder Público pode, por força do dispositivo da Medida Provisória n.2.186/2001, obter esse recurso, mesmo que esteja localizado em área privada.

Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos arts. 24 e 25 desta Medida Provisória. BRASIL, 2001, art. 17)

Os sujeitos de um contrato típico realizam o intercâmbio de objetos que legitimamente possuem e trocam direitos de propriedade. No Contrato Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURB), essa assertiva não é exatamente verdadeira. O provedor de recurso genético não é proprietário dessa informação, mas a detém. A propriedade de um objeto tem a característica de excluir os demais sujeitos do poder de dispor e fruir do bem. Por isso, é possível falar em propriedade da terra, das árvores e de seus frutos, mas não se pode pensar que sobre a informação genética exista um direito de propriedade, pois, inclusive isso poderia acarretar o direito de patenteamento sobre tal informação – que nada mais é do que o reconhecimento do direito de propriedade.

Quando os sujeitos provedores de recurso genético são também sujeitos detentores de um conhecimento especial,

constituído pela interação cultural com o meio natural que o cerca, também poderão estabelecer contrato para prover o usuário econômico do saber sobre propriedades imanentes nos animais e vegetais que os cercam e que são por eles utilizados para as mais diversas funções de seu cotidiano.

O detentor desse conhecimento tradicional associado ao recurso genético, identificado pelo possível usuário, se torna um provedor. Em síntese, todo provedor é um detentor. Apenas o detentor que figura como parte em um contrato de acesso ao recurso genético e ao conhecimento tradicional a ele associado é um provedor.

Para realizar o contrato é necessário haver, portanto, um provedor identificado de recurso genético e/ou de conhecimento tradicional associado o qual será, na verdade, um entre os possíveis múltiplos detentores.

A Convenção sobre Diversidade Biológica está atenta à dependência dos povos indígenas e comunidades locais das condições concretas, especialmente, da manutenção dos recursos e da necessidade de estabelecer mecanismos de proteção. Os povos indígenas e comunidades locais com modo de vida tradicional são tomados pela CDB em seu papel de mantenedores da biodiversidade. Daí o texto do preâmbulo da CDB:

Reconhecendo à estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes. (BRASIL, 1992, Preâmbulo)

A distância dessas culturas conhecidas como tradicionais da organização jurídica convencional impôs a construção de salvaguarda de seus interesses.

Para assegurar, tanto o usuário, quanto o provedor do conhecimento tradicional, de que o contrato de acesso ao conhecimento tradicional será suficiente para satisfazer os interesses de ambas as partes, a CDB institui, e o direito interno adota, o Consentimento Prévio Fundamentado, que na legislação brasileira ganha o nome de Termo de Anuência Prévia (TAP).

Este documento prévio e preparatório do contrato para repartição de benefícios por acesso ao conhecimento tradicional associado ao recurso genético é importante, tanto para o provedor como para o usuário. Com ele, o provedor explicita qual conhecimento, em que extensão e para que finalidade será transmitido. Com o TAP, o usuário assegura a utilização do conhecimento com a justa e equitativa repartição de benefícios e determina o sujeito para quem é devida esta retribuição, identificando entre todos os possíveis detentores aquele sujeito que será o provedor. O Termo de Anuência Prévia é, portanto, o instrumento indispensável conformador das partes de um contrato.

Um contrato é uma escolha de sujeitos para a realização de interesses compatíveis e intercambiáveis. Para haver esta correspondência, o sujeito tem de ser identificado, singularizado. Não é possível um contrato sem a “pessoa”, sintetização de interesse, capacidade e vontade. O que parece uma obviedade nas relações privadas exige uma série de procedimentos prévios à realização do CURB. A parte provedora que figura em um dos lados do contrato é uma escolha, diante da pluralidade de detentores. No quadro legislativo atual, a escolha de uma parte afasta potenciais outros detentores da relação contratual.

Não há norma que imponha a presença de todos os detentores de conhecimento tradicional associado ao recurso genético. O quadro legal referente à repartição de benefícios por transmissão de conhecimento tradicional associado privilegia a construção formal de uma relação contratual singularizada à realidade plural e complexa, cujos detentores de conhecimento tradicional associado muitas vezes estão pulverizados por toda a sociedade, tornando difuso o conhecimento.

Em suma, há de se curvar à evidência de que todo desenvolvimento normativo, nacional como internacional, baseia-se na relação explícita e direta entre provedor identificado e singularizado numa coletividade, seja ela, comunidade local ou indígena, e usuário que destinará a obtenção do conhecimento tradicional à finalidade econômica.

1 Sujeito Legítimo para Celebrar TAP e CURB

Segundo a Medida Provisória n. 2.186/2001: “Art. 16 § 9º A Autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após a anuência prévia: III – do titular de área privada, quando o acesso nela ocorrer [...]”.

Isso significa que, mesmo que se venha eleger outros beneficiários, é o titular do local onde irá ocorrer o acesso que deve dar a Anuência. O termo de anuência prévia deve ser assinado antes que se inicie a pesquisa.

A lei também determina quem será legítimo para assinar como contratado, junto com a empresa contratante, o Contrato de Utilização de Recurso Genético e Repartição de Benefícios.

Segundo a Medida Provisória n. 2.186/2001:

Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do

patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e equitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser o regulamento e a legislação pertinente. (BRASIL, 1992, art. 24)

O Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios deverá indicar e qualificar com clareza as partes contratantes, sendo, de um lado, o proprietário da área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local e, de outro, a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinatária. (BRASIL, 1992, art. 27)

O Contrato, como se depreende da leitura do artigo 27 da Medida Provisória n. 2.186/2001, deve ser formado com o proprietário da área onde ocorreu o acesso. Tratando-se de comunidade local, deve ser assinado pelo representante da comunidade local. O representante da comunidade local poderá ser uma pessoa física, ou uma associação civil, podendo mesmo ser uma cooperativa, desde que efetivamente representativa da totalidade da comunidade. A averiguação dessa representatividade deve ser feita com a leitura do estatuto social da cooperativa.

É possível que o CURB seja assinado por uma pessoa que não tenha subscrito o TAP, desde que a representatividade seja mantida. Isto é possível porque para o TAP é exigido o vínculo do anuente à propriedade da área, enquanto tal exigência não persiste no CURB.

2 Conhecimento Tradicional por Acesso Indireto e Conhecimento Tradicional Difuso

A realização do contrato e condições de sua executabilidade: o problema do acesso indireto e do conhecimento tradicional difuso.

A consecução da conservação da biodiversidade depende, em grande parte, da manutenção de ecossistemas pela valorização das populações que utilizam de maneira sustentável os recursos naturais. Deste pressuposto, decorre a prescrição do seu direito a receber de maneira justa e equitativa os benefícios trazidos pelo uso dos recursos genéticos. Reitere-se que o direito a perceber benefícios emerge de uma realidade específica de relacionamento da comunidade com o meio, diferentemente do que se presume em um contrato orientado pelas normas civilistas de troca de propriedade sobre um bem, onde o direito a uma contraprestação decorre de um direito de propriedade. Assim, com a realização do Contrato de Acesso ao Recurso Genético e Conhecimento Tradicional Associado e a Repartição de Benefícios, garante-se a valorização da biodiversidade, das pessoas que utilizam de maneira sustentável a floresta, e do saber tradicional que viabilizou este modo de vida.

Embora seja ainda matéria de constante indagação, estudo e preocupação, nem o corpo normativo internacional, nem interno disciplinou o acesso ao Conhecimento Tradicional Associado (CTA), quando ocorrer em espaço distante ao do habitat de sua formação, como nas hipóteses de acesso por meios de divulgação científica ou literatura, conhecido como acesso indireto.

Igualmente, não se previu a regulamentação do acesso ao conhecimento tradicional associado ao recurso genético que perdeu a sua fonte, a titularidade de seu surgimento. Quando as “inovações e práticas” que definem o CTA passam a ser produzidas e reproduzidas por toda a sociedade, o conhecimento tradicional ingressa nos mercados, feiras e vizinhança. Não perde sua característica de tradicional, porém se torna difuso, permeando todo tecido social, no emprego e comércio cotidiano. Está-se diante do que se denominou conhecimento tradicional difuso.

A efetiva implementação do direito requer claro e certo destinatário da norma, que pode reivindicar o correto amparo jurídico, assim como bens jurídicos específicos e determinados, cuja proteção pode ser adequadamente imposta. No que concerne ao bem jurídico “conhecimento tradicional associado ao recurso genético”, por ser um conhecimento formado pela comunicação e intercâmbio de experiências entre gerações e entre comunidades, é difícil a definição de uma única comunidade detentora deste bem, tendo em vista a sua variada forma de aparecer, suas diversas concepções culturais e, junto com isto e por causa disso, visões de mundo divergentes. A dinâmica de seu desenvolvimento, pela transmissão de geração a geração, dificulta sua apreensão definitiva.

O conhecimento tradicional pode ganhar o espaço das obras literárias, artísticas e científicas, continuar sendo transmitido por esta via. O acesso destacado da transmissão oral dos detentores originários é acesso indireto. Quando não apresentada a fonte criadora do conhecimento tradicional, a legislação não prevê a realização de contrato de repartição de benefícios.

3 A Contraprestação por Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado ao Recurso Genético

Para acessar os recursos que estão disponíveis em áreas ocupadas pelos detentores de conhecimento tradicional, é necessário o estabelecimento de um contrato para que seja negociada a repartição justa e equitativa de benefícios econômicos obtidos com o acesso para estes provedores.

Repartição de benefícios é concebida como um meio de impor uma parte da incumbência de conservação e uso sustentável sobre as partes privadas que derivarão benefícios do uso dos recursos genéticos.

A determinação dos benefícios depende da resposta a duas questões: por que é devido o benefício? Para quem são devidos benefícios?

Diante do acima exposto, é possível responder que os benefícios são devidos porque os sujeitos – comunidades locais e povos indígenas – contribuem para a conservação da biodiversidade. E é para eles apenas que se justifica a repartição de benefícios.

A contraprestação no contrato de acesso ao recurso genético e ao conhecimento tradicional associado, como visto, não é propriamente pagamento. Criado pela norma internacional e absorvido totalmente pela Medida Provisória, o CURB, como é conhecido o contrato na legislação brasileira, prevê repartição de benefícios, isto é, distribuição das vantagens monetárias ou não monetárias que venham a ser percebidas pelo agente econômico que acessou a informação genética e empregou-a na fabricação de seus produtos.

Além dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional, as atividades econômicas, que os empregam, demandam vários outros investimentos, incluindo outros ingredientes e propriedades que são combinados com os recursos, os processos em que eles são aplicados, o investimento de capital e tempo, e, especialmente, o desenvolvimento tecnológico e o trabalho inovador. Desse amálgama, deve ser calculado o que seria devido como repartição justa e equitativa de benefícios pela inserção do recurso genético e do conhecimento tradicional associado na atividade produtiva.

A equidade na repartição de benefícios constitui-se por uma ideia social de justiça inserida em um contexto econômico. Embora, seja um conceito aberto, a repartição justa e equitativa de benefícios aporta bases concretas sobre as quais devem ser determinados o quanto e o quê, vinculado ao que se produz à proporção da contribuição dada pela informação genética ou conhecimento tradicional incorporada ao produto final. O valor da repartição de benefícios não deriva de um exercício aleatório, nem deve ser uma ferramenta ideológica de atribuição de bens e direitos às comunidades locais ou povos indígenas, sob pena de contrariar-se a medida legal imposta de justiça e equidade.

O conhecimento tradicional e o recurso genético podem ser importantes fatores da produção, mas, quando ingressam na teia produtiva de um produto, eles subsumem-se ao processo produtivo, disciplinam-se como os demais recursos. Apresentam-se como uma aquisição, cujo processo aquisitivo deve estar delimitado na forma e no tempo, esgotando-se na contraprestação.

Antes de firmar um contrato para acesso e repartição de benefícios, é importante que o usuário tenha certeza, em primeiro lugar, de que ele será válido e vinculante. Isso requer que os subscritores sejam capacitados e legitimados para tanto e que o procedimento seguido seja suficiente para dar atendimento à legislação vigente. É importante para o desenvolvimento do relacionamento e seu avanço para o objetivo final de produção e repartição dos benefícios obtidos com ela que o contrato não seja modificado ou invalidado, por motivo alheio às disposições legais orientadoras da formação daquele instrumento de negociação entre as partes.

Seja por serem detentores de conhecimentos tradicionais associados à informação genética dos recursos biológicos que

os envolvem, seja por utilizarem de maneira sustentável o ecossistema em que habitam, as comunidades ou povos indígenas são legitimados a firmar contratos pelo acesso ao conhecimento tradicional ou pelo acesso ao recurso genético proveniente de espécies biológicas existentes no meio ambiente que habitam e usufruem de modo sustentável. São, portanto, os titulares para o recebimento dos benefícios, oriundos da colocação no mercado dos produtos obtidos com aqueles bens jurídicos acessados pelo usuário, produtor econômico.

Essa é a razão que a legislação encontra para justificar a obrigação de repartir benefícios. Todavia, é sempre importante destacar que nem o conhecimento tradicional, nem o recurso genético estão exclusivamente sob o domínio da comunidade ou da tribo com que se estabeleceu o relacionamento. Os ecossistemas são mais amplos que as localidades de populações, e, portanto, espécies colhidas em uma localidade provavelmente serão encontradas também, a alguns outros quilômetros de distância, em propriedades públicas ou privadas.

No atual estágio de desenvolvimento da legislação nacional e internacional, o provedor é uma escolha do usuário. O contrato exige uma ficção jurídica, destacando da realidade um provedor dentre os diversos detentores possíveis. As comunidades ou certas tribos indígenas exararão o Termo de Anuência Prévia e firmarão o Contrato de Repartição de Benefícios, porque é naquele momento individualizado pelo contato do usuário que identificou nelas a detenção de certo conhecimento e a utilização de certo recurso biológico.

No estabelecimento dessa relação, não há, nem pode haver, pretensão por exclusividade de detentores, porque foge à natureza dos bens jurídicos transacionados. É possível oferecer ao usuário a necessária certeza jurídica para o desenvolvimento

das relações jurídicas subsequentes; inclusive a repartição justa e equitativa de benefícios, mediante a assunção de que, firmados a anuência e o contrato com a comunidade provedora, satisfeita ficará a obrigação jurídica determinada pela medida provisória e atendida estará a finalidade de incentivo para o uso sustentável da diversidade biológica pela comunidade envolvida.

O direito exige certas representações, a bem da devida construção da equidade. São construções necessárias para o preenchimento do fundamental princípio do devido processo legal que, neste contexto, materializa-se na formação do contrato, segundo as disposições legais, com a identificação do provedor e do objeto provido. Em essência, o cumprimento do devido processo legal, direciona os direitos do provedor e do usuário à satisfação mútua. A satisfação do devido processo legal em uma relação contratual implica, portanto, que seja respeitado um determinado procedimento e sejam atendidos os novos direitos, próprios destes novos sujeitos, que são as comunidades locais e os povos indígenas e, uma vez válido, o contrato não pode vir a ser modificado. A legislação nacional oferece uma estrutura constituída pela disposição de limites que assegura que os dois lados relacionarem-se com certeza e previsibilidade.

Pelo devido processo legal, é perfeitamente plausível que o usuário tenha o direito de saber, sem ambiguidade, o que é a ele legalmente exigido, que requerimentos deve preencher e em relação a quem são seus deveres legais. Esse princípio, no contexto legal que encontra a matéria de repartição de benefícios por acesso ao conhecimento tradicional associado, será devidamente observado, se houver possibilidade de identificação do sujeito provedor e se o conhecimento tradicional associado ao recurso genético não estiver espreado em difusa profusão de troca de informações na sociedade pluriétnica e multicultural brasileira.

4 Conhecimento Tradicional como Interesse Difuso

O conhecimento é um saber atribuído a determinados sujeitos. Quando esse “saber” pode ser individualizado, como, por exemplo, no caso de uma tese acadêmica, existe uma autoria individualizada e a garantia de um direito individual sobre esse conhecimento.

É possível que o conhecimento não pertença exclusivamente a uma pessoa, mas a um coletivo, porque sua elaboração dependeu da participação indivisível de todo um grupo. Nesse caso, o direito de dispor sobre este conhecimento é do coletivo que o construiu.

O conhecimento tradicional é, por natureza, de origem coletiva, porque é formado num processo intergeracional de experimento, manutenção e transmissão. Não há conhecimento tradicional constituído por um único indivíduo.

Os direitos coletivos são afinal distintos dos individuais e não podem ter a mesma classificação destes últimos, é Carlos Frederico Marés (1998, p. 179) que nos assevera: “Os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais, porque sua existência depende da coletividade como a cultura, o idioma, a religião e o território.”

Entre os direitos coletivos, não devem ser incluídos, portanto, aqueles que são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas somente aqueles pertencentes a um grupo de pessoas, cuja titularidade é difusa porque não pertencem a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos.

Esses direitos não podem ser divididos por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos

os titulares do todo continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, não embargáveis, impenhoráveis e intransferíveis. Não têm valor econômico em si para cada indivíduo, somente podem tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente.

O conhecimento tradicional é patrimônio nacional por força do texto constitucional:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem :

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver [...] (BRASIL, 1988, art. 216)

Esse dispositivo eleva o conhecimento tradicional ao nível de interesse público, por ser tratar exatamente, como prescreve a Constituição, de um bem de natureza imaterial portador de referência à identidade, ação e memória de grupo formador da sociedade brasileira, devendo o Estado responder por sua conservação.

A Medida Provisória n. 2.186/2001, quando prevê o acesso ao conhecimento, refere-se à obtenção do conhecimento a partir de alguma comunidade, seja indígena ou local:

V – acesso ao conhecimento tradicional associado: 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. (BRASIL, 2001, art. 7º)

Com isso, esta Medida Provisória deixa de disciplinar o acesso a conhecimento obtido de fontes que não sejam comunidade local ou indígena. Ficando, portanto, excluída da previsão legal, a obtenção de conhecimento difundido para além de comunidades, como é o caso do conhecimento tradicional sobre a biodiversidade difundido em mercados e feiras públicas. Esse caso seria o de conhecimento tradicional difuso, posto que não seria possível circunscrever uma ou algumas comunidades detentoras, mas que pelo seu uso e divulgação alcançou a prática popular, espalhando-se pelo mercado.

5 Conhecimento Tradicional Difuso

Não é por ser difuso que estes interesses são indetermináveis. Eles podem ancorar-se, num determinado momento, sobre um indivíduo e mesmo ser reconhecido a um coletivo associado determinado. Essa ancoragem, todavia, não retira a sua natureza de ser o portador de um valor que não se circunscreve exclusivamente àqueles indivíduos ou coletivos momentaneamente determinados. Por tal motivo, às vezes, torna-se difícil distinguir o interesse difuso de um interesse coletivo, em especial quando reivindicado por alguma associação ou grupo organizado de pessoas. A distinção deve ser feita em função da natureza do interesse, não pela análise aparente de seus defensores e representantes.

Entretanto, essa não previsão deve ser tomada de maneira relativa, posto que, como é próprio da natureza de um interesse difuso, o conhecimento tradicional que esteja difundido pelos mercados e feiras também pode ser encontrado em alguma comunidade e por tal motivo encontra-se sob o abrigo da Medida Provisória:

Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada.

§ 2 O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Medida Provisória integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro, conforme dispuser o Conselho de Gestão ou legislação específica. (BRASIL, 2001, art. 8)

Essa afirmação é fortalecida pelo dispositivo constitucional do artigo 216, já apresentado. Com essa base constitucional e legal, o Ministério Público passa a ter a legitimidade e o interesse de agir em defesa da conservação dos conhecimentos tradicionais bem como de seus detentores históricos, responsáveis pela sua manutenção, fundamentado no interesse difuso que estes conhecimentos representam. À instituição cabe buscar a proteção do conhecimento tradicional, mediando a negociação de acesso ao conhecimento tradicional e repartição de benefícios, para que, pelo acesso a este bem, sejam gerados os benefícios e as garantias já previstas na Medida Provisória para os acessos junto a comunidades.

6 A Defesa do Interesse Difuso

Por representar um interesse de toda a coletividade, a proteção do conhecimento tradicional é objeto de tutela pelo Ministério Público. Por não ter previsão legal explícita, o conhecimento tradicional difuso, pode receber proteção do Ministério Público, que além das atividades de defesa, poderá exercer sua competência extrajudicial para mediar o acesso ao referido conhecimento.

A possibilidade de atuação do Ministério Público, na defesa do conhecimento tradicional – deve-se destacar-, em decorrência das disposições legais, materiais bem como da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), é mais ampla que a tradicional representação em juízo do interesse da coletividade ou difuso. Na concepção de Antunes, as novas possibilidades abertas *ipso iure* atribuem ao Ministério Público um importante papel de agente formulador de políticas ambientais. (ANTUNES, 2000, p. 59)

Por não estar explicitamente previsto em lei e por não ser regulamentado o procedimento de sua proteção e forma de repartição de benefícios, há uma lacuna regulatória que deve ser preenchida. Este dever deve ser visto como uma facilidade menos que um ônus. A explicação disto está no fato de que, uma vez reconhecido um conhecimento como difuso esgota-se a possibilidade de sucessivas reivindicações pelo reconhecimento da origem do conhecimento, posto que ele deixa de ser de titularidade de uma, algumas ou várias comunidades, por ser oficialmente classificado como pertencente a um número indeterminado de comunidades e sujeitos que não necessariamente pertença a alguma comunidade local.

O preenchimento desta lacuna pode ser realizado de maneira pontual diante de um caso concreto pela mediação do Ministério Público que por suas atribuições é competente para solucionar questões necessárias à realização do interesse social.

CAPÍTULO IV



AS PARTES DO CONTRATO

1 Comunidades Tradicionais e Povos Indígenas

1.1 Sujeito Indígena e Relações Jurídicas – Introdução Histórica

As relações entre indígenas e os não indígenas são historicamente entremeadas de conflitos. As relações de troca econômica são sobremaneira delicadas, pendendo na maior parte das vezes ao desequilíbrio, com trocas desiguais desfavoráveis aos indígenas. A assimetria nas relações deve-se, sobretudo, à diferença de linguagem e racionalidade entre os sujeitos. Com formações culturais distintas, os modos de pensar e agir são diferentes e interferem nas expectativas e processo de comunicação.

Os indígenas, a partir do início da República no Brasil, são constante objeto de preocupação jurídica. O direito busca uma categoria de sujeito para o tratamento dos indígenas, que, ao mesmo tempo, o equipare às demais pessoas físicas tratadas pelo direito, mas também reconheça uma diferença material que impõe um tratamento diferenciado, não o atirando à abstração jurídica do sujeito livre e igual. Em suma, são os indígenas sujeitos de direito e obrigações dotados de personalidade e capacidade jurídicas, contudo de maneira diferenciada que evoluiu com o tempo. Esses indígenas desde o *Estatuto do Índio* são os sujeitos que se identificam como tal, independentemente de julgamento de terceiro. Isto é, para que um sujeito ou uma comunidade seja definida como indígena basta a autodeclaração, postura ratificada pelo Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Pelo fato do Direito necessitar de sujeitos minimamente iguais, os índios que representavam o diferente, determinavam no início da república e da codificação civil um desafio, conduzindo a política no caminho da busca de “integração”, e assimilação destes povos que integravam a República Brasileira. Portanto, indígena denotaria o caráter de transitoriedade característico das pessoas em evolução. Para justificar e orientar os procedimentos relacionados à passagem do estado de transição para a assimilação ao sujeito de direito capaz e livre; juristas de renome como Pontes de Miranda sustentavam uma adaptação gradativa à civilização, considerando-se quaisquer deles capazes de direito, mas relativamente incapazes, isto é, incapazes para certos atos jurídicos, nos quais deveriam ser assistidos. (DANTAS, 1999)

Em suma, os indígenas seriam plenamente detentores de direitos prescritos pelo ordenamento jurídico, mas sua capacidade de agir para realizar atos e negócios jurídicos seria limitada, necessitando de devida assistência.

Esta assistência se constitui na forma de verdadeira tutela com o advento do *Estatuto do Índio* em 1973 (Lei n. 6.001/1973), em pleno regime militar, justificado na ideologia de dominação e segurança nacional, portador de uma ideia de desenvolvimento bastante particular ao regime, fundada na ação de expansão de certa industrialização e conquista agrária do território brasileiro.

Segundo os juristas atuais, o *Estatuto do Índio* representou verdadeiro retrocesso na percepção jurídica sobre capacidade do sujeito indígena, pois definitivamente o reduziu ao Estatuto do Código Civil de 1916, que equiparava o sujeito indígena aos relativamente incapazes.

O *Estatuto do Índio* vale-se de uma categoria de Darcy Ribeiro, equivocadamente empregada, apresentada em sua

obra *Os Índios e a Civilização*, em que classificava os índios como isolados, parcialmente integrados ou em vias de integração e integrados à civilização. A ideia mestra do *Estatuto do Índio* foi reconhecer essas fases de integração e impulsionar à integração os índios para que pudessem viver o “ser brasileiro” e atingir o processo e “desenvolvimento”¹.

Essa ideia reducionista e de uniformização cultural como pressuposto da emancipação indígena é corrigida com a Constituição de 1988 que reconhece a diferença cultural, reafirma seu valor, e amplia a capacidade de ação indígena, porém sem alterar substancialmente a estrutura assistencial/tutelar do órgão indigenista representada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), cuja relação com os povos indígenas nem sempre é de entendimento.

1.2 Terras Indígenas e Ação Indígena

O que há de fundamental à cultura indígena é a língua e o território. Sem território a cultura se desfaz como gelo no deserto. É a terra o fator de identidade e a condição de reprodução cultural.

A terra indígena é área da União e não pode ser alienada, ficando sua exploração sujeita a um regime especial de manejo

¹ Os índios são considerados:

I – Isolados quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão vez mais para o próprio sustento;

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

sustentável. O *Código Florestal* equipara as terras indígenas a Áreas de Proteção Permanente².

No que tange à exploração florestal, é permitida inclusive a exploração de espécies ameaçadas de extinção, desde que respeitados os limites determinados pelo CONAMA³.

Segundo o *Estatuto do Índio*:

Art.17º Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art.18º As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuárias ou extrativa. (BRASIL, 1973)

No seu território os povos indígenas têm o direito de desenvolver sua cultura do cotidiano, do espiritual do artístico, valendo-se dos recursos naturais lá existentes. Sendo seu território, tem poder de dispor sobre os recursos que lá se encontram, autorizando a visita e eventuais coletas que lá possam ocorrer. Mesmo que dependentes de autorizações de órgãos administrativos para realização de pesquisa e para ingresso em áreas indígenas, estas autorizações não suprem o

² Art. 3º § 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente.

³ O Código Florestal: “Art. 3º - A. A exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável, para atender a sua subsistência, respeitados os arts. 2º e 3º deste Código.”

poder dos povos indígenas de manifestarem sua vontade para permitir ou impedir a entrada em seu território.

1.3 Relações Jurídicas e Sujeito Indígena após a Constituição de 1988

O Direito é uma linguagem de poder e, dependendo do estatuto jurídico de um determinado sujeito, terá ele a justificativa do uso de seu poder ou será ele desprovido pelo direito do exercício de qualquer poder social. Segundo o professor Fernando Antônio de Carvalho Dantas (1999, p. 57),

[...] a apreensão parcial que o direito positivado faz da realidade social, por meio de mecanismos de poder que valoram e privilegiam uma determinada forma de vida, institucionalizou, ao longo da história do direito no Brasil, a exclusão das pessoas indígenas e suas sociedades, suas vidas, seus valores e suas maneiras diferenciadas de construção social da realidade, do espaço jurídico e político nacional.

Segundo o autor, coordenador do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, os povos indígenas têm o direito de serem diferentes, em outras palavras: o direito de serem reconhecidos, como pessoa e grupo, com valores diferenciados que conceituam bem jurídicos, também diferenciados, no que se referem às línguas, crenças, rituais, músicas, artefatos materiais e práticas sociais, constituindo fundamento, entre outros, do estado realmente democrático e pluralista de direito. (DANTAS, 1999)

A relação entre indígenas e não indígenas é, antes de tudo, um diálogo intercultural, realizado no dia a dia, nos negócios, no direito. Para que nestas relações exista a equidade, é importante ter-se em mente a complexidade que envolve a igualdade e a diferença entre os sujeitos. A simetria necessária às trocas nas relações não pode prevalecer sobre descaracterização das

diferenças que são essenciais à manutenção da identidade dos sujeitos participantes. Esse caminho sensível e imprescindível que deve seguir as relações interculturais é o que procura resguardar o texto constitucional de 1988.

O início do empoderamento jurídico dos povos indígenas ocorre no Brasil com a Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 contém a maior inclusão de garantias e direitos referentes aos índios e as sociedades indígenas em toda a história constitucional brasileira. O direito estatal positivado na Constituição consagrou os direitos indígenas como “múltiplos e diferenciados”.

A Constituição Federal de 1988 nos artigos 231 e 232 traz a tutela dos interesses indígenas (garantia a territorialidade e defesa judicial de seus interesses, respectivamente).

O artigo 231 da CF deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 216, II para que se tenha a nítida dimensão da proteção do patrimônio cultural material e imaterial dos povos indígenas.

Além do reconhecimento da diversidade (artigo 231 integrado ao artigo 216, I, II), o ponto marcante que compõe o dispositivo está configurado na vinculação dos índios à organização social de seu povo. As sociedades tradicionais organizam-se como unidades mais ou menos permanentes, institucionalizadas, que mantêm entre si relações integradas, ao mesmo tempo estruturais e funcionais⁴. A pessoa indígena e sua sociedade são indissociáveis.

⁴ 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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-

A pessoa indígena, vislumbrada a partir do conceito constitucional, é o sujeito em relação, o sujeito contextualizado, diferente, construído a partir de sua cultura. As sociedades tradicionais elaboram a noção de pessoa mediante pressupostos simbólicos internos e particulares, estas pessoas vinculam-se ao corpo social ocupando e pertencendo a um determinado lugar, com margem de autonomia individual bastante pequena.

É com essa característica de formação social que devemos compreender o diálogo com indígenas como um diálogo com um sujeito coletivo, detentor de uma vontade coletiva.

estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “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, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

1.4 O Papel da FUNAI após a Constituição de 1988

Com o novo paradigma constitucional, as antigas instituições tutelares mantêm-se, agora, reinterpretadas para serem órgãos estatais de assistência e salvaguarda dos interesses indígenas e de suas diferenças culturais no entendimento e na organização social.

A legislação indigenista anterior à Constituição Federal de 1988 continua aplicável aos povos indígenas no que não for contrária à ordem constitucional, donde se inclui as incumbências da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), não mais como tutelar dos interesses destes povos que gozariam de capacidade jurídica relativa, mas agindo na defesa de seus interesses. A FUNAI tem o dever de ciência e, em alguns casos, de anuência, nos assuntos que envolvam as comunidades indígenas (Lei n. 5.371/67). Esse órgão não fala por eles nem traduz seus interesses, a ela cabe assegurar a vontade do indígena promovendo o devido esclarecimento e assegurando a clareza dos procedimentos.

A FUNAI é responsável pelas autorizações de ingresso em terras indígenas e no que tange à pesquisa, possui regulamentação específica (Instrução Normativa n. 01/95)⁵.

⁵ INSTRUÇÃO NORMATIVA FUNAI Nº 01, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1995.

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Estatuto aprovado pelo Decreto n. 564, de 08 de junho de 1992, tendo em vista que consta do Processo FUNAI BsB 2105/92.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar as normas que disciplinam o ingresso em Terras Indígenas com finalidade de desenvolver Pesquisa Científica, conforme documento em anexo.

ANEXO

Art. 4º Todo e qualquer pesquisador nacional ou estrangeiro que pretenda ingressar em terras indígenas para desenvolver projeto de pesquisa científica, deverá encaminhar sua solicitação à presidência da FUNAI, e no caso de requerimento coletivo, deverá ser subscrito por um dos membros do grupo, como seu responsável.

No seu novo papel de assistência, apoio e incentivo, a FUNAI recebeu também a incumbência de apoiar a interação produtiva dos povos indígenas, segundo o Decreto n. 1.141/94⁶.

[...]

Art. 7º A solicitação do ingresso em terra indígena por parte de pesquisadores nacionais ou estrangeiros será objeto de análise pela Coordenadoria Geral de Estudos e Pesquisas. CGEP, uma vez instruído o processo com o parecer favorável do CNPq quanto ao mérito da pesquisa proposta e após ouvidas as lideranças indígenas.

Parágrafo único - A consulta às lideranças indígenas será realizada pela FUNAI, com a presença e participação do pesquisador, podendo este em caso de resposta positiva permanecer na terra indígena com autorização provisória até a emissão de uma definitiva.

[...]

Art. 9º Quando se tratar de pesquisa em espaço territorial de ocupação tradicional de índios isolados, o pedido será ainda objeto de exame prévio específico por parte do Departamento de Índios Isolados. DII-FUNAI.

Art. 10º A presidência da FUNAI poderá suspender a qualquer tempo, as autorizações concedidas de acordo com as presentes normas desde que:

I- seja solicitada a sua interrupção por parte da comunidade indígena em questão;

II- a pesquisa em desenvolvimento venha a gerar conflitos dentro da terra indígena;

III- a ocorrência de situações epidêmicas agudas ou conflitos graves envolvendo índios e não-índios.

Parágrafo único - Fica automaticamente prorrogada a autorização pelo prazo que a terra indígena objeto do projeto estiver interditada, pelos motivos apontados no Art. 10, inciso III.

Art. 11º Todos os pesquisadores estrangeiros ou nacionais que tiverem autorizações concedidas para ingresso em terra indígena obrigar-se-ão:

I- cumprir todos os preceitos legais vigentes, notadamente os previstos na Lei nº6001 de 18.12.73;

II- remeter à FUNAI, relatório dos trabalhos de campo, em português, após 6 (seis) meses após o término da pesquisa, onde poderão constar sugestões práticas que possam trazer benefícios para as comunidades indígenas que poderão ser consideradas pela FUNAI nas definições de sua política;

III- remeter à FUNAI, 2 (DOIS) exemplares de publicações, artigos, teses e outras produções intelectuais oriundas da referida pesquisa.

⁶ Art. 1º As ações de proteção ambiental, saúde, e apoio às atividades produtivas voltadas às comunidades indígenas constituem encargos da União.

Art. 2º As ações de que trata este Decreto dar-se-ão mediante programas nacionais e projetos específicos, de forma integrada entre si e em relação às demais ações desenvolvidas em terras indígenas, elaborados e executados pelos Ministérios da Justiça, da Agricultura e do Abastecimento, do Meio Ambiente, da Cultura e do Desenvolvimento Agrário, ou por seus órgãos vinculados

A compatibilização pela Constituição atinge a Lei n. 6.001/73, *Estatuto do Índio*, sobretudo em seus artigos 7º e 8º⁷. Esses artigos não devem ser mais interpretados como instrumento de tutela dos povos indígenas, mas com base na diferença cultural dos povos indígenas, é previsto o direito de assistência pelo órgão indigenista, que, se não for devidamente ouvido, ou for desrespeitado, poderá trazer como consequência a anulação dos atos praticados com os povos indígenas ou no território indígena.

Reconhecendo a independência e a liberdade de expressão e agir dos povos indígenas, inclusive nas suas relações fora da comunidade, a Constituição assegura a legitimidade ativa dos indígenas para reclamar diretamente em juízo ou com a assistência do Ministério Público na defesa de seus interesses. Dispõe o artigo 232 da CF:

e entidades supervisionadas, em suas respectivas áreas de competência legal, com observância das normas estabelecidas pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Art. 3º As ações decorrentes deste decreto fundamentar-se-ão no reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições das comunidades indígenas.

Art. 8º Compete à Fundação Nacional do Índio estabelecer as diretrizes para o cumprimento da política indigenista e a coordenação da execução das ações decorrentes deste decreto.

⁷ Da Assistência ou Tutela

Art.7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e as normas da tutela do direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art.8º São nulos os atos praticados entre índios não integrados e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988, art. 232)

1.5 A Medida Provisória n. 2.186/2001 e o Sujeito Indígena

A atuação da FUNAI, menos tutelar e sobremaneira estimuladora e fiscalizadora, também é prevista para aplicação da Medida Provisória n. 2.186/2001 que disciplina o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado.

Dispõe o artigo 8º:

Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada.

§ 1º O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento.

[...]

§ 3º A proteção outorgada por esta Medida Provisória não poderá ser interpretada de modo a obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local.

[...]

Art.16 § 9º A Autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após a anuência prévia:

- I. Da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena;
- II. Do órgão competente, quando o acesso ocorrer em área protegida;
- III. Do titular de área privada, quando o acesso nela ocorrer. (BRASIL, 2001)

Pela leitura do artigo oitavo assim como do parágrafo nono do artigo 16 já transcritos, pode-se entender a nova dinâmica da relação entre administração pública e povos indígenas. Nos dois textos está evidenciada a independência decisória auxiliada pelo acompanhamento e supervisão administrativa. Esse acompanhamento é um vínculo estabelecido com os povos indígenas pelo reconhecimento de sua diferença cultural e sua possível maior vulnerabilidade ou hipossuficiência nas relações jurídicas.

Assim, também ocorre com a construção do artigo 27 do mesmo diploma legal:

Art. 27 O Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios deverá indicar e qualificar com clareza as partes contratantes, sendo, de um lado, o proprietário da área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local e, de outro, a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinatária. (BRASIL, 2001)

Conforme se pode observar, o artigo 27 da Medida Provisória prevê a participação do órgão indigenista oficial nas questões que envolvam povos indígenas, mas não se deve dar a ele importância tutelar, sua presença se faz em interesse fiscalizador, e assistencial em caso de necessidade. Também, a questão da assistência é trazida nas resoluções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, sublinhando que as decisões indígenas são livres, porém resguardadas pela FUNAI⁸.

Independentemente de qualquer manifestação de órgãos estatais, o artigo 9º da referida Medida Provisória assegura

⁸ As Resoluções n. 5, 6, 11, 19 do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN estabelecem diretrizes para a obtenção de anuência prévia para o acesso a conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.

direitos aos povos indígenas, que passam a ter a legitimidade de requerer diretamente a sua observância:

À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de:

I. Ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;

II. Impedir terceiros não autorizados de:

a) Utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado;

b) Divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado;

III. Perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade, nos termos desta Medida Provisória.

Parágrafo único. Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento. (BRASIL, 2001, art. 9º)

1.6 Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Esta Convenção sobre povos indígenas e tribais foi aprovada em 7 de junho de 1989, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Seu conteúdo se desenvolve lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1957 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, reconhecendo os indígenas como povos dotados de identidade e independência, porém submetidos às organizações estatais do território onde se encontram. O evento parte do reconhecimento das aspirações dos povos indígenas de assumirem o controle de suas próprias instituições, formas de vida e seu desenvolvimento econômico e

manterem e fortalecerem suas identidades (artigo 7.1). Referido documento internacional é norteador da legislação nacional que, ao referir-se aos povos indígenas, deve fazê-lo com o devido reconhecimento de sua independência e liberdade de ação.

Também deve a legislação interna reconhecer o território indígena e seu conteúdo como parte do patrimônio destes povos, resguardando seu poder de atuar e explora-lo, conforme preconiza o artigo 15. 1 da referida Convenção:

Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem os direitos desses povos em participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. (BRASIL, 2004, art. 15.1)

Ao adotar a Convenção 169, o Brasil comprometeu-se a desenvolver políticas para estimular a atividade indígena voltada ao seu bem-estar econômico e fortalecimento de sua identidade. O desenvolvimento econômico deve ter seu conteúdo fixado pelos povos interessados, que gozarão do direito de escolherem suas próprias prioridades, no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual. Cabe aos povos indígenas controlar seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. São estes os dizeres da Convenção.

Destarte, toda legislação que se refere à relação com indígenas deve ser interpretada no diapasão de que os indígenas são titulares das opções econômicas para seu desenvolvimento, podendo inclusive recusar práticas econômicas, cuja intenção possa ser o desenvolvimento, porém em desajuste com as aspirações e os valores da comunidade.

Além de assegurar o direito ao desenvolvimento dos povos indígenas e de resguardar-lhes o direito de optar por

quais atividades econômicas poderão ser empreendidas e qual desenvolvimento é desejado, a Convenção apresenta as produções culturais indígenas como valores próprios a lhes dar um retorno econômico, conforme se depreende da leitura do artigo 23:

O artesanato, as indústrias rurais comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidos como fatores importantes de manutenção de sua cultura, de sua autossuficiência e de seu desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos e sempre que adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades. (BRASIL, 2004, art. 23)

Em síntese, o incremento de atividades já iniciadas culturalmente pelos povos indígenas são caminhos apontados pela Convenção para o desenvolvimento sustentável e aumento de bem-estar dos povos indígenas.

Isso posto, é de se sublinhar a importância da Convenção n. 169 da OIT, no que tange a condução do relacionamento e tratativas de negociação com os povos indígenas. Ela apresenta o valor da conservação das identidades e a necessidade de se pautar as relações econômicas com estes povos, respeitando seus interesses, seus valores. O fato de pertencerem a culturas distintas da nossa requer um tratamento diferenciado mais protetivo do Estado, limitando a liberdade de negociação com os povos indígenas ao respeito de seus interesses e à manutenção de suas identidades.

1.7 Conhecimento Tradicional e Valorização do Saber

O Decreto n 4.339/2002 que dispõe sobre a Política Nacional de Biodiversidade dedica particular atenção

às relações com os povos indígenas e à valorização do conhecimento tradicional como instrumento para a sustentabilidade e bem-estar.

Dentre os princípios e diretrizes gerais e objetivos desta política deve-se destacar em razão dos conhecimentos tradicionais, o que segue:

Art. 2º A Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á pelos seguintes princípios:

[...]

XII. A manutenção da diversidade cultural nacional é importante para pluralidade de valores na sociedade com relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável de biodiversidade brasileira;

XIII. As ações relacionadas ao acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade deverão transcorrer com consentimento prévio informado dos povos indígenas, dos quilombolas e das outras comunidades locais:

XIV. O valor de uso da biodiversidade é determinado pelos valores culturais e inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores: ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético;

XV. A conservação e a utilização sustentável da biodiversidade devem contribuir para o desenvolvimento econômico e social e para a erradicação da pobreza;

[...]

Terá as seguintes diretrizes:

[...]

10.4 Quarta diretriz: Promoção de pesquisas sobre o conhecimento tradicional de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais. Apoio a estudos para organização e sistematização de informações e procedimentos relacionados ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade, com consentimento prévio informado das populações envolvidas e em conformidade com a legislação vigente e com os objetivos específicos estabelecidos na segunda diretriz do Componente.

Terá como Objetivos Específicos:

10.4.1 Desenvolver estudos e metodologias para a elaboração e implementação de instrumentos econômicos e regime jurídico específico que possibilitem a repartição justa e equitativa de benefícios, compensação econômica e outros tipos de compensação para os detentores dos conhecimentos tradicionais associados, segundo as demandas por eles definidas.

10.4.2 Desenvolver estudos acerca do conhecimento, inovações e práticas dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, respeitando, resgatando, mantendo e preservando os valores culturais agregados a estes conhecimentos, inovações e práticas, e assegurando a confidencialidade das informações obtidas, sempre que solicitado pelas partes detentoras destes ou quando a sua divulgação possa ocasionar dano à integridade social, ambiental ou cultural destas comunidades ou povos detentores destes conhecimentos.

10.4.3 Apoiar estudos e iniciativas de povos indígenas, quilombos e outras comunidades locais de sistematização de seus conhecimentos, inovações e práticas, com ênfase nos temas de valoração, valorização, conservação e utilização sustentável dos recursos da biodiversidade.

10.4.4 Promover estudos e iniciativas de diferentes setores da sociedade voltados para a valoração, valorização, conhecimento, conservação e utilização sustentável dos saberes tradicionais de povos indígenas quilombolas e outras comunidades locais, assegurando a participação direta dos detentores desse conhecimento tradicional.

[...]

14.2.8 Promover o reconhecimento e valorizar os direitos de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, quanto aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e da relação de mútua dependência entre diversidade etnocultural e biodiversidade.

[...]

14.2.10 Assegurar o reconhecimento dos direitos intelectuais coletivos de povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, e a necessária repartição de benefícios pelo uso de conhecimento tradicional associado à biodiversidade em seus territórios. (BRASIL, 2002, art. 2º, inciso XII)

O texto transcrito da Política Nacional da Biodiversidade é mandamento para o setor público e orientações de ação para o setor privado; isto é, as empresas ou sociedades civis que queiram atuar junto aos povos indígenas, no contexto do conhecimento

tradicional sobre a diversidade biológica, têm a obrigação legal de promover as diretrizes acima apresentadas.

Com isso, pode-se afirmar que a ação pautada pelo direito interno encontra respaldo no direito internacional, que traz obrigações de promoção e valorização do conhecimento tradicional dos povos indígenas, não só no campo relacionado com o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, mas protegendo todo o conhecimento fruto de uma construção cultural própria. É o que faz a Convenção da UNESCO sobre proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

1.8 A Convenção da UNESCO sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais

Em 20 de outubro de 2005, foi adotada pela conferência geral da Unesco a Convenção Sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões culturais. Ela destina-se a possibilitar os Estados a tomar medidas para a proteção e promoção da diversidade das expressões artísticas. Uma das propostas da Convenção é de resguardar formas culturais distintas, impedindo de serem dominadas por algumas outras, além de abrir aos consumidores e produtores novas opções mais sustentáveis, pela escolha, num amplo capô de expressões que artistas criam e executam.

A Convenção ratificada pelo Brasil, e já em vigor, afirma que a diversidade cultural é característica definidora da humanidade e é uma herança comum da humanidade devendo ser usada em benefício de todos. A Convenção pauta-se na certeza de que a diversidade cultural cria um mundo rico e variado, que aumenta o campo de escolhas e alimenta os valores e capacidades

humanas para preferência de caminhos de desenvolvimento mais sustentável de comunidades, povos e nações.

Sobretudo, cabe destacar que a Convenção reconhece a importância do conhecimento tradicional como fonte de riqueza material e intangível; e afirma a particular importância dos sistemas de conhecimento dos povos indígenas devido a sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável. Por tais motivos são imperiosas ações no campo interno e internacional para adequada proteção e promoção das expressões culturais desses povos. A Convenção reconhece que o processo de globalização que se vivencia facilita o rápido desenvolvimento de informação e tecnologias de comunicação, e por isto é um contexto que representa condições de interação cultural sem precedentes e também um desafio para a manutenção da diversidade cultural.

Exemplificando a intenção da Convenção destacam-se alguns de seus objetivos:

- (a) proteção e promoção da diversidade das expressões culturais;
- (c) encorajar o diálogo entre culturas em vista de assegurar uma ampla e equilibrada;
- (e) promover o respeito pela diversidade das expressões culturais e despertar atenção para o seu valor em nível local, nacional e internacional;
- (f) reafirmar a importância da ligação entre cultura e desenvolvimento para todos os países, em especial os países em desenvolvimento, e dar suporte a ações desencadeadas nacional e internacionalmente para assegurar o reconhecimento do verdadeiro valor desta ligação.

Segundo a referida Convenção, os países devem buscar integrar culturas nas suas políticas de desenvolvimento em todos os níveis para a criação de condições que conduzam o desenvolvimento e dentro deste quadro resgatar aspectos relativos à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

A Convenção exorta para o que se chama de “arranjos colaborativos”, segundo o qual, as partes devem encorajar o desenvolvimento de parcerias entre o setor público e o privado, assim como com organizações sem fim lucrativo, no sentido de cooperar para o desenvolvimento de capacidades que protejam e promovam a diversidade das expressões culturais. Essas parcerias inovativas devem, de acordo com as necessidades práticas dos países em desenvolvimento, destacar o desenvolvimento de infraestrutura, recursos humanos e políticas, assim como o intercâmbio de atividades culturais, bens e serviços.

1.9 A Exigência Legal de Laudo Antropológico para Contratos com Comunidades Indígenas

A exigência de laudo antropológico decorre da prescrição presente nas resoluções do CGEN 06/03 e 12/04. Ambas dispõem que, para o acesso ao patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado junto a comunidades locais ou indígenas, deverá ser providenciado “laudo antropológico independente”, relativo ao acompanhamento do processo de anuência prévia.

Isso significa que:

1. O laudo antropológico será exigido para as negociações de acesso com comunidades indígenas ou comunidades locais.
2. O laudo antropológico deve verificar se houve acesso a conhecimento tradicional associado
3. O laudo antropológico será produzido durante o processo de negociação do Termo de Anuência Prévia.
4. Trata-se de uma obrigação decorrente de resolução.

Analisa-se as implicações de cada um desses itens.

A compreensão da exigência de laudo antropológico requer a identificação dos sujeitos que serão objeto do estudo exigido. Segundo o dispositivo das resoluções, serão as comunidades indígenas e locais. Quando o acesso ocorre junto a comunidades indígenas é também requerido, além do antropólogo que produzirá o laudo, o acompanhamento da autoridade indígena competente, acrescentando ao relacionamento outro sujeito de governo que deve auxiliar e avaliar a negociação. A participação da autoridade indígena auxilia inclusive no processo de identificação da comunidade indígena, sobretudo se o acesso não se der em terra indígena reconhecida.

O campo de maior penumbra encontra-se na identificação da “comunidade local”, cuja expressão é pouco precisa e remete à definição legal e esclarecimentos doutrinários. Entretanto, é esta expressão que deve ser usada pelo operador do direito, pois é ela que foi adotada pela Medida Provisória, coerentemente com o documento internacional que a inspirou – a Convenção sobre Diversidade Biológica.

1.9.1 O Laudo Antropológico Deve Verificar se Houve Acesso a Conhecimento Tradicional Associado

O acesso a recurso genético junto às comunidades indígenas ou locais será, na maior parte das vezes, acompanhado de acesso ao conhecimento tradicional associado ao recurso genético.

Conhecimento tradicional associado é definido pela Medida Provisória:

[...] informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético. (BRASIL, 2001, art. 7º, inciso II)

Cabe também trazer a definição do Conselho Internacional para a Ciência – ICSU, por que se mostra particularmente esclarecedor da diferença entre os saberes tradicionais e os científicos.

Conhecimento tradicional é um corpo cumulativo de conhecimento, saber-fazer, práticas e representações mantidas e desenvolvidas por pessoas com largas histórias de interação com o ambiente natural. Estes conjuntos sofisticados de compreensão, interpretação e significados são parte e parcela de um complexo cultural que engloba sistemas de linguagem, denominação e classificação, uso de recursos, práticas, rituais, espiritualidade e visão de mundo.

Há uma proteção diferenciada do conhecimento reconhecido como tradicional, a qual se justifica pela necessidade de compensação com a força legal do descompasso entre o poder do conhecimento tradicional e o científico. Essa quase que repentina atuação da lei em proteção dos conhecimentos tradicionais pode levar a afirmações de que ele gozaria de um status legal privilegiado em relação do conhecimento que esteja em domínio público, porém não oriundo de fontes tradicionais. Esse fato pode levar a interpretações tendenciosas e mesmo a arguições relativas a um descompasso moral entre a concepção de dois conhecimentos.

Todavia, o que não deve ser desprezado é a questão de como o conhecimento tradicional chega a cair em um pretenso “domínio público”. Assim se manifesta Graham Dutfield (DUTFIELD, 2002, p. 62-63):

Populações indígenas receberam por séculos abusos sobre seus direitos humanos mais básicos, e ainda tendem a ser politicamente, economicamente e socialmente marginalizados. Seria, entretanto, ingênuo supor que tenha sido alguma vez uma prática normal que seu conhecimento fosse colocado em domínio público e disseminado com seu consentimento prévio fundamentado e com respeito a suas leis costumeiras e regulações concernentes ao acesso, uso e distribuição

do conhecimento. Pode ser argüido de maneira plausível então que o não consentido estabelecimento do conhecimento em domínio público não exclui por si a legítima titularidade dos detentores e pode, de fato, violá-la.

Seguindo uma perspectiva ainda mais crítica, somos tentados a desenhar uma analogia entre a tomada do conhecimento tradicional indígena sem permissão e o patenteamento de invenções baseadas neste conhecimento, e reformulando seus territórios deslocando-os de seu território originário. Em cada caso, parece que territórios, ecossistemas, variedades de plantas (domesticadas ou não) e conhecimento tradicional são tratadas como se fossem ‘res nullius’ (propriedade de ninguém) antes de terem sido descobertos por exploradores, cientistas, governantes, corporações e organizações conservacionistas. Durante o período colonial, a ‘selva’ esparsamente povoada foi olhada como sendo para qualquer intenção legal e disponível a princípio para a colonização. [...] De acordo com esta visão, acesso aberto é a regra para terra, conhecimento tradicional e recursos, enquanto que anexação é a regra, tão logo estes tenham comprovado o seu valor econômico.

O reconhecimento legal de certa dívida no processo de apropriação do patrimônio imaterial de povos indígenas e comunidades locais implicou na definição de um terceiro tipo de conhecimento que não é nem privado, nem está em domínio público: o conhecimento tradicional. Sua natureza é coletiva, a princípio, tendo detentores identificáveis. Todavia, por ser produzido coletivamente e transmitido, predominantemente, na forma oral, há conhecimentos tradicionais que não podem mais ter identificados detentores específicos, posto que ganharam uma ampla divulgação na coletividade. São os conhecimentos tradicionais difusos.

1.9.2 O Laudo Antropológico Deverá ser Produzido Durante o Processo de Anuência Prévia

Para o processo de acesso com potencial ou perspectiva de uso comercial de patrimônio genético e/ou conhecimento

tradicional associado é requerida a assinatura do Termo de Anuência Prévia, com os sujeitos previstos pela Medida Provisória que regula o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado – as comunidades indígenas e locais. A razão da exigência deste documento, que deve ser anterior à realização de um contrato de acesso e repartição de benefícios, está na Convenção sobre Diversidade Biológica, a qual foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 2.519/98.

A Convenção prevê em seu artigo 15, 5:

“O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora destes recursos, a menos que de outra forma determinado por essa parte”. (BRASIL, 2004, art. 15, 5, grifos nossos)

No direito brasileiro, o Consentimento Prévio Fundamentado foi traduzido como Anuência Prévia de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, e sua exigência está prevista no artigo 16, § 9 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001:

A Autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após anuência prévia:

- I – da comunidade indígena envolvida [...]
- II – do órgão competente, [...]
- III – do titular da área privada;
- IV – do Conselho de Defesa Nacional [...]
- V – da autoridade Marítima.

Há uma falha na prescrição deste artigo que, diferentemente do disposto para o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (artigo 27), não traz explícita a comunidade local como sujeito anuente. A interpretação da Medida Provisória e da CDB, como já descrito

acima, impossibilita afirmar que a comunidade tenha sido excluída da exigência de anuência prévia, obrigando-nos a uma interpretação extensiva, que subentenda a comunidade local na previsão do titular da área.

De outro modo, não poderia ser, seja pela ideologia da Medida Provisória, seja pelo texto da CDB, norma interna no direito brasileiro, posto que a comunidade local encontra-se protegida do mesmo modo como a comunidade indígena pela previsão do consentimento prévio fundamentado para permitir o acesso.

Regulando o dispositivo sobre anuência prévia, destacam-se a Resolução n. 06/2003 (para o acesso ao conhecimento tradicional com potencial de uso comercial), a Resolução n. 09/2003 (para acesso ao componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, sem potencial de uso comercial) e a Resolução n. 12/2004 (para o acesso ao componente do patrimônio genético com finalidade de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico).

As três resoluções trazem as diretrizes de orientação do processo de obtenção de anuência prévia, ressaltando o fato de não serem exaustivas, posto que a legislação poderá prever outras exigências. São elas, de maneira resumida:

- I. Esclarecimento aos anuentes, em linguagem acessível, sobre o objetivo da pesquisa, a metodologia, a duração, o orçamento, os possíveis benefícios, fontes de financiamento do projeto, o uso que se pretende dar ao componente do patrimônio genético a ser acessado, a área geográfica abrangida pelo projeto e as comunidades envolvidas.

- II. Esclarecimento sobre os impactos ambientais, sociais e culturais decorrentes do projeto, os direitos e responsabilidades de cada uma das partes.
- III. Respeito às formas de organização social.
- IV. Estabelecimento sobre as formas de repartição de benefício.
- V. Garantia de respeito ao direito da comunidade de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, durante o processo de obtenção da anuência prévia.
- VI. Provisão de apoio científico, lingüístico, técnico e/ou jurídico independente à comunidade, durante todo o processo de consulta, sempre que solicitado.

1.9.2.1 Orientação Internacional para Anuência Prévia

A CDB identificou três princípios orientadores na elaboração de políticas adequadas e efetivas de consentimento prévio informado para comunidades locais e tradicionais.

Os detentores de conhecimento tradicional devem (1) sentir-se seguros em acordos envolvendo direitos de posse relativos às terras, florestas e águas marinhas /internas de sua propriedade; (2) sentir-se seguros de que foi conferida a eles a mesma situação dos demais membros da parceria; e (3) estar convencidos da existência de um objetivo comum, compatível com seus valores culturais e ecológicos. (LIMA; BENSUSAN, 2003, p. 28)

No âmbito internacional, a decisão VII/16 da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, a qual o Brasil está vinculado, ocorrida em Kuala Lumpur, Malásia em fevereiro de 2004, traz decisões para implementação do artigo 8 (j) da CDB. Nesse documento, existem elementos de um plano de ação para retenção do conhecimento tradicional, inovações

e práticas de comunidades indígenas e locais para incorporação (*embodying*) do modo de vida tradicional relevante para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica. São eles:

- I - Processo de monitoramento e acompanhamento;
- II - Desenvolvimento de indicadores para avaliar o sucesso ou fracasso das medidas para promover ou preservar o conhecimento tradicional;
- III - Pesquisa ética para desenvolver código de ética ou conduta para orientar relações. Partes, Governos, organizações internacionais, instituições de pesquisa e negócios devem respeitar e promover os códigos de ética existentes e facilitarem o desenvolvimento de outros códigos pelas comunidades indígenas e locais onde não existir.
- IV - Pesquisa e implementação de mecanismos e medidas destinadas a sublinhar causas do declínio do conhecimento tradicional, práticas e inovações.
- V - A legislação de proteção e promoção do uso do conhecimento tradicional inovações e práticas deve ser consistente com as necessidades e objetivos das comunidades indígenas e locais, inclusiva e efetiva.
- VI - As partes devem desenvolver medidas e mecanismos para mitigar as conseqüências das ações que diminuam o conhecimento tradicional fortalecendo modos de vida tradicionais relevantes para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica.
- VII - As partes e os governos e organizações relevantes devem facilitar a atuação das estruturas organizacionais indígenas e de representação das comunidades locais existentes.
- VIII - As partes, governos e os relevantes *stakeholders* devem ser encorajados a aprender sobre conhecimento, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais fortalecendo os modos de vida relevantes para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica e incorpora-lo no processo de tomada de decisão. (BRASIL, 1992)

Além disso, essa decisão contém o imperativo de “[...] integração das avaliações de impacto cultural, ambiental e social, como um único processo [...]”, trazendo os elementos de sua elaboração.

No que concerne à avaliação dos impactos culturais, o escopo passa pela análise dos seguintes elementos:

- impactos possíveis sobre a continuação do uso costumeiro dos recursos biológicos;
- impactos possíveis sobre o respeito, preservação, proteção e manutenção do conhecimento tradicional, práticas e inovações;
- protocolos;
- impactos possíveis sobre sítios sagrados e sobre atividades rituais associadas;
- respeito pela necessidade da privacidade cultural; e
- possíveis impactos sobre o exercício das normas costumeiras.

Para finalizar, essa decisão vincula todos os procedimentos para a obtenção do Consentimento Prévio Fundamentado.

É relevante a explanação dessa decisão, uma vez que dela devem derivar as normas de direito interno. Assim, os passos a serem seguidos no processo interno de Anuência Prévia, estão detalhados nos tópicos da decisão acima descrita. Dessa exigência complexa e detalhada sobreveio a imposição do acompanhamento do laudo antropológico, uma vez que somente um especialista poderia com segurança orientar a identificação dos sujeitos assim como os passos que são requeridos no Consentimento Prévio ou Anuência Prévia.

1.9.3 A Importância do Laudo Antropológico

A ação do antropólogo está voltada à identificação e estudo de culturas, como já ensina o pai da antropologia, Claude Lévi-Strauss:

É preciso visar inicialmente o coração de cada cultura e, para cada cultura, buscar atingir o que lhe é próprio: mitos, ritos, linguagem, ou seja, aqueles domínios onde as oposições são ao mesmo tempo isoláveis e inconscientes. (LEVI-STRAUSS, 1986, p. 33)

Se a empresa interessada na obtenção do acesso deve identificar as comunidades locais pelo seu modo de vida tradicional; se cabe a elas avaliar impactos, possibilitar o devido esclarecimento e satisfação dessas comunidades, não poderia ela furtar-se do acompanhamento do profissional dedicado ao relacionamento e à investigação das culturas diversas, para segurança das comunidades e da empresa.

Na relação de acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade está-se diante da relação com o outro, cuja diferença é determinada pela cultura. A dimensão e os matizes dessa diferença devem ser determinados, assim como deve ser auxiliada a comunicação.

Para que o termo de anuência prévia – TAP – previsto na norma brasileira reflita exatamente o Consentimento Prévio Fundamentado requerido pela Convenção sobre Diversidade Biológica, é necessário que se demonstre que a comunidade tenha sido devidamente informada, que ela tenha tido condições de apreender as dimensões da transação e ter tido ampla condição de se manifestar. A presença de um especialista nas formas de entendimento das comunidades envolvidas é fundamental para esta constatação. A presença do antropólogo impõe-se para uma tradução que permita “[...] criar inteligibilidades mútuas e articular diferenças e equivalências entre experiências, culturas, formas de opressão e de resistência [...]”, nas palavras de Souza Santos. (SOUZA SANTOS, 2003, p. 26)

Vive-se em um país calcado no multiculturalismo, com uma cultura hegemônica ocidental voltada à produção industrial.

Para viabilizar a manutenção de culturas distintas, valorizando o contato entre elas, evitando a dominação da cultura hegemônica que levaria à extinção as demais, formas de contato e negociação são previamente estabelecidas para o diálogo intercultural, com o reconhecimento da diferença, fazendo valer o direito à diferença e a coexistência ou construção de uma vida em comum além das diferenças.

1.9.4 O Laudo Antropológico é uma Obrigação Decorrente de Resolução

A exigência de laudo antropológico é perfeitamente condizente com o sistema legal, posto que a obrigação de sua elaboração não está desvinculada dos objetivos e obrigações já estabelecidas pela Medida Provisória n. 2.186/2001. O laudo antropológico, na destinação que lhe é conferida, é um instrumento de efetivação do Termo de Anuência Prévia e da devida Repartição de Benefícios. É, portanto, uma obrigação que decorre de lei, muito embora não esteja prevista textualmente na lei. A resolução como norma regulamentadora da prescrição legal, e que busca a efetividade da lei criando instrumentos para sua devida realização, cumpre seu papel, não extrapola sua competência ao exigir “laudo antropológico” para os sujeitos e as situações já identificados.

1.9.5 A Relação Empresa e Antropólogo

Pelo exposto, deve-se verificar que o antropólogo é um profissional interlocutor da relação estabelecida entre empresa e comunidade. Seu trabalho inicia-se com a identificação da comunidade, verificando se é uma comunidade que observa modos de vida tradicionais, se é efetivamente detentora do conhecimento tradicional que a empresa quer acessar.

Em um momento posterior, o antropólogo deve ser apto a estabelecer uma relação de confiança, inclusive com a comunidade, porque deverá obter dela informações para elaboração de seu laudo e estar preparado para intervir no processo de negociação facilitando a comunicação e sendo capaz de atestar com honestidade a lisura deste processo.

Para isso, é importante que este profissional tenha o respeito necessário e mostrar-se imparcial, pois não é ele um defensor dos interesses da empresa. Sua atuação profissional deve ser desvinculada dos interesses da empresa que o contratou, todavia, deve ser vinculada ao interesse comum da empresa e da comunidade para facilitar a comunicação entre ambas.

O laudo antropológico deve ser um instrumento de diminuição do risco do relacionamento e da negociação entre empresa e comunidade. Em primeiro lugar, porque, com a presença deste profissional, a empresa terá uma apreciação inicial se os sujeitos com quem irá negociar são propriamente comunidades com modo de vida tradicional, ou não. Em segundo lugar, o antropólogo será um condutor e um legitimador do processo de anuência prévia, evitando que seja este posteriormente contestado pela comunidade por motivo de falta de interlocução ou qualquer outro vício na negociação.

1.10 Comunidades Locais, Comunidades Tradicionais

A disciplina jurídica da relação entre empresa e comunidades locais e indígenas origina-se da Convenção sobre Diversidade Biológica, artigo 8. (J), que externa a preocupação internacional em regular o intercâmbio de conhecimento, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais relevantes para a conservação e uso sustentável da biodiversidade .

O artigo 8 (j), da CDB dispõe que os Estados devem:

Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas. (BRASIL, 1992)

Nesse dispositivo, a Convenção sobre Diversidade Biológica, ao afirmar a proteção de conhecimentos tradicionais, apresenta como detentores os sujeitos designados por “comunidades indígenas” e “comunidades locais”. Com essas expressões, a CDB desagradou aos povos indígenas e tornou a expressão mais imprecisa, ao optar pelo qualificativo “local” ao invés de “tradicional”.

1.10.1 Legislação Brasileira

O fato é que, seguindo a nomenclatura internacional, a Medida Provisória n. 2.186/2001, coerentemente, traz para a legislação brasileira a expressão “comunidades locais”, criando no direito interno uma dupla designação, posto que a lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, Lei n. 9.985/2000, portanto anterior à Medida Provisória, já trazia a expressão “populações tradicionais”, designando os mesmos sujeitos. Todavia, a definição de “populações tradicionais” nesta lei foi vetada, sob a justificativa de que o texto era excessivamente amplo. Então, o direito brasileiro ficou com a expressão “populações tradicionais” sem uma definição legal e agregou a expressão comunidades locais, definida pela Medida Provisória. O resultado no sistema jurídico brasileiro foi a validade de duas expressões distintas, apenas uma sendo definida, impondo à interpretação realizar a relação entre elas.

A interpretação extensiva e analógica conduz à adoção da definição de “comunidade local”, apresentada pela Medida Provisória sobre acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, para a expressão “populações tradicionais”, posto que, na realidade, a *mens legis* refere-se aos mesmos sujeitos concretos.

A Medida Provisória n. 2.186/2001 define “comunidade local” como:

Grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades quilombolas, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas. (BRASIL, 2001)

Apenas a título de lembrança, deve-se mencionar a Portaria n. 22/1992, do IBAMA, que criou o Centro Nacional do Desenvolvimento Sustentado das Populações Tradicionais, e estabeleceu a seguinte definição para as populações tradicionais: “[...] comunidades que tradicional e culturalmente têm sua subsistência baseada no extrativismo de bens naturais renováveis”. (BRASIL, 1992)

Essa definição deve ser vista com muita reserva, posto que é tão ampla e imprecisa que não é suficiente para identificar um grupo que por seu modo de vida se diferencia e passa a ser depositário de direitos e obrigações especiais em relação ao seu conhecimento sobre a biodiversidade.

De fato, a qualificação da comunidade como “local” não traduz o sujeito buscado, tanto pela Convenção da Biodiversidade como pela Medida Provisória. Além de estarem fixadas em um local, essas comunidades devem ter características especiais de modo de vida, como vem esclarecer as definições dos antropólogos relacionadas a seguir.

Manuela Carneiro da Cunha e Mauro de Almeida trazem as seguintes características para as populações tradicionais:

[...] uso de técnicas ambientais de baixo impacto, formas equitativas de organização social, presença de instituições com legitimidade para fazer cumprir suas leis, liderança local e, por fim, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados. (SANTILLI, 2005, p. 129)

Diegues e Arruda propõem a seguinte definição de “populações tradicionais”:

Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos. (SANTILLI, 2005, p. 132)

Nesse mesmo sentido, Diegues esclarece que

[...] as populações tradicionais não só convivem com a biodiversidade, mas nomeiam e classificam as espécies vivas segundo suas próprias categorias e nomes. Uma particularidade, no entanto, é que essa natureza diversa não é vista pelas comunidades tradicionais como selvagem em sua totalidade; foi e é domesticada, manipulada. Outra diferença é que essa diversidade da vida não é tida como recurso natural, mas como um conjunto de seres vivos detentor de um valor de uso e de um valor simbólico, integrado numa complexa cosmologia. (DIEGUES, 2003, p. 33)

Os esclarecimentos destes antropólogos brasileiros auxiliam a interpretar a definição legal e a identificar os grupos humanos que nela se enquadram. Não basta que a comunidade encontre-se em um local fixado pelo seu trabalho ou estrutura familiar, é necessário que traga marcas claras no

seu modo de vida resumidas em: 1. posse comunal ou familiar da terra; 2. produção voltada predominantemente para dentro da comunidade; 3. distribuição comunitária do trabalho não assalariado; 4. tecnologia desenvolvida e transmitida por processo comunitário, a partir da disposição de adaptação ao meio em que se estabelecem; 5. transmissão da propriedade, conhecimento, pela tradição comunitária, intergeracional.

Cabe trazer também a posição do estudo organizado pelo Ministério do Meio Ambiente, que por sua autoridade política deve orientar nossa reflexão:

Alguns autores como Darcy Ribeiro (1977), Manuel Diegues Jr. (1960) Alceu Maynard de Araújo (1973), tentaram uma ordenação das populações tradicionais não-indígenas de acordo com o conceito de áreas culturais. Este trabalho, apesar de fundamentado nos autores citados, adota enfoque mais operacional, utilizando também denominações que constam dos trabalhos analisados. Portanto, estão caracterizadas aqui as seguintes populações tradicionais não indígenas: açorianos, babaçueiros, caboclos/ribeirinhos amazônicos, caiçaras, caipiras/sitiantes, campeiros (pastoreio), jangadeiros, pantaneiros, pescadores artesanais, praieiros, quilombolas, sertanejos/vaqueiros e varjeiros (ribeirinhos não-amazônicos). (DIEGUES, 2003, p. 38)

Desse quadro, pequenos agricultores, assentados, cooperados agrícolas, pequenos mercadores e comerciantes que estejam desvinculados da cadeia existencial apresentada acima, não podem ser considerados “comunidades locais” e, portanto, para a negociação de acesso com estes sujeitos, não poderá ser exigida a elaboração de laudo antropológico.

2 União Como Parte no Contrato – Provedor

A Administração Pública, quando parte do CURB, é “contratada”. Essa posição é aplicada para a Administração

Pública direta, assim como para entidades da administração indireta, como o IBAMA, uma autarquia.

Os modelos apresentados no *site* do CGEN, para o caso em que a União for uma das partes, apresentam a União como contratante, o que, de fato e de forma, configura uma inversão do contrato, modificando sua natureza de ser um instrumento de que se vale o interessado no acesso ao recurso genético de negociar a repartição de benefícios com os provedores.

Não se trata de uma questão meramente formal, mas de precisão contratual em termos de direitos e obrigações, e de respeito à Medida Provisória n. 2.186-16/2001.

Dispõe a Medida Provisória n. 2.186-16/2001 que o contrato deve ser realizado entre autorizados a acessar o recurso genético e aqueles a quem esta norma determinou o direito de dar a anuência prévia para que o acesso seja realizado.

Assim, pode-se observar:

O artigo 16:

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 previa autorização, na forma desta Medida Provisória.
[...]

§ 4º. Quando houver perspectiva de uso comercial, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético, em condições *in situ*, e ao conhecimento tradicional associado só poderá ocorrer após assinatura de contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

[...]

§ 9º. A autorização de Acesso e de Remessa dar-se-a após anuência prévia:

- I da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena;
- II do órgão competente, quando o acesso ocorrer em área protegida,
- III do titular da área privada, quando o acesso nela ocorrer,
- IV do Conselho de Defesa Nacional quando o acesso se der em área indispensável à segurança nacional;
- V da autoridade marítima, quando o acesso se der em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva. (BRASIL, 2001)

Vê-se que a União é uma das partes possíveis com quem será realizado o contrato. E será, portanto, contratada. Não há motivação jurídica para que esta situação seja invertida. Nem a legislação, nem a doutrina o proíbe.

A União não é contratante em CURB porque não oferece o “acesso ao patrimônio genético”. O acesso é requerido pela entidade interessada na bioprospeção, mediante a oferta de repartição de benefícios.

2.1 Contratos com a Administração Pública e CURB

A doutrina nos esclarece que os contratos realizados com a administração pública podem ser aqueles tipicamente administrativos e os que têm paralelo com o direito privado.

Conforme já introduzimos adrede, não estamos diante de contrato administrativo. Trata-se de um contrato em que a administração pública pode vir a ser a destinatária da oferta, tomando um lugar que pode ser ocupado por sujeitos de direito privado. Se o contrato de CURB tivesse natureza jurídica de contrato administrativo, somente o ente público poderia figurar como parte do contrato. O que não é o caso. A Medida Provisória é clara ao dizer que o que caracteriza a parte contratada no contrato é o fato de ser o detentor da área. Portanto, a natureza jurídica do contrato é de ordem privada, não pública, pois o

vínculo contratual se estabelece em razão do domínio da área onde ocorre o acesso.

No caso de contratos administrativos, são as partes, necessariamente e sempre, de um lado, a Administração Pública, chamada nos termos do artigo 6º, XIV, da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração pública, de contratante, e de outro o particular, denominado, conforme indicado no inciso XV do mesmo dispositivo desse diploma legal, contratado. (GASPARINI, 2008, p. 528)

Ocorre que a Medida Provisória, em seu parágrafo único do artigo 28, dispõe que: “Quando a União for parte, o contrato... rege-se pelo regime jurídico de direito público”. (BRASIL, 2001)

O regime de direito público implica na observância dos princípios do direito público, inclusive o da supremacia do interesse público. Todavia, isso não é o mesmo que impor o dever de ajustar-se à lei de licitações. Para que isso fosse feito deveria haver disposição expressa na Medida Provisória ou o teor do CURB enquadrar-se em alguma das hipóteses previstas na Lei n. 8.666/86.

Ademais, se ainda se quisesse colocar o CURB sob a égide da Lei de Licitações, não faria sentido o caput do referido artigo 28 que traz expressamente as cláusulas essenciais do CURB, o que não seria necessário para um contrato administrativo, cuja estrutura e procedimento são dados pela Lei n. 8.666/86.

Reiterando, no caso do CURB, a União aparece como provedora de recurso genético, da mesma forma que poderia ser o detentor da área privada, a comunidade indígena ou tradicional.

Esses argumentos são suficientes para excluí-lo do rol dos contratos administrativos que estão sob o regime jurídico publicístico, e sob a tutela da Lei n. 8.666, posto que, segundo

Maria Sylvia Zanella de Pietro, deveriam conter as seguintes características (ZANELA DI PIETRO, 2001, p. 242):

1. presença da Administração Pública como poder público;
2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.

Contrapondo os elementos caracterizadores do contrato administrativo ao CURB, se faz as seguintes correções, item por item:

1. A administração pública quando parte, é provedora de recurso genético por ser detentora da área em que se dá o acesso.

2. A finalidade do contrato é pública, em função do objeto ser um bem ambiental, e para isto existe a supervisão do CGEN.

3. A forma é prescrita pela Medida Provisória n. 2.186-16/86, em função do objeto acessado, que traz requisitos especiais para remuneração do interessado, devido regulação internacional sobre o tema (Convenção sobre Diversidade Biológica).

4. O procedimento está definido na Medida Provisória, destacando-se a participação do CGEN, tornando-o um contrato *sui generis*, sejam os provedores a administração pública ou sujeitos de direito privado.

5. O contrato é negociado com as partes envolvidas. No caso do acesso ocorrer em unidade de conservação de uso sustentável, a negociação deverá ocorrer inclusive com a

comunidade provedora de conhecimento tradicional, muito embora a administração pública seja a signatária.

6. Pelo fato da presença da União como parte estar condicionada ao local do acesso do recurso genético, descaracteriza-se o *intuitu personae* do contrato, em que a administração é contratada e não contratante.

7. As cláusulas do contrato são quase que absolutamente de natureza privada, conforme a letra do artigo 28 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001.

8. Não é facultado à União, quando parte do CURB, revisar unilateralmente o contrato, pois, pelos fatos acima elencados, não há natureza de contrato administrativo nesta relação contratual em que a administração pública faça parte.

Pelo exposto, o CURB não é uma espécie de contrato administrativo, não recebe tratamento da Lei n. 8.666/86. Entretanto está submetido a um regime jurídico de direito público no que concerne ao respeito aos princípios do direito administrativo e à destinação do benefício monetário que venha a ser percebido pela administração pública.

CAPÍTULO V

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS ARTIGOS 26 E 34 DA MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.186-16/2001

1 O Decreto como Condição para Aplicação dos Artigos 26 e 34

Decreto é um ato do poder executivo central e decorre de uma lei ou da Constituição. Daí a afirmação de que é uma norma jurídica secundária, porque sua existência vincula-se a uma lei que lhe atribui a medida de seu conteúdo. Tratando-se da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético e à proteção; o acesso ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios; e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, artigos 26 e 34, há possibilidade de que um decreto venha especificar os termos dos referidos artigos, indicando procedimentos e forma de aplicação. Portanto, as matérias tratadas pelos artigos 26 e 34 da referida Medida Provisória podem ser objeto de regulamentação por Decreto.

É o texto do artigo 26:

A exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, sujeitará o infrator ao pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, vinte por cento do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de royalties obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou do uso da tecnologia, protegidos ou não por propriedade intelectual, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis. (BRASIL, 2001)

É o texto do artigo 34:

A pessoa que utiliza ou explora economicamente componentes do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado deverá adequar suas atividades às normas desta Medida Provisória e do seu regulamento. (BRASIL, 2001)

Quando a Medida Provisória, em seu capítulo de disposições finais, prescreve a obrigação transcrita no artigo 34, ela textualmente remete o desmembrar das obrigações dos sujeitos que “[...] utilizam ou exploram economicamente componentes do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado [...]” a uma norma futura a ser emanada pelo executivo federal. (BRASIL, 2001)

O executivo pode, no exercício de sua função administrativa e executiva, realizar diferentes atos regulamentares, porém é o decreto, e apenas ele, o instrumento legal apropriado para especificar as obrigações legais. Portanto, o ato normativo regulamentar apropriado para definir as condutas e procedimentos necessários ao cumprimento do preceito do artigo 34, complementando os comandos da Medida Provisória n. 2.186/2001 é exclusivamente o decreto. Assim, se posiciona a mais autorizada doutrina administrativa:

Regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público. Eles são emanados pelo poder Executivo, mediante decreto. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 342)

Em outra definição mais extensa, regulamento é conceituado por Diógenes Gasparini como:

Ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar. Pode, em nosso ordenamento, ser definido como o ato administrativo

normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la. (GASPARINI, 2008, p. 124)

Devido a essa estrita vinculação entre ato do poder legislativo (lei) e desdobramento pelo poder executivo central (decreto), Gasparini entende que o direito positivo brasileiro só admite o regulamento destinado à fiel execução da lei, consoante prescreve o inciso IV do artigo 84 da CF.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. (BRASIL, 1988)

Os decretos são, segundo a classificação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

[...] emanados pelo Executivo, em razão de habilitação legislativa, que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 362)

Precisa o mesmo autor que:

Não se trata de delegação de poderes, mas autorização para completar os contornos da lei, desenvolvendo-a dentro da órbita circunscrita, em matéria pertinente à atividade da Administração Pública. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 362)

De certo modo, portanto, os dispositivos complementares, em desenvolvimento, estão virtualmente contidos na lei de habilitação, embora tenham a força de alterar a ordem jurídica anterior. (GASPARINI, 2008, p. 347)

Trazendo esses ensinamentos para o caso concreto, há de se verificar que a disposição contida no artigo 34 da

Medida Provisória referida traz uma atribuição ao poder executivo, em sua atividade regulamentar, para definir normas de adequação das atividades dos sujeitos que utilizam o patrimônio genético e o conhecimento tradicional associado para finalidades econômicas.

Deve, portanto, o Executivo central tomar a norma do artigo 34 da Medida Provisória e dispor adequadamente sobre sua consolidação com específicos deveres ao destinatário da norma legal, sem o que fica suspensa a efetividade do texto do artigo 34 da Medida Provisória, condicionado à promulgação do devido decreto.

A partir do exposto, vale ressaltar que não compete aos órgãos da administração direta o desenvolvimento de normas legais, especificando procedimentos, deveres e obrigações ao particular, posto que a atribuição do poder regulamentar para entes da administração pública somente seria legal se expressamente previsto pela lei, ou por Medida Provisória que, no caso, adquiriu *status* de texto produzido pelo legislativo.

O órgão da administração direta destinado a administrar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado foi previsto pela Medida Provisória n. 2.186-16/2001. Trata-se do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, cujas competências, poderes e limites de atuação são previstos pelos artigos transcritos a seguir:

Art. 6 A qualquer tempo, existindo evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, decorrente de atividades praticadas na forma desta Medida Provisória, o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, previsto no art. 10, com base em critérios e parecer técnico, determinará medidas destinadas a impedir o dano, podendo, inclusive, sustar a atividade, respeitada a competência do órgão responsável pela biossegurança de organismos geneticamente modificados.

Art. 10. Fica criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, de caráter deliberativo e normativo, composto de representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Medida Provisória.

Art. 11. Compete ao Conselho de Gestão:

I – coordenar a implementação de políticas para a gestão do patrimônio genético;

II – estabelecer:

a) normas técnicas;

b) critérios para as autorizações de acesso e de remessa;

c) diretrizes para elaboração do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

d) critérios para a criação de base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado;

III – acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado;

IV – deliberar sobre:

a) autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético, mediante anuência prévia de seu titular;

b) autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular;

c) autorização especial de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;

d) autorização especial de acesso a conhecimento tradicional associado à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;

e) credenciamento de instituição pública nacional de pesquisa e desenvolvimento ou de instituição pública federal de gestão para autorizar outra instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins:

1. a acessar amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado;
 2. a remeter amostra de componente do patrimônio genético para instituição nacional, pública ou privada, ou para instituição sediada no exterior;
- f) credenciamento de instituição pública nacional para ser fiel depositária de amostra de componente do patrimônio genético;
- V – dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios quanto ao atendimento dos requisitos previstos nesta Medida Provisória e no seu regulamento;
- VI – promover debates e consultas públicas sobre os temas de que trata esta Medida Provisória;
- VII – funcionar como instância superior de recurso em relação a decisão de instituição credenciada e dos atos decorrentes da aplicação desta Medida Provisória;
- VIII – aprovar seu regimento interno. (BRASIL, 2001)

São verdadeiramente amplas as funções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), porém, em nenhum momento, é autorizado a ele regulamentar dispositivo da Medida Provisória relacionado ao não cumprimento de seu texto. Pois, muito embora a Medida Provisória trate da atribuição de um poder normativo ao CGEN, esse poder regulamentar não pode usurpar a função do decreto, constitucionalmente prevista. (BRASIL, 1988, art. 84, IV)

Portanto, sem a existência de um decreto que implemente o texto do artigo 34, não se pode permitir que o CGEN exerça qualquer função repressiva no que tange à ação espelhada no texto do artigo 34. Isto é, o CGEN pode aplicar penalidades pelo não atendimento às suas normas técnicas e procedimentais que a ele cabe elaborar segundo texto da Medida Provisória de determinação de competências apresentadas acima. Todavia, não compete a ele reprimir ações dos sujeitos que “[...] explorem economicamente o produto e processo de amostra do componente do patrimônio genético ou de conhecimento

tradicional associado [...]”, em desacordo com as disposições da Medida Provisória, porque isto cabe ao regulamento da Medida Provisória, que deverá ser emanado na forma de um Decreto específico. (BRASIL, 2001)

Nesse sentido, é clara a lição de Gasparini (2008) quando diz que a atribuição regulamentar sofre três ordens de limites: formais, legais e constitucionais. São formais, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização, pois o regulamento, conforme prescrito no artigo 84, IV da CF há de ser manifestado mediante decreto. A portaria se utilizada para exteriorizar o regulamento, seria um veículo ilegal. São legais os que se relacionam com o extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei). Dispôs-se por regulamento, mais do que a lei permite. São constitucionais que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamento, quando a Constituição de República exige lei). A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal. (GASPARINI, 2008, p. 123)

Concluindo, até que haja a devida edição de decreto regulamentador do artigo 34 e especificador das condutas esboçadas no artigo 26, não é possível buscar a aplicação de penalidades que genericamente estão definidas por estas normas. É necessário que, além da vigência, essas normas gozem de eficácia, como se verá a seguir.

2 Aplicação da Lei e Vinculação da Administração Pública

O direito administrativo é para Giannini um “sistema”. A norma que emana da administração constitui um conjunto orgânico.

Todavia, o sistema de normas de direito administrativo, embora tenha princípios e conceitos próprios, está inscrito no ordenamento geral. Os princípios e conceitos peculiares do direito administrativo, como a hierarquia, imperatividade, executoriedade, se juntam aos outros cânones gerais próprios do direito privado, como a correção, a responsabilidade pelo ilícito, o vínculo da obrigação contratual. (CASSESE, 1994, p. 64)

Relações de direito administrativo compõem a formação de relações privadas e vai se formando um direito unitário. Esta situação impõe um ponderamento dos atos administrativos que não devem ignorar os seus efeitos por sobre as relações privadas preestabelecidas.

Com isso se quer exprimir que, embora muitas das normas emanadas pela administração sejam de ordem pública, seus efeitos não podem desestruturar o sistema jurídico vigente, suplantando seus princípios e sobretudo, atacando garantias e direitos fundamentais.

O direito protege interesses que são legitimamente constituídos. Sua função precípua é de constituir a ordem social pela garantia de previsibilidade e certeza de seus pressupostos. Antijurídica é a norma que desestabiliza, cria incertezas por ser antinômica perante o sistema vigente.

A asserção, dentro de um mesmo sistema, de uma proposição e de sua negação, ao tornar manifesta uma contradição que ele contém, torna o sistema incoerente e, com isso, inutilizável. Trazer a lume a incoerência de um conjunto de proposições, é expô-lo a uma condenação inapelável, é obrigar quem não quer ser qualificado de absurdo a renunciar pelo menos a certos elementos do sistema. (PERELMAN, 1996, p. 221)

Para que não haja antinomias e o sistema seja um integrado coerente, é necessário, sobretudo, que as normas de conduta

tenham um correspondente fático claro e objetivo, orientando o sujeito na realização de sua conduta.

Texto normativo e caso concreto não são pontos isolados da produção da norma, mas estão interligados integralmente na sua produção. Não é o texto normativo com o caso concreto, mas também este com o texto normativo que deve ser conciliado. (MÜLLER, 2002, p. 300)

Esses dizeres nos traz a necessidade de que, para haver a constatação de um ato antijurídico é necessária uma obrigação especificada em lei. Não é possível que a relação texto e caso seja realizada, se o texto não configure uma obrigação a que se possa traçar uma identidade com o caso concreto.

Deve haver uma relação objetiva entre norma jurídica e a parcela da realidade que ela quer normatizar. Se esta relação não é estabelecida claramente, não há suporte fático na norma e, portanto, torna-se impossível a imposição de penalidade ao seu descumprimento¹.

Para que o preceito do artigo 26 produza efeitos, é necessário que seu sentido em relação às condutas de fato seja lógico, completo. O conteúdo deste artigo deve estar bem claro, para que a conduta descumpridora do preceito seja detectada e a aplicação da responsabilidade seja requerida de maneira objetiva e específica em relação ao agente e sua conduta.

¹ Exemplificando a exposição teórica acima, tomemos a minuta de decreto que se encontra até o momento na Casa Civil e que procura regulamentar os artigos 26 e 34 da Medida Provisória, em seu artigo 3º, prescreve:

“A exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, acessada em desacordo com as disposições da Medida Provisória n. 2.186-16, de 2001, sujeitará o infrator ao pagamento de indenização”.

Qual seria o ilícito tipificado? Segundo o texto, seria realizar a exploração “em desacordo com as disposições da Medida Provisória”. Quais das disposições seriam estas? Supõe-se, necessariamente, que seriam disposições que estabelecessem normas de conduta aos sujeitos que realizarão tal exploração.

Em outras palavras, além da validade formal, existe um campo de validade objetivo (material) da norma, sem o qual ela também não tem condições de ser aplicada. Isto é, sem que haja uma disposição clara e nítida da obrigação (direito positivo), a obrigação não tem cogência.

Para uma lei ser obrigatória, não basta sua mera existência na forma de prescrição seguida de sanção. A prescrição deve estar plenamente relacionada com o fato a que se refere, de maneira clara e objetiva, para que a legalidade não seja um abuso de poder.

Assim,

[...] se a própria lei determinar a sua regulamentação, ou esta for necessária, apesar de não determinada expressamente pela lei, o início da vigência desta dependerá da publicação do respectivo regulamento, razão pela qual o legislador frequentemente estabelece, na lei, um prazo para a elaboração e promulgação destas normas jurídicas secundárias.. (MÜLLER, 2002, p. 300)

Em conclusão, o artigo 26, assim como toda a Medida Provisória, obriga na medida da clareza e objetividade de suas normas de conduta para o sujeito destinatário. As normas que expressamente ou tacitamente requerem regulamentação, não têm validade material, ou, em outras palavras, possuem eficácia condicionada a regulamento competente. Nesse espaço obrigacional, não é dado ao setor privado disciplinar aleatoriamente normas divergentes à disposição legal, por se tratar de normas de ordem pública. A continuidade das ações privadas no campo objeto da Medida Provisória n. 2.186/2001, que não foram legalmente regulamentadas, não significa descumprimento legal, nem tampouco, derrogação privada da norma, mas, simplesmente, continuidade de uma atividade lícita, no período que aguarda a validade objetiva da norma publicada e que deve ter as obrigações detalhadas e as sanções especificadas.

A leitura do artigo 26, portanto, é aplicável na medida das regulamentações existentes para a ação a que visa impor indenização. Não se sujeita à sanção prevista pelo referido artigo, a conduta não especificamente proibida pelo texto legal e/ou não devidamente regulamentada pelo texto infralegal competente.

3 Vigência e Eficácia da Lei

Em geral, a norma jurídica somente perde o vigor quando outra norma vem tolher-lhe a eficácia expressa ou tacitamente. Por outro lado, há normas jurídicas que apenas entram em vigor, quanto à outra norma jurídica vem lhe dar eficácia.

As normas jurídicas podem expressar comando de ação ou proibição. Os efeitos jurídicos decorrentes da transgressão podem ser uma pena ou o dever de recompor e indenizar. Estes deveres não surgem da observância da norma, mas de sua transgressão.

Uma norma tem vigência logo que formalmente válida, porém sua eficácia será variável. Para prescrições de comando de ação, a norma apenas terá eficácia repressora, isto é, só será aplicada contra os transgressores, quando for dotada de sanção (SANTIAGO DANTAS, 1945, p. 109). Do contrário, sua eficácia restringe-se à aplicação positiva, mas nada pode contra sua transgressão.

Iniciado o fato, sobrevindo regulamento estipulador de sanção, esta não poderá ser aplicada em eventos ocorridos no tempo anterior de sua edição. A lei só existe para o presente e futuro, jamais retorna ao passado.

As relações privadas e mesmo públicas desenvolvidas sob a égide da Medida Provisória n. 2.186/2001 têm uma ordem,

qualquer complementação ou regulamentação alterará as expectativas e os eventos produzidos até então. Esses efeitos devem ser posteriores. Nem os homens, nem suas produções (normas jurídicas) podem retornar no tempo. É preciso curvar-se à humanidade e à humanidade de nossas obras.

As novas normas relativas aos modos de constituição ou extinção das situações jurídicas não devem atingir a validade ou invalidade dos fatos passados, que se constituíram ou extinguíram, de conformidade com as normas então em vigor.

“Ninguém pode ser julgado e punido senão em virtude de uma lei promulgada e publicada anteriormente ao fato punível”. (RIPERT, 1955, p. 323)

Não se pode surpreender o sujeito com penalidades por seus atos passados que não existiam no momento de sua realização. De fato, *ad argumentandum*, dir-se-ia que existe uma previsão genérica de possibilidade de sanção, e que isto informaria ao sujeito privado que certos atos seus poderiam ter consequências repressivas. Contra este argumento, basta a interpretação do artigo 5º da Constituição da República: artigo 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Penalidades, sejam elas de que natureza forem (administrativas, civis ou penais), não podem ser definidas posteriormente à ação. Além disto, sua definição deve ser feita por lei, cabendo ao decreto estipular os procedimentos de sua aplicação.

As normas dos artigos 26 e 34 são normas não autônomas (KELSEN, 1987), por que dependentes de especificação de condutas, procedimentos e individualização de sanção.

Segundo Kelsen (1987, p. 229), uma norma jurídica sem sanção é uma norma sem eficácia.

A lei nova, ao entrar em vigor, encontra diferentes tipos de situações jurídicas, que assim se agrupam; a) situações jurídicas iniciadas e findas antes da data de início de sua vigência; b) situações jurídicas pretéritas, integralmente consumadas; c) situações jurídicas formadas antes da vigência da lei nova, mas cujos efeitos estão ainda se processando, pois perduram após a sua data; d) situações jurídicas pendentes, por terem sido iniciadas, mas não findas; e) situações jurídicas em constituição e extinção, por dependentes de processamento complexo, uns anteriores, outros posteriores ao início da vigência da lei nova; f) situações jurídicas em curso de formação.

Para as situações jurídicas que se completaram até a edição da lei, mesmo aquelas em que os efeitos jurídicos se encontram pendentes, está-se diante do ato jurídico perfeito e, por conseguinte, não mais sujeitos aos efeitos da nova lei.

As demais situações devem ser analisadas, segundo suas intenções e o grau de constituição para que a lei nova, sem ter o caráter retroativo, poderá trazer seus efeitos sobre parte ou sobre a totalidade do ato jurídico.

Bandeira de Mello (1979, p. 137) nos alerta que “[...] a lei nova não deve ter caráter retroativo, por inadmissível possa um texto obrigar antes de existir. Do contrário, verificar-se-ia verdadeira insegurança nas relações jurídicas e na ordem social [...]”.

Daí a afirmação da Constituição de que a lei não prejudicará direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXVI)

Tempus regit actum. A lei nova é irretroativa, e só tem aplicação imediata. Como critério para tanto, se afirmará que não atingirá o fato consumado integralmente no passado, nem perturbará a execução do ato jurídico formalmente perfeito, e respeitará a situação jurídica definitivamente constituída, ou a situação subjetiva, individual, mesmo quanto aos efeitos futuros dela decorrentes, com sobrevivência, então, da lei antiga. (KELSEN, 1987, p. 323)

Ainda mais, as normas que atingem os processos em andamento não podem tornar impraticáveis todos os atos já estabelecidos anteriores à sua vigência como bem ilustra Georges Ripert.

Cada lei é um caminho público bem pavimentado sobre o qual se pode caminhar com segurança. É preciso ainda que a via nova não venha interromper nem deixar impraticáveis os caminhos já estabelecidos. (Ripert, 1955, p. 348).

Essa regra serve também para as normas de ordem pública que, embora se sobreponham a interesses privados, não têm a faculdade de retroação. As normas de direito administrativo são em sua maioria de ordem pública, portanto de caráter cogente, mas isto não permite a sua retroatividade. Ademais, estamos a falar de lei, posto que se tratando de regulamento, este apenas poderá estabelecer procedimento para aplicação de penalidades. Todavia, sem este regulamento, contendo a lei apenas a previsão genérica da penalidade, continuamos sem a possibilidade de aplicação, posto que a pena deve ser individualizada ao fato, e retornamos à situação de ausência de eficácia da norma jurídica. É o regulamento, na definição de seus procedimentos, que dará à norma seu poder de sancionar o ato ilícito.

O regulamento rege relação entre Estado-Poder e particulares. Para aquelas relações já finalizadas, o regulamento não pode interferir pelos motivos análogos ao da irretroatividade da lei.

A demora na promulgação do regulamento não suspende a vigência da lei, salvo se, expressamente, declarar o contrário. Consequentemente, os direitos outorgados pela lei a terceiros surgem com ela, se inexistir a supra-referida restrição, embora o seu desfrute, por vezes, fique dependendo de processo a ser prescrito pelo regulamento. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 362)

Porém, pontuando os dizeres de Bandeira de Mello, apesar da existência de direitos outorgados, não há de se falar em penalidades por obrigações não realizadas, sem a devida cominação legal, individualizada ao caso.

4 Sanção, Indenização e Responsabilidade Objetiva

Para o esclarecimento sobre os limites de um futuro decreto regulamentador da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, é importante delimitar o conteúdo possível da regulamentação por via de Decreto. O regulamento deve estabelecer procedimentos de aplicação. Ao regulamento não cabe determinar penas, mas apenas procedimentos para aplicação daquelas penas, quando elas estiverem já definidas em lei, como ocorre com a Medida Provisória n. 2.186/01, artigo 26. Um decreto poderia definir multas administrativas, caso a lei abrisse a ele competência para tanto. Todavia, no que concerne ao conteúdo do artigo 26, trata-se de determinação de pena indenizatória, cuja competência determinante é apenas da lei.

A indenização não se confunde com a sanção administrativa. Clara é, sobre essa diferença, a lição de Kelsen (1987, p. 78):

[...] um indivíduo poderia ser constituído no dever de não causar a outrem um prejuízo, sem ser obrigado a indenizar o prejuízo causado com a infração daquele dever. Tal seria o caso se ele não pudesse evitar a sanção através da indenização do prejuízo. Segundo o direito positivo, porém, ele pode – normalmente – evitar a sanção pela indenização do prejuízo. Quer dizer: ele não só é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com a sua conduta mas ainda, no caso de, com essa sua conduta, ter causado um prejuízo a outrem, a indenizar esse prejuízo. A sanção da execução civil constitui dois deveres: o dever de não causar prejuízos, como dever principal, e

o dever de ressarcir os prejuízos lícitamente causados, como dever subsidiário que vem tomar o lugar do dever principal violado. O dever de ressarcir os prejuízos não é uma sanção, mas é esse dever subsidiário.

A infração administrativa, portanto, é um tipo legal prescrito pela lei e/ou especificado em decreto regulamentador, cuja infração traz como consequência uma repreensão imediata que pode ser materializada em forma de coerção monetária, destinada a inibir de maneira imediata a ação do particular que foi enquadrado no ilícito administrativo. Esse ato de polícia da administração pressupõe a existência de um tipo de infração administrativa clara e precisa prescrita em lei e especificada em decreto regulamentador, assim como uma prévia cominação legal de montante coercitivo a ser cobrado do sujeito infrator, preliminarmente, a título de repressão administrativa, sem qualquer caráter reparador ou indenizatório, mas com expressão coercitiva imediata para inibir a continuação da ação ilegal.

Essa diferença de modos de repressão da conduta ilícita é clara na Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que reserva um capítulo específico para legitimar a atuação do poder de polícia do Estado, para atuar diretamente na fiscalização do cumprimento do objeto tratado por essa norma. O Capítulo 6º da Medida Provisória em seu artigo 30 tipifica a infração administrativa:

Considera-se infração administrativa contra o patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas desta Medida Provisória e demais disposições legais pertinentes. (BRASIL, 2001, art. 30)

Os parágrafos que acompanham este artigo especificam e quantificam a culminação de multa como elemento de sanção imediata do Estado. Esse artigo é posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 5.259/2005.

Referidas normas nada têm de comum com o artigo 26, que trata da consequência condenatória de uma ação de responsabilidade civil por infração às disposições da Medida Provisória.

A indenização é um fenômeno decorrente da condenação judicial, após o devido processo legal, permitindo a ponderação e a atuação diante de um terceiro, a fim de que se chegue a um resultado da lide, que, sobretudo, satisfaça o interesse da sociedade.

Para apurar-se a indenização é necessário um processo de conhecimento que esclareça os fatos, e fique comprovado o descumprimento de uma norma de conduta. Nesse procedimento, são analisados os aspectos conceituais que envolvem resultados obtidos pelo sujeito agente e os meios que foram utilizados para a ação. Essa atuação requer o conhecimento técnico envolvido e o discernimento moral sobre o grau de submissão em que se encontrava o sujeito, diante das variáveis de fato e de direito que sempre se apresentam em um determinado caso concreto.

Não há infração que prescindia de um contencioso para apurar-se o grau de punibilidade, por mais que o problema se circunscreva a questões e procedimentos técnicos, pois como ensina Gadamer (1984, p. 165):

La expansión del saber técnico no logrará nunca suprimir la necesidad del saber moral, del hallar el buen consejo. El saber moral no podrá nunca revestir el carácter propio de los saberes susceptibles de ser enseñados. La relación entre medios y fines no es aquí tal que pueda disponerse con anterioridad de un conocimiento de los medios idóneos, y ello por la razón de que el saber del fin idóneo no es a su vez mero objeto de conocimiento.

A responsabilização civil por um ato ilícito pode resolver-se em uma condenação para que seja ofertada uma indenização. Pensar que o ilícito se revela diante dos olhos do administrador

como pura revelação é superestimar o exercício do poder punitivo do Estado que deve limitar-se ao exercício do poder de polícia, que preliminarmente impõe sanções administrativas, diante de flagrante infração a normas de condutas objetivas e claramente determinadas a sujeitos previamente identificados.

Destarte, qualquer disposição regulamentar que defina valores indenizatórios como se fosse especificação de multas administrativas, usurpa o poder legal e como tal deve ser repudiado. Ademais, valores indenizatórios só poderiam ser previstos em lei.

Também, como salientado adrede, a aplicação de indenização somente pode ocorrer em decorrência de devido processo legal, uma vez determinado previamente por lei a conduta a ser respeitada ou proibida.

O ilícito deve ser apurado para aplicação de indenização após o devido processo legal, o que afasta a possibilidade de ser aplicada indenização após apuração do ilícito em processo administrativo. A apuração do ilícito só pode ocorrer em final de processo judicial de apuração da responsabilidade civil, por ser uma consequência externa à seara do ilícito administrativo.

Para definitivamente aclararmos o momento de constatação do ato ilícito fazemos a pergunta: “o que é ilícito? O que é ilicitude?”

Ato ilícito é aquele contrário ao direito. A ilicitude pode ser civil ou penal. Quando civil, cabe à reparação, uma composição do prejuízo causado. Por conseguinte, a reparação é uma consequência própria do ilícito civil, após a sua devida apuração, com o devido processo legal. Há também o ilícito administrativo. Trata-se de um ato contrário ao interesse público, cuja consequência é uma pena material, pecuniária a ser paga ao Estado.

Em toda relação jurídica existem dois elementos que se contrapõem: o direito e o dever. Onde há uma relação jurídica, há um dever.

A ação para ser ilícita deve conter o elemento formal, sem o qual não há ato ilícito, que é a violação de um dever jurídico imposto por lei (BRASIL, 1988, art. 186, 187)². Ademais, o ato ilícito exige a ocorrência de um prejuízo, um dano infringido a outrem; e esse dano infringido a outrem pode ser dano moral ou material. (SANTIAGO DANTAS, 1945, p. 357)

A conduta referida pela minuta de decreto não pode ser determinada como ilícita, pois se foi realizada conforme a medida provisória, não há ilicitude. Se não causou dano, nem excedeu manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, também não pode ser considerada ilícita e, portanto, não há punibilidade.

5 Responsabilidade Objetiva Perante a Administração Pública

É importante sublinhar que existe outra diferença fundamental entre sanção administrativa e ilícito civil ambiental.

O ilícito civil ambiental deve ser apurado em devido processo legal, segundo o nexos causal entre o dano e os elementos objetivos responsáveis pelo resultado danoso. Estabelecido o liame entre eles, identifica-se o responsável pelos elementos que levaram ao dano, e este passa a ser o responsável

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

pelo dano ambiental causado devendo responder civilmente com reparação do bem lesado.

A responsabilidade civil apurada segundo o nexo causal é denominada responsabilidade objetiva, em oposição à responsabilidade subjetiva que é apurada segundo a intenção do sujeito agente do dano.

No dano ambiental, a responsabilização independe do concurso do sujeito ou de sua vontade, basta que seja o responsável pelos elementos que desencadearam o dano.

A aplicação da responsabilidade objetiva para danos ao meio ambiente é prevista pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, Lei n. 6.938/81, e se restringe à responsabilidade civil³. Jamais deve ser aplicada a responsabilidade por nexo de causalidade ao processo penal nem à sanção administrativa.

Todas as ações e objetos tutelados pelo direito estão, de alguma forma, vinculados a sujeitos individuais ou coletivos. Daí tomarmos a afirmação de Paul Ricoeur de que a ação só pode ocorrer na vida em sociedade, a partir de relações sociais, pois é sempre necessário o concurso de vários agentes na realização das atividades. Nas letras do mestre:

A ação é um fenômeno social, não apenas porque ela é obra de vários agentes, de tal maneira que o papel de cada um dentre eles não pode ser distinto do papel dos outros, mas também porque nossos atos nos escapam e têm efeitos que não tínhamos previsto. (RICOEUR, 1986, p. 217)

³ Art. 14 § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Disso decorre que o distanciamento entre a ação e o resultado, quando essa ação se encontra imersa num complexo de ações, esgarça o elo entre o resultado do complexo de ações e a própria ação, tomada em si mesma.

Embora aparentemente óbvias, as relações causa-efeito no direito são uma conquista do século XIX, restringindo a responsabilização à esfera pessoal e patrimonial do sujeito agente, protegendo, com isto, os demais sujeitos da sociedade de serem responsabilizados por atos de que não participaram.

No final da época romana, o núcleo essencial dos fatos ilícitos era constituído dos comportamentos, nos quais o dano vinha provocar na pessoa do ofensor diretamente contra a pessoa (ou a propriedade) do ofendido (*corpore corpori datum*). Não havia, portanto, espaço para um problema causal, considerando-se a dinâmica do ato.

É, pois, somente no século XVIII, sob o impulso da analogia, sobretudo na doutrina penalística (em particular a alemã) e pelas correntes filosóficas (em particular a inglesa: J. S. Mill), que o nexo causal torna-se um dos elementos essenciais na estrutura da responsabilidade pelo fato ilícito, utilizado, sobretudo, a fim de excluí-la. (ZENO-ZENCOVICH, 1999, p. 269-270)

O século XX traz o elemento subjetivo para a determinação da responsabilidade, na máxima de atenção à liberdade iluminista da razão do indivíduo. Seria necessário buscar o comprometimento racional do sujeito para definitivamente responsabilizá-lo. A culpa e o dolo tornam-se pressupostos para a imputação do sujeito racional que sabe – ou deveria saber – como desenvolver suas ações e obrigações.

A responsabilidade sem culpa ou “*ex re*”, ocorre em casos previstos em lei, é uma exceção e está destinada à imputação do dever de reparação.

Infrações administrativas estão vinculadas ao ilícito perante o Estado e para isso o sujeito deve ter agido com sua vontade. O Estado não pode usar do múnus público para exigir, sem que haja qualquer relação volitiva do agente com o fato uma pena administrativa. É um contrassenso das conquistas liberais perante o Estado Leviatã. A vinculação da força do Estado à lei e aos limites da esfera privada de ação é uma conquista liberal que não foi revogada.

É da natureza da infração administrativa, penalizar o administrado que lesa, por seus atos, o bem público. É decorrente da relação entre administrado e administrador.

Na responsabilidade sem culpa, afasta-se o sujeito da ação do fato, propriamente dito, buscando-se apenas as consequências do fato, sem que se pondere sobre o “*animus*” do sujeito.

A administração, quando penaliza administrativamente, quer repreender, sem o devido processo legal, o ilícito flagrante do administrado, visando intimidá-lo procurando evitar que expresse novamente sua vontade na construção de atos ilícitos. É um remédio repressivo imediato, por isto, módico e que não pode tomar o lugar da pena do direito penal nem da indenização do direito civil.

O ilícito administrativo é uma ofensa do administrado ao Estado e ao interesse público, traz como efeito a sanção ou pena administrativa, sem devido processo legal, destinada simplesmente a inibi-lo numa porventura intenção em prosseguir com a ilicitude, usando o Estado de seu “*jus imperi*”. Objetiva é a responsabilidade, não a sanção, e, para haver responsabilização, há de haver o devido processo legal, daí a impossibilidade em equiparar-se a sanção administrativa à responsabilidade civil objetiva: são dois institutos jurídicos completamente distintos,

de diferentes naturezas jurídicas, aplicados em momentos diversos da ocorrência da ilicitude.

Destarte, qualquer infração administrativa deve estar vinculada a uma decisão do sujeito que, por culpa ou dolo, configure-se em ilícito.

6 O Momento da Exigibilidade da Indenização Prevista no Artigo 26

A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 destina-se a disciplinar o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional e a repartição de benefícios obtidos com a exploração econômica daqueles bens.

Para isso, define alguns direitos e obrigações, orienta a atividade administrativa e enuncia mandamentos gerais que devem receber complementação. É um primeiro passo no sentido de adequar o direito nacional à Convenção sobre Diversidade Biológica, ratificada pelo Brasil, que, com esse ato, assumiu o compromisso de fazê-la efetiva em território nacional.

Pode-se, com isso, afirmar que a Medida Provisória referida responde a uma necessidade de implementação de um quadro jurídico desenhado internacionalmente. Resulta de uma obrigação jurídica internacional, assumida pelo Brasil, e de um compromisso ético que vedaria conduta que não fosse à de construção de um quadro legal interno compatível com o compromisso internacional assumido.

Todavia, a formação de um direito interno relativo à disciplina do acesso ao recurso genético e da repartição de benefícios oriundos do seu aproveitamento econômico, não significa, necessariamente, que tenham sido determinadas obrigações específicas, seguidas de consequências penais pelo seu não cumprimento.

A Medida Provisória estabelece procedimentos administrativos para que o acesso ao recurso genético seja legal. Também, dispõe sobre os instrumentos – como o Contrato de Acesso e de Repartição de Benefícios – que conduzirão à correta distribuição de benefícios. Entretanto, não chega a formar a hipótese legal que determina um fato típico determinado relativo à atividade genérica de “[...] exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado [...]” (BRASIL, 2001, art. 26); necessário para identificar deveres de conduta material e conseqüente sanção por seu não preenchimento.

A ausência de hipótese legal determinando ações econômicas que *‘devem ser’* é suficiente para impossibilitar a aplicação imediata do artigo 26, e sobre isso já se dissertou no tópico anterior.

O Direito tende a estabelecer uma ordem objetiva de coexistência, e deve, por isso, ser preciso, sobretudo ao aspecto exterior das ações, porque, no campo externo ou físico dá-se a interferência, o encontro, entre o comportamento de vários sujeitos, nascendo daí a exigência da limitação. (VECHIO, 1998, p. 363)

Pode-se afirmar que esse seria o fundamento filosófico para a necessidade de segurança, certeza e previsibilidade da norma jurídica. A coercibilidade, ou seja, a possibilidade de constranger alguém a cumprir, deriva da natureza do Direito, que pretende ser um limite, uma fronteira na atividade de vários sujeitos (VECHIO, 1998, p. 373). Porém isso só pode ocorrer se houver previsão objetiva e certeza do comportamento estrito que deve ser, ou não deve ser, realizado.

As regras de conduta se estruturam de maneira binada, articulando logicamente dois elementos que denominamos, respectivamente, hipótese ou fato-tipo; e dispositivo ou preceito.

Para que essa relação causal seja estabelecida, é imprescindível a determinação clara da conduta.

O artigo 26 prevê uma consequência para fatos que não foram especificados. Não há “*fattiespecie*”, mas a construção de um âmbito geral no qual podem ocorrer diversos tipos de condutas humanas, sendo que, algumas delas, poderão estabelecer o nexo de imputabilidade. Quais seriam? Há necessidade de lei própria determinando a hipótese legal.

Concluindo, o artigo 26 tem vigência, mas para ter eficácia, não basta à norma ser vigente. A vigência é dada pelo preenchimento dos fatores formais de construção da norma em razão do organismo e do conteúdo.

A eficácia se refere à aplicação ou à execução da norma jurídica, por outras palavras, é a regra jurídica como momento da conduta humana. Para que a norma jurídica tenha eficácia, é necessário que ela seja aplicável.

O artigo 26 é uma norma vigente que depende de outra norma na mesma esfera de poder (ou seja, uma nova lei), para ser aplicado.

Para isso, é necessário que além de ter condutas definidas, deve contar com a complementação legal sobre o montante indenizatório, posto que é o legislativo quem define o conteúdo da pena.

7 O Limite do *Quantum Debeat* em Forma de Indenização

Contudo, se, houver aplicação da indenização sobre o fato econômico genérico apresentado pelo texto do artigo 26, cabe

analisar os problemas deste artigo que maculam a imposição de indenização decorrente da responsabilidade civil pretendida. Ao definir sanção indenizatória, o artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186/2001 prescreve o

[...] pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, vinte por cento do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de royalties obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou de uso da tecnologia [...] (BRASIL, 2001, art. 26)

Objetivamente, a Medida Provisória determina uma indenização de 20% do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de *royalties* obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produtos ou processo ou de uso da tecnologia, protegidos ou não por propriedade intelectual. Não há outro valor legal estabelecido. Esse é o quantum exigível, porque apresentado em lei. Qualquer outra quantia diferente desta é contrária à prescrição legal e não guarda respaldo constitucional, pois a determinação da pena deve observar o princípio constitucional da reserva legal.

É certo que o texto legal traz o qualificativo “no mínimo”, provocando a dedução de que deve haver um valor máximo. Porém, este máximo só pode ser um máximo legalmente determinado, porque é a medida legal da indenização. Seja o executivo, seja o judiciário a definir outro valor diferente do explicitado em lei, mesmo que ela deixe em aberto o que seria o parâmetro máximo, haverá uma usurpação do poder legal pelas outras esferas de poder estatal, o que atenta contra a Constituição e ameaça a segurança do cidadão conquistada pela divisão dos poderes estatais.

Do mesmo modo que a hipótese legal deve ser objetiva e precisa, também a cominação sancionatória deve ser objetiva e determinada pela lei, produzida pelo legislativo.

Decretos são normas derivadas da lei, destinam-se a especifica-la, jamais a complementar seu texto em conteúdo mandamental.

A razão da existência dos decretos e regulamentos está na necessidade de aproximar da aplicação prática as prescrições particularizadas, as máximas gerais estabelecidas em forma de lei. Esta função representa, por conseguinte, o limite da validade dos decretos e regulamentos, os quais deverão ser “*secundum legem*”, ou ainda, “*praeter legem*” – mas não de tal modo *praeter* que se tornem “*contra legem*”.

O critério para tal apreciação da validade de decretos e regulamentos pode ser assim fixado: ambos deverão conter os deveres, direitos ou obrigações determinados na lei, para serem utilizadas no modo criado para a execução dela. A lei abandona, com efeito, certa margem de livre atuação dos órgãos executivos. Determinar quando e como esses órgãos deverão exercer concretamente sua atividade executiva – eis a função própria dos decretos e regulamentos. Se eles ultrapassam essa fronteira natural, ou deixam de ser conformes à lei, são, portanto, nulos. Compete então aos órgãos judiciários declararem a nulidade e recuarem sua aplicação. (VECHIO, 1998, p. 425)

Indenização é pena civil destinada à correção do dano causado, impondo-se o sacrifício do patrimônio do ofensor. A Constituição é clara em suas garantias fundamentais do cidadão, quando prescreve a reserva legal para determinação de pena.

Tal garantia é um avanço da civilização, que evolui da primitiva atribuição de pena e de sacrifício humano impostos pelo imperador a seu bel critério, para uma disposição genérica e prévia por aqueles que detêm o mandato de representação da vontade popular: o legislativo.

A atribuição ao legislativo do poder para disciplinar as matérias relativas às liberdades dos sujeitos é uma conquista

da República: “Em el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa.” Já expunham os pais da república dos Estados Unidos da América. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 221)

Afirmar que o executivo pode determinar a pena, diferentemente do *quantum* legal explicitado, seja por um procedimento dedutivo, seja por qualquer outra forma de raciocínio individual, é transferir ao aplicador da pena o poder de determinação da pena, identificando-se o Estado brasileiro à antítese da República, como já bem fora esclarecido por Montesquieu:

Nos Estados despóticos, não há qualquer lei: o juiz é ele mesmo sua regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e lá onde ela é precisa, o juiz a segue; lá onde ela não é, ele busca seu espírito. No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra, ou de sua vida. (MONTESQUIEU, 1748, p. 200)

O problema de determinação e aplicação das penas, bem como a questão da identificação dos órgãos competentes para tais ações encontram-se no cerne dos fundamentos da República, porque enfrentam, diretamente, a questão das liberdades dos cidadãos perante a força do Estado. Daí a síntese de Montesquieu: “A liberdade é favorecida pela natureza das penas e sua proporção”. (MONTESQUIEU, 1748, p. 378)

Num Estado onde existem leis, a liberdade deve consistir em poder fazer aquilo que se pode querer, e a não ser obrigado a fazer aquilo que não se deve querer.

Não há dúvidas de que o desenrolar e a realização dessa liberdade pressupõem disposições institucionais precisas,

inclusive disposições de natureza formal e processual, os direitos individuais, as garantias judiciais, separação dos poderes, etc.

São essas garantias constitucionais que não podem ser infringidas em absoluto, porque são o fundamento do Estado de Direito e uma conquista da civilização.

Para garantir as liberdades, é indispensável que o poder freie o poder, porque concentração de poderes gera a tirania. O poder que aplica a lei não pode determinar seu conteúdo.

Ainda nos vale Montesquieu (1748, p. 379):

Para que não se venha abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma Constituição pode dispor que ninguém será obrigado a fazer coisas que a lei não as obrigue, e a deixar de fazer aquelas que a lei lhes permite.

Na construção dessa divisão de poderes, foi atribuído ao poder legislativo a disciplina das liberdades. Não cabe ao executivo estipular montantes de sacrifício do sujeito ou da propriedade do sujeito, porque a propriedade é uma garantia fundamental que só pode receber restrições por aqueles delegados do poder popular, o legislativo.

Deve ser o legislativo, e nenhuma outra esfera do poder estatal, o encarregado de disciplinar os exercícios das liberdades do cidadão, porque, afinal, “[...] a Lei é a expressão da vontade geral [...]”, não é o ato administrativo. Esse pressuposto referente à lei fundamenta-se na composição do poder legislativo. A lei é elaborada “por representantes dos cidadãos”, quer dizer, pela assembleia de deputados eleitos⁴.

Carré de Malberg (1997, p. 16) pontifica: o ato legiferante é a manifestação por excelência da soberania, a qual é essencialmente popular, segundo a terminologia do contrato social.

⁴ Art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A voz do poder legislativo não é outra senão, exatamente, a voz do povo (MALBERG, 1997, p. 17).

E conclui:

No momento que a lei é a expressão da vontade geral, representada pelo parlamento, decorre disto que ela deve dominar, com sua superioridade, a atividade, não apenas dos cidadãos, mas ainda de todas as autoridades nacionais instituídas ao lado da legislatura. (MALBERG, 1997, p. 22)

Tomando seus dizeres para o problema por nós tratados. A lei deve determinar qual é o limite do patrimônio de um infrator que pode ser oferecido na forma de indenização. Também é ela que deve estipular o comportamento do executivo para disciplinar as disposições legais estatuídas. Não apenas o cidadão deve fazer aquilo que a lei prevê, mas o poder público só deve agir nos estritos limites previstos pela lei e pela Constituição.

Extrapolou seu dever legal e constitucional o executivo que se dispuser a deduzir ou criar valores indenizatórios distintos do que fora explicitado claramente no texto legal.

O texto legal foi deveras infeliz ao qualificar os 20% indenizatório como porcentagem mínima do faturamento bruto ou royalties recebidos, porque, quem é competente para instituir o mínimo, também o é para determinar o máximo. Não há alternância dos poderes em que um determina mínimo e outra esfera encarrega-se de, sobre o mesmo objeto, encontrar o máximo, num coral desafinado perante a harmonia entre os poderes prescritos pela Constituição.

A matéria tratada é uma só – indenização civil – e o poder competente é um único – o legislativo, que definirá o mínimo e o máximo.

O artigo 26 traz uma espécie de desconforto, porque não determina um valor, mas refere-se a um percentual mínimo. O leitor ansioso pela completude da prescrição legal não se conforma com o texto e quer que ele seja completado. Todavia, não estamos diante de um texto literário ou de um problema de matemática.

O texto legal é um “dever ser”, que deve ser interpretado dentro do conteúdo apresentado. Apresentou-se um único valor, 20% do faturamento bruto ou dos royalties, nada mais. Portanto, nada mais “DEVE SER”. Não há outro “dever ser” a ser buscado pelo intérprete angustiado, tampouco, cabe a ele completar a lei naquilo que ela não disse e não necessitaria dizer. Ela poderia, sim, prescrever, mas, lamentavelmente, não o fez. Seria de boa forma, posto que a porcentagem de 20% tratou como “mínima”. Porém, se não o fez, até que a lei determine o máximo, o que chamo de mínimo será o único valor possível, que “PODE SER” requerido a título indenizatório.

E se for estabelecido um percentual máximo arbitrado em 100%. Essas razões serão próprias, subjetivas, incongruentes com a estrutura do Direito. Fosse outro sujeito a buscar o máximo negado pela lei, poderia arbitrá-lo em 200% ou em 50%, as razões do sujeito, apenas a ele cabe explicar. São pautadas por valores próprios, uma axiologia moral, estranhos à ordem jurídica e a sua objetividade.

Essa vontade criativa não é requerida pela norma, porque ela basta em seu texto: 20% do faturamento bruto ou de *royalties*.

A interpretação pretendida não pode ser cunhada como analógica nem extensiva, porque não responde a qualquer parâmetro legal pré-existente. Para ser analógica, deveria haver uma regra de comparação. Para ser extensiva, deveria o intérprete fundamentar este prolongamento em uma permissão encontrada no interior do sistema jurídico.

A liberdade outorgada ao intérprete haverá de se ancorar no sistema jurídico, pois o subjetivismo desenraizado faz perecer a própria idéia de um estado Democrático de Direito. (LAFAIETTE, 1977, p. 132)

Na verdade, não há silogismo que respalde a arbitragem do valor máximo. Qualificar a criação de valor máximo para aplacar a angústia trazida pela interrupção do texto legislativo, não é lógica, é retórica.

Não basta haver um número superior a vinte para que se o justifique como máximo desejado secretamente pelo legislador.

Uma breve submissão dos argumentos explicitados, que justificam o número 100 escolhido, demonstra que sucumbe a qualquer correlação formal dedutível. E, como nos leciona Chain Perelman sobre a retórica dos argumentos quase lógicos:

A argumentação, quase lógica, se apresentará de uma forma mais ou menos explícita, quando o orador desenha raciocínios formais aos quais se refere, prevalecendo-se do prestígio do pensamento lógico.

[...] quem submete tais argumentos à análise, logo percebe as diferenças entre essas argumentações e as demonstrações formais, pois apenas um esforço de redução ou de precisão, de natureza não-formal, permite dar a tais argumentos uma aparência demonstrativa' por essa razão que os qualificamos de quase-lógicos. (LAFAIETTE, 1977, p. 168)

8 Liberdade de Iniciativa Econômica e a Ofensa pela Pretendida Aplicação Imediata do Artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186/2001

A Liberdade de iniciativa não é um princípio norteador da atividade econômica exclusivamente, ela é o fundamento, a razão da existência da atividade econômica.

A livre iniciativa constitui um dos fundamentos da ordem econômica. Daí a observação de que as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador, vislumbrando-se nesta assertiva uma dignificante proteção da pessoa humana:

É a partir do exercício da liberdade de empreender que todas as demais normas de direito econômico se fazem impositivas, daí sua posição no texto constitucional:

Art. 170 A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (BRASIL, 1988)

Pela leitura inicial do *caput* do artigo 170, a ordem econômica deveria ser exercida plenamente por todos os sujeitos econômicos. Porém, ser plena e irrestrita para um sujeito, significaria ser restrita ou impossível de ser exercida por outro, devido ao choque de interesses. A construção da liberdade é uma atividade social, portanto deve ser vivenciada, o mais amplamente possível, por uma mais ampla parcela da sociedade. Em razão disto, surgem os condicionamentos para o exercício da liberdade de iniciativa econômica.

As restrições ao exercício da livre iniciativa devem ser determinadas cautelosamente, porque são conformações da liberdade do cidadão e não podem ser impostas por outro poder que não aquele que representa a volta de geral. Não por outro motivo, o parágrafo único do artigo 170 estabelece peremptoriamente: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (BRASIL, 1988)

A liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa, então, liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo Poder Público, dentro dos limites legalmente impostos a essa liberdade. Esse é o motivo pelo qual se pode afirmar, validamente, que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros em que há de ser reconhecida, fazendo-se compreender, no texto constitucional, a abertura para a criação de restrições por via da lei, desde que plausíveis e compatíveis com o interesse público.

A livre iniciativa, portanto, garante a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, mas impõe também a necessidade de se submeter às limitações impostas pelo Poder Público quando for o caso. Na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla, apenas devendo ater-se aos princípios constitucionais. Em última instância não se deve olvidar que a liberdade de iniciativa é corolário do princípio da ampla liberdade individual. (TAVARES, 2006, p. 252)

O artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186-16/01 prescreve:

A exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória sujeitará o infrator ao pagamento de indenização [...]

Tomando o texto constitucional do artigo 170, a exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético seria livre. Tal atividade econômica passa a ser restringida, no momento em que advém um texto legal que imponha condicionantes para o seu exercício, fundamentado em princípios da ordem econômica e na garantia do exercício de liberdade de outros

sujeitos sociais que poderiam ser prejudicados, caso referida atividade econômica fosse exercida sem regulação.

Dispostas as restrições legais à livre iniciativa econômica para desenvolver produto ou processo a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, o agente econômico que não as observasse deveria submeter-se ao devido processo legal e ser penalizado pela infração legal.

Entretanto, somente poderá ser exigido deste agente econômico as condutas tipificadas em lei. Se a lei não prevê as restrições ao exercício da liberdade econômica que genericamente enuncia no artigo 26, não poderá ser o agente econômico apenado. A eficácia da norma do artigo 26 mantém-se condicionada à superveniência de prescrições legais futuras que determinem as barreiras ao exercício da livre iniciativa.

O processo hermenêutico dialético-positivador respeita os limites objetivos do sistema para resguardar a confiabilidade e a segurança das relações (LAFAIETTE, 1977, p. 108). A interpretação da norma contida no artigo 26, para identificar as restrições ao exercício da atividade econômica enunciada, deve tomar a totalidade da Medida Provisória. Nela devem ser buscados os enunciados que se referem às obrigações e deveres do agente econômico. Nenhuma outra conduta, nenhuma outra restrição pode ser exigida deste agente, além daquelas explicitamente determinadas nos textos dos artigos da Medida Provisória.

Infringida norma de conduta que impõe determinadas limitações ou condicionantes ao pleno exercício da sua liberdade de iniciativa, há um dano ao interesse da

sociedade pelo desrespeito a garantias constitucionais, e este deve ser indenizado.

A determinação da justa quantia da indenização depende da extensão da ofensa. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade significa buscar a ação mais ajustada, capaz de implementar ao máximo os direitos fundamentais para aqueles que dele mais necessitam. A aplicação da proporcionalidade é a materialização do Estado Democrático de Direito. A existência de normas constitucionais assegurando direitos fundamentais ganha efetividade com o direito fundado na proporcionalidade. (DERANI, 2008, p. 169)

Para a atividade do legislador, proporcionalidade ou razoabilidade significa realizar a competência concedida pela lei, observando a concretização dos princípios jurídicos e zelando para que os princípios não aplicados não percam sua substância, e que seus atos sejam apropriados e necessários para a consecução daquilo que está sendo buscado: um fim constitucionalmente legítimo.

Portanto, a determinação da aplicação razoável da indenização depende da identificação da extensão do dano causado. Para determinação do conteúdo do dano, tem-se que conhecer o dever legal descumprido.

Essa necessidade, no caso em análise, ganha uma essencialidade intensa, uma vez que o dano possível de ser realizado será de natureza legal e não material. Explicando melhor, o dano a que se refere à segunda parte do artigo 26 da Medida Provisória traduz-se no descumprimento de restrições legais à livre iniciativa: “[...] exploração econômica [...] em desacordo com as disposições desta Medida Provisória”. Não se trata, propriamente, de um dano relativo a uma destruição material.

O dano que se busca identificar traduz-se em ofensa ao interesse público ou da coletividade em ver respeitados os limites da atividade individual de empreender. Portanto, é na ponderação entre o que foi desrespeitado e o sacrifício ao patrimônio privado que será determinada a razoabilidade do artigo 26 da Medida Provisória.

Trata-se a uma ponderação entre princípios constitucionais, imprescindível à determinação do dano. A “perícia” realizada para determinar a ofensa ao artigo 26 é uma avaliação sobre infração a valores jurídicos constitucionalmente tutelados.

O moderno Estado de Direito prescreve a reserva legal para as restrições às liberdades individuais. Porém, a vinculação da produção normativa deve ser compreendida mais atentamente em “reserva da lei proporcional”. Com a reserva da lei são repelidas as ações administrativas que atinjam direitos fundamentais sem fundamento legal, com a reserva da lei proporcional são repelidas as leis e ações administrativas que atinjam desproporcionalmente os direitos fundamentais. (DERANI, 2008, p. 1.666)

Essa mesma exigência ao legislativo aplica-se à prática do poder executivo, em que a razoabilidade ou a proporcionalidade traduz-se na ponderação das decisões políticas, visando a implementar o máximo dos princípios e direitos fundamentais sem desrespeitar os fundamentos da República e as garantias fundamentais do ser humano.

Somente com a identificação das condutas infringidas será possível determinar a razoabilidade do montante, para defender ou combater sua aplicação. Pois, o razoável ou proporcional, situa-se na avaliação comparativa entre conduta realizada e extensão do direito fundamental ofendido.

9 A Destinação do Produto da Indenização Exigida para os Fundos Públicos Determinados pelo Artigo 33 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001

É o texto do artigo 33:

A parcela dos lucros e dos royalties devidos à União, resultantes da exploração econômica de processo ou produto desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, bem como o valor das multas e indenizações de que trata esta Medida Provisória serão destinados ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei n. 7.797, de 10 de julho de 1989, ao Fundo Naval, criado pelo Decreto n. 20.923, de 8 de janeiro de 1932, e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, criado pelo Decreto-Lei n. 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei n. 8.172, de 18 de janeiro de 1991, na forma do regulamento. (BRASIL, 2001, art. 33)

O que conduz à responsabilização do sujeito econômico e a consequente indenização prevista não é uma lesão material ocorrida na área de acesso ao recurso genético. A lesão será a mesma, caso o acesso ocorra em área da União ou privada. Não se trata de ofensa a patrimônio material do proprietário da área em que ocorreu acesso.

O bem jurídico lesado é o acesso a um conhecimento genético existente em uma determinada espécie vegetal, animal, fúngica ou bacteriana pertencente ao território brasileiro, cuja titularidade é pública. Pois, existe uma diferença entre titularidade da espécie colhida, ou da área onde ocorreu o acesso, e a informação genética, nela contida.

Esse bem jurídico, embora inserido em um objeto tangível (vegetal, animal, fúngico, microbiano) localizado em um determinado território, tem natureza imaterial e é um patrimônio público, como reconhece textualmente a Convenção

sobre Diversidade Biológica, norma internacional internalizada pelo Direito brasileiro:

Art. 3 Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Ademais, conhecimento genético integra o “[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]”, “bem de uso comum do povo”, tratado constitucionalmente, conforme se depreende da leitura do art. 225, § 1º, III:

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

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

Ampara este raciocínio o texto do artigo 2º da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que explicita o poder de gestão sobre o patrimônio genético:

Art. 2º O acesso ao patrimônio genético existente no País somente será feito mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Medida Provisória e no seu regulamento.

Ampara a identificação de que são diferentes o bem material (espécie vegetal) e o bem imaterial (conhecimento genético) a leitura do artigo 16 da Medida Provisória:

Art. 16 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.

Também, para amparar melhor a dedução de que se tratam de dois bens (a espécie vegetal e a informação genética), é importante observar o exercício do poder público sobre área privada quando se trata de acesso a conhecimento genético, e não meramente colheita de espécies vegetais:

Art. 17 Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos artigos 24 e 25 desta Medida Provisória.

Portanto, o não reconhecimento da natureza pública do bem acessado (informação genética) provoca uma interpretação equivocada sobre a destinação constitucional do produto da indenização.

Conforme já foi dito, é o desrespeito às condições legais para apropriação privada de um patrimônio público que enseja a indenização, isto é, uma ofensa a direito coletivo. Não se trata de dano material a um patrimônio material de titularidade de A ou B.

Com essa compreensão, não há de se falar em inconstitucionalidade da destinação do produto da indenização para os fundos que legalmente foram constituídos para receber os produtos de indenização por ofensa a patrimônio público.

Sublinho que esta opinião restringe-se ao acesso ao recurso genético apenas, não ao conhecimento tradicional associado, posto que este merece uma atenção mais específica, porque é reconhecido pela Medida Provisória como de titularidade de seu detentor.

10 A Aplicação do Artigo 26 da Medida Provisória n. 2.186/2001

O artigo 26 diz que

A exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, sujeitará o infrator ao pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, vinte por cento do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de royalties obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou do uso da tecnologia, protegidos ou não por propriedade intelectual, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis.

A referida norma prevê que, quando a ação “[...] exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado [...]” for realizada em desacordo com as disposições da Medida Provisória, trará como consequência para seu autor uma obrigação de indenizar que será no mínimo vinte por cento do faturamento bruto obtido.

Três são os momentos dessa regra:

1. prescrição de ação;
2. vinculação desta ação às normas da Medida Provisória – *for realizada em desacordo com as disposições da Medida Provisória*; e

3. previsão de valor mínimo de indenização caso ocorra comprovação de que a ação descrita não respeitou as normas da Medida Provisória (*sujeitará o infrator ao pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, vinte por cento do[...]*).

A edição da Medida Provisória trouxe modificações nas relações privadas e do setor privado com o setor público, no que tange a apropriação de recursos genéticos e sua utilização em pesquisa e uso comercial. Essas modificações devem-se à matriz constitucional⁵ bem como à incorporação da Convenção sobre Diversidade Biológica ao ordenamento jurídico brasileiro.

A extensão destas mudanças depende do grau de precisão das prescrições normativas. A Medida Provisória tem força de lei e, portanto, cria novas situações de fato, que devem ser cumpridas na medida da clareza e objetividade de seus preceitos. A norma legal deve ser cumprida, porém, quando se trata de normas restritivas de direito, não podem ser aplicadas por extensão, ou analogia e nelas só incidem os casos expressamente e taxativamente indicados.

O artigo 26 prescreve uma conduta geral relacionada com o objeto da Medida Provisória que é o de:

[...] regular bens, os direitos e as obrigações relativos:

I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção;

⁵ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

- II – ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;
- III – à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e
- IV – ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.

Constatando que a referida conduta descrita no artigo 26 infrinja as normas relativas aos bens, direitos e obrigações previstos na Medida Provisória, sobrevém a responsabilidade do agente para adequar-se às normas expressas na Medida Provisória n. 2.186/2001, arcando com uma cominação indenizatória, pelo fato de não ter obedecido aos mandamentos que limitam e reestruturam seus direitos.

Para que o preceito do artigo 26 produza efeitos, é necessário que seu sentido em relação às condutas de fato seja lógico completo. O conteúdo deste artigo deve estar bem claro, para que a conduta descumpridora do preceito seja detectada e a aplicação da responsabilidade seja requerida de maneira objetiva e específica em relação ao agente e sua conduta.

Além da validade formal, existe um campo de validade objetivo (material) da norma, sem o qual ela também não tem condições de ser aplicada. Isto é, sem que haja uma disposição clara e nítida da obrigação (direito positivo), a obrigação não tem cogência.

Kelsen já reforçava este argumento ao afirmar que, “[...] embora validade e efetividade sejam totalmente distintas entre si, existe uma relação essencial entre ambas”. Efetividade é decorrência da validade, todavia, se a norma isolada ou a totalidade da ordem normativa perder sua validade, deixa de ter efetividade.

Para que o artigo 26 ganhe sua eficácia plena é necessário que haja a existência de normas de condutas claras, a fim de que fique evidente a ofensa às normas restritivas de direito.

Para uma lei ser obrigatória não basta sua mera existência na forma de prescrição seguida de sanção. A prescrição deve estar plenamente relacionada com o fato a que se refere, de maneira clara e objetiva, para que a legalidade não seja um abuso de poder.

Assim, se a própria lei determinar a sua regulamentação, ou esta for necessária, apesar de não determinada expressamente pela lei, o início da vigência desta dependerá da publicação do respectivo regulamento, razão pela qual o legislador frequentemente estabelece, na lei, um prazo para a elaboração e promulgação destas normas jurídicas secundárias.

Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, “se mantém em silêncio”. Mas existe também um “silêncio eloquente” da lei. “[...], quando deixa para o executivo central, por meio de decreto, ou para o órgão administrativo, por meio de resoluções, determinar casos e os modos de aplicação da lei” (LARENZ, 1997, p. 525). Esse espaço deixado para o regulamento não é uma lacuna, mas um silêncio que reclama uma ação diligente do poder público. Esta responsabilidade decorrente do espaço deixado pela lei, se não cumprida pela administração não pode trazer como consequência o apenamento do sujeito privado que deve observância à lei e seus desdobramentos procedimentais.

As Normas Jurídicas são imperativas, proibitivas, permissivas e punitivas, sintetiza Carlos Maximiliano. (1995, p. 218).

Quando se está diante da norma, sempre haverá a necessidade de identificação de qual é o sujeito destinatário. A esse sujeito S, quando ele assume um determinado comportamento C descrito na norma, deve ser infligido um ato coercitivo como sanção. O comportamento contrário ao mandamento legal deve trazer como consequência uma sanção.

Sem haver um comando de ação, haverá norma jurídica, porém elas trarão outros efeitos. Por exemplo, os princípios ou “diretrizes” devem “[...] ser usadas de modo a auxiliar o esclarecimento do conteúdo de regras e, para além disso, fornecer critérios decisórios em questões relativamente às quais as regras não contêm qualquer resposta”. Segundo Larenz, a essa categoria de normas jurídica sem sanções pertencem, sobretudo, às normas legais e às normas não escritas relativas à interpretação das leis e dos negócios jurídicos.

Requerem regularmente uma ponderação de diversas circunstâncias, não permitem, portanto, uma simples subsunção. Entre os diversos critérios de interpretação não subsistiria qualquer hierarquização rígida; frequentemente, seria aqui decisiva a valoração do juiz. (LARENZ, 1997, p. 240)

Não necessariamente uma norma preencherá todos os requisitos fáticos em um único artigo. É possível que no decorrer do texto legal artigos se completem até formarem uma conduta específica proibida ou permitida. Artigos também poderão disciplinar os meios pelos quais devem operar as condutas quando elas dependem do concurso de órgãos públicos. Quando a mesma situação de fato é abarcada por várias proposições normativas, previstas em artigos e parágrafos de uma lei, fala-se, então, de uma confluência ou concurso de proposições jurídicas. Como complementares ou coincidentes, as proposições jurídicas de uma lei mantém a sua validade e auxiliam a efetividade da

norma no mundo da vida, uma vez, que acrescentam os detalhes necessários para melhor conduzir o sujeito destinatário.

Todavia, se as consequências jurídicas das proposições distintas se excluem reciprocamente, só uma das proposições jurídicas é que pode conseguir aplicação. Pois que não teria sentido que a ordem jurídica quisesse prescrever ao mesmo tempo A e não A. Portanto, tem que se decidir em tais casos qual das proposições jurídicas prevalece sobre a outra. Este conflito só se estabelece em normas de mesmo nível hierárquico.

Se uma das normas jurídicas é anterior no tempo à outra, a mais antiga cede à mais recente, uma vez que deve aceitar que o legislador, ao estabelecer uma nova norma, quis abolir uma regra mais antiga em contrário. Mas, se as proposições jurídicas que entre si concorrem se acham na mesma lei; são necessários outros critérios para se decidir se há de aplicar uma de par com a outra, ou se apenas uma, e qual delas então prevalece. (LARENZ, 1997, p. 373)

As normas da Medida Provisória n. 2.186/2001 disciplinam relações privadas e relações da administração pública com o setor privado. Tanto uma como outra relação traz o objeto “patrimônio genético”, que é um bem de toda coletividade, mas gerido pelo Estado segundo a interpretação dada ao artigo 225 e à CDB, artigo 3º (dispõe sobre o direito soberano dos Estados de explorarem seus próprios recursos).

As normas estabelecidas na Medida Provisória n. 2.186/2001 que dispõem sobre procedimentos a serem adotados pelo setor privado que pretende dar uso econômico à apropriação do patrimônio genético são genéricas e requerem regulamentação. Todavia, nenhuma delas chega a entrar em conflito uma com a outra, talvez a generalidade de seu texto seja um motivo para isto. As normas infralegais que, por seu texto,

não especificuem as condutas estatuídas pela Medida Provisória ou contrarie os lineamentos procedimentais ali presente, não devem produzir efeitos jurídicos, pois uma norma infralegal não tem a capacidade de modificar uma norma superior.

Nem mesmo acordos e transações entre sujeitos podem modificar as ações estabelecidas para os sujeitos, posto que as normas da Medida Provisória n. 2.186/01 é uma norma de ordem pública e não permite derrogação entre partes.

Segundo Carlos Maximiliano, consideram-se de ordem pública, as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança e as de organização judiciária (MAXIMILIANO, 1995, p. 217). Também são de ordem pública as normas de Direito Privado: aquelas em que visivelmente predomina o objetivo de tutelar o interesse geral.

Desse modo, as relações contratuais que são desenvolvidas dentro do objeto da Medida Provisória, pelos efeitos sociais e o caráter geral que aportam, devem se submeter ao interesse da coletividade e não podem ser estabelecidas diferentemente ou contrariamente a disposição legal e seu regulamento competente.

Em conclusão, o artigo 26 , assim como toda a Medida Provisória, obriga na medida da clareza e objetividade de suas normas de conduta para o sujeito destinatário. As normas que expressamente ou tacitamente requerem regulamentação, não tem validade material, ou em outras palavras, possuem eficácia condicionada ao regulamento competente. Neste espaço obrigacional não é dado ao setor privado disciplinar aleatoriamente normas divergentes à disposição legal, por se tratarem de normas de ordem pública. A continuidade das ações privadas no campo objeto da Medida Provisória n. 2.186/2001

que não foram legalmente regulamentadas não significa descumprimento legal, nem tampouco, derrogação privada da norma, mas, simplesmente continuidade de uma atividade lícita, no período que aguarda a validade objetiva da norma publicada e que deve ter as obrigações detalhadas e as sanções especificadas.

A leitura do artigo 26, portanto, é aplicável na medida das regulamentações existentes para a ação a que visa a impor indenização. Não se sujeita à sanção prevista pelo referido artigo a conduta não especificamente proibida pelo texto legal e/ou não devidamente regulamentada pelo texto infralegal competente.

11 Distinção Entre Lei e Regulamento

A Medida Provisória para ter eficácia plena necessitou de uma série de regulamentos, expressos na forma de decretos, resoluções e instruções normativas.

De um modo geral, os regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, como poder público. Eles são emanados pelo poder executivo, mediante decreto. Classificam-se em regulamentos executivos, ou de execução, em autorizados ou delegados, e em independentes ou autônomos.

O regulamento é uma disposição da administração pública segundo a competência que lhe é outorgada por lei. Os regulamentos contingentes são os que o legislativo delega ao Executivo as operações de acertar a existência de fatos e condições para a aplicação da lei, os pormenores necessários para que as suas normas possam efetivar-se. Ela encontra corpo nas atividades estatais de controle. A lei da habilitação fixa os princípios gerais da ingerência governamental e entrega ao executivo o encargo de determinar e verificar os fatos e

as condições que os princípios legais devem ter aplicação. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 351)

O regulamento não rege relações jurídicas entre particulares, mas do Estado poder com terceiros, sejam servidores públicos, sejam particulares.

Os regulamentos hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a por em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes de lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 354)

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa.

Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividade, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela. A lei anula todas as anteriores, e não pode ser modificada senão por ela mesma. É fonte primária do direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, interior. Por isso, ainda quando tem o mesmo conteúdo, se diferenciam pela diversidade dos seus efeitos. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 357¹)

A Administração Pública produz regulamentos internos e instruções próprias para a orientação de seus funcionários. São instruções normativas, orientações técnicas e deliberações de modo geral. Seus efeitos não ultrapassam o setor de onde provêm e obrigam tão somente os servidores do setor administrativo. Isto ocorre com a Deliberação n. 194 do CGEN, de 31 de maio de 2007.

Esse regulamento trata da posição do CGEN perante as solicitações de acesso e remessa de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, referentes a projetos já iniciados ou concluídos. Informando a seus agentes que devem observar o cumprimento dos requisitos legais instituídos pela Medida Provisória n. 2.186, de 23 de agosto de 2001, e do Decreto n. 3.945, de 28 de setembro de 2001, ou justificarem a impossibilidade de fazê-lo.

Vê-se que os limites do efeito desta deliberação circunscrevem-se às ações dos servidores do órgão, que, por sua vez estão limitadas pelos limites e obrigações legais e o consequente regulamento executivo já instituído.

O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.

Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue os direitos e as obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei, e menos ainda a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 360)

A razão da existência dos decretos e regulamentos está na necessidade de aproximar da aplicação prática, com prescrições particularizadas, as máximas gerais estabelecidas em forma de lei, que representa, por conseguinte, o limite da validade dos decretos e regulamentos, os quais deverão ser *secundum legem*, ou ainda, *praeter legem* – mas não de tal modo *praeter* que se tornem contra *legem*. O critério para esta apreciação da validade de decretos e regulamentos pode ser assim fixado: ambos deverão

conter restrições às faculdades arbitrárias pela lei reconhecidas ao governo para serem utilizadas em execução dela. A lei abandona, com efeito, certa margem de livre atuação aos órgãos executivos. Determinar quando e como estes órgãos deverão exercer concretamente a sua atividade executiva – eis a função própria dos decretos e regulamentos. Se ultrapassam essa fronteira natural, ou deixam de ser conformes à lei, são, portanto, nulos. Compete então aos órgãos judiciários declararem a nulidade e recusarem a sua aplicação.

Somente a conduta prevista em lei e especificada por ela ou por seus regulamentos é exigível.

Uma vez exigível, seu não cumprimento acarreta infração jurídica que leva à responsabilização do infrator. A responsabilidade no campo civil pode apresentar duas consequências possíveis: a reparação e a indenização.

O artigo 26 prevê a indenização, estipulando antes da resolução do contencioso o valor mínimo desta consequência.

Para aplicação deste artigo é necessário como já extensamente apresentado que a conduta seja prevista e especificada na lei e seus regulamentos, sem o que sua eficácia é contida à regulamentação.

Cumprida esta exigência formal de previsão pelo ordenamento jurídico, poderá o sujeito da infração vir a ser responsabilizado pela parte ofendida.

Tratando-se de norma de ordem pública em matéria ambiental, o sujeito lesado pela ofensa normativa é a sociedade como um todo, e o legitimado a reclamar a indenização é o Poder Público, na pessoa do Ministério Público e os demais legitimados pela Lei de Responsabilidade Civil por danos causados ao meio ambiente, Lei n. 7.347/85.

Constatando-se, portanto, a lesão ao direito presente na Medida Provisória e nela e nos regulamentos especificados, deve-se recorrer ao judiciário os legitimados a clamar pela parte ofendida, que, no caso é toda a sociedade. Por esse meio processual, o legitimado poderá reclamar a indenização, instaurando-se o devido processo legal, dando-se oportunidade ao ofensor e ofendido exporem suas razões e definir-se o montante da indenização proporcionalmente à lesão avaliada diante do judiciário.

Melhor exemplo nos é oferecido pelo recente Decreto n. 6.159, de 17 de julho de 2007. Dispõe essa norma, seis anos após a edição da Medida Provisória que:

Art. 1 § 4º Nos casos de autorização de acesso ao patrimônio genético para bioprospecção, a apresentação de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios pode ser postergada pelo Conselho de Gestão, desde que o interessado declare não existir perspectiva de uso comercial e o anuente preveja, no Termo de Anuência Prévia, momento diverso para a formalização do contrato.

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º, a formalização do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios sempre deverá anteceder o desenvolvimento tecnológico e o depósito do pedido de patentes.

§ 6º Na hipótese prevista no § 4º, em caso de remessa de componente do patrimônio genético ao exterior, deverá ser firmado Termo de Transferência de Material contendo compromisso expresso da instituição destinatária de não ceder a terceiros o componente do patrimônio genético, iniciar atividade de desenvolvimento tecnológico ou depositar pedido de patente, sem a prévia assinatura do contrato e correspondente autorização do Conselho de Gestão, quando for o caso. (BRASIL, 2007, art. 1º)

Essa é a primeira regulamentação direta pelo poder executivo central do procedimento de apresentação de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios. Antes disto, havia a previsão genérica da necessidade

de celebração do CURB e uma regulamentação pelo CGEN do momento de apresentação deste contrato, bastante discutível em termos formais como materiais.

Dada essa previsão regulamentar, passa a ter eficácia plena a norma da Medida Provisória que impõe a obrigação de celebração de CURB para bioprospecção e desenvolvimento tecnológico.

De fato, a competência regulamentar do CGEN não inclui a definição do momento de apresentação do CURB que já foi previamente anunciado na Medida Provisória no artigo 16, § 4º.

Quando houver perspectiva de uso comercial, o acesso à amostra de componente do patrimônio genético, em condições *in situ*, e ao conhecimento tradicional associado só poderá ocorrer após assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

Respeitando esse tempo dado pela Medida Provisória, sobrevém o referido decreto, e especifica o procedimento do interessado junto ao órgão da administração direta, o CGEN.

12 A Resolução 35 “O Estado da Arte”

O CGEN que é o Conselho responsável pela Gestão do Patrimônio Genético no Brasil, desde sua criação sempre teve dificuldades na aplicação dos artigos 26 e 34, uma prova disso foi à decisão tomada na 52ª reunião do Conselho de agosto de 2007 que sobrestou todos os processos de pedidos de acessos feitos por sujeitos que se enquadravam na aplicação destes artigos, ou seja, aqueles que estavam pedindo autorização de acesso no Conselho, mas já realizavam a atividade – seja iniciada antes ou depois da Medida Provisória – sem a autorização, e, portanto

necessitavam de um procedimento específico para se regularizar e estavam sujeitos a aplicação de penalidades e indenização.

O órgão não se julga competente e não encontra o respaldo legal para regularizar e penalizar atividades desenvolvidas em desacordo com a Medida Provisória (artigo 34 e 26 respectivamente), pois esses artigos necessitam de regulamentação para serem aplicados.

Nesse cenário, o Conselho encaminhou todos os processos suspensos para o IBAMA para que este com seu poder de polícia aplicasse o que prevê o Decreto n. 5.459, de 2005 que trata das sanções administrativas para as atividades lesivas ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. O IBAMA autuou mais de 100 empresas e instituições científicas que estavam irregulares.

O CGEN, durante esses anos, tentou insistentemente fazer com que a Casa Civil editasse um decreto regulamentador para estes dispositivos, diversas minutas foram feitas mas não prosperaram.

Com esse panorama instável que engessa sua atuação o Conselho deliberou pela edição de uma Resolução que discipline sua atuação perante os pedidos de acesso decorrente de atividades irregulares, regulamentando assim em partes a aplicação dos artigos 26 e 34.

No dia 23 de maio de 2011, o CGEN publicou no Diário Oficial da União a Resolução n. 35 que trata da regularização de atividades de acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado e sua exploração econômica, realizadas em desacordo com a Medida Provisória n. 2.186-16/2001, o regulamento cria um procedimento específico para os processos de regularização.

Ficam disciplinados na Resolução: os acessos a componentes do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado, para fins de pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, sem autorização legal; os acessos a componente do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado e a exploração econômica de produto ou processo resultante desse acesso, sem autorização legal; ou diversamente daquele que realizou o acesso, a exploração econômica de produto ou processo oriundo de acesso a componente do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado, sem anuência do Poder Público ao Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (CURB).

A data base considerada pela Resolução é de 30 de junho de 2000, dia da primeira edição da Medida Provisória, ou seja, os acessos começados e encerrados antes desta data não tem obrigação legal de regularização. Vale uma reflexão que nesta data era impossível regularizar as atividades, uma vez que o Conselho de Gestão e seus procedimentos ainda não existiam.

As exigências da resolução são praticamente as mesmas da Medida Provisória. O pedido de regularização deve apresentar: as comprovações de que a Instituição: a) constituiu-se sob as leis brasileiras; b) exerce atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins; assim como também que possui qualificação técnica e estrutura disponível para o desempenho de atividades de acesso e remessa de amostra de componente do patrimônio genético ou de acesso ao conhecimento tradicional associado, quando for o caso; Deve ser apresentado ainda um projeto de pesquisa, quando ainda em execução, ou um relatório da pesquisa, quando encerrado, que descreva a atividade de acesso realizada, a Resolução apresenta diretrizes para

elaboração do projeto e relatório de pesquisa em seus artigos 4 e 5, respectivamente.

Além disso, na regularização também se exige apresentação da anuência prévia: a) do órgão competente, quando se tratar de espécie de endemismo estrito ou ameaçada de extinção; b) da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, se a amostra tiver sido obtida em terra indígena; c) do órgão competente, se amostra tiver sido obtida em área protegida; d) do titular de área privada onde a amostra tiver sido obtida; e) do Conselho de Defesa Nacional, se a amostra tiver sido obtida em área indispensável à segurança nacional; f) da autoridade marítima, se a amostra tiver sido obtida em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva; g) da instituição mantenedora da coleção *ex situ*, quando for o caso.

Nota-se que aqui, em decorrência de texto errôneo da Medida Provisória, também ficam excluídas da anuência prévia para acessos ao patrimônio genético às comunidades locais, sujeitas a interpretação extensiva da norma.

A Resolução determina a anuência das comunidades indígenas e locais envolvidas apenas para os acessos ao conhecimento tradicional associado.

Determina a necessidade de indicação do destino das amostras de componentes do patrimônio genético ou das informações relativas ao conhecimento tradicional associado, assim como o depósito de subamostra para Instituição Fiel Depositária. E, por fim, a Resolução para regularização exige a apresentação de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios devidamente assinado pelas partes, quando se tratar de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado com potencial de uso

econômico, referente à exploração econômica ocorrida a partir de 30 de junho de 2000.

Pode-se dispensar a anuência do titular da área privada caso o requerente apresente o CURB devidamente firmado. A Resolução também autoriza a dispensa das demais anuências prévias, desde que ouvidos os órgãos competentes sobre a regularização do acesso realizado.

Os processos de regularização pendentes já protocolados deverão ser complementados pelas disposições da Resolução e analisados mediante a ordem cronológica de entrada.

A regularização de que trata a norma, ocorrerá sem prejuízo da apuração pelas autoridades competentes das responsabilidades civil, penal e administrativa, nos casos de acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado em desacordo com as normas vigentes.

Nos casos de que trata a Resolução, envolvendo a exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, em desacordo com as normas vigentes, **o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético comunicará ao órgão da Advocacia-Geral da União-AGU para conhecimento e providências.**

Esta é com certeza a disposição mais incerta da Resolução, com isso está querendo remeter a análise da aplicação da indenização prevista no artigo 26, a Advocacia Geral da União, isso conforme mencionado, pode gerar uma maior insegurança jurídica, pois as condutas descumpridoras, os sujeitos a serem penalizados e o montante da indenização devem ser regulados por meio de uma norma específica, conforme embasamento apontado, de preferência por meio de um decreto; e não estão sujeitos à análise caso a caso por intermédio da Advocacia Geral da União.

Pode-se observar que, a resolução não regulamenta a questão da aplicação da indenização prevista no artigo 26, o que seria questionável, quanto seu alcance como norma regulamentadora, mas imprescindível para a efetividade do processo de regularização, ela apenas passa adiante o problema para a AGU analisar. Imaginem a situação das empresas que tem passivos para regularizar diante desta disposição incerta da Resolução a respeito da aplicação de uma indenização voluptuosa (artigo 26 da Medida Provisória), que pode até inviabilizar o desenvolvimento da atividade, desta forma muitos preferem ficar na ilegalidade contribuindo assim para biopirataria e perda de receitas para o País.

CAPÍTULO VI

O PROTOCOLO DE NAGOYA SOBRE ACESSO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS (ABS)

As Convenções, nos moldes da CDB, estabelecem apenas princípios e regras gerais, não têm prazos nem obrigações específicas, cabendo a sua complementação ser feita por meio da implementação de legislações internas nos Estados e também por meio da adoção de Protocolos adicionais.

Para complementar o que prevê a CDB em relação ao acesso aos recursos genéticos e à repartição de benefícios durante a COP 10 (Décima Reunião das Partes), em 29 de outubro de 2010, foi adotado em Nagoya, no Japão, o Protocolo de Nagoya sobre acesso e repartição de benefícios (Access and Benefice Sharing – ABS), pode-se considerar que esse instrumento impulsiona notadamente a aplicação do terceiro objetivo da CDB, que é a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genético. Está aberto para assinaturas somente para as Partes da Convenção, na sede das Nações Unidas em Nova York, no período de 2 de fevereiro de 2011 até 1º de fevereiro de 2012. Entrará em vigor após 90 dias contatos da entrega do 50º instrumento de ratificação, adesão ou aprovação pelas Partes.

Desde a entrada em vigor da CDB, o tema ABS vem sendo constantemente fruto de discussões durante as Reuniões das Partes. Diversas decisões das Partes foram importantes para o avanço das negociações até a adoção de Nagoya, podemos destacar as seguintes: COP 2 – decisão 11, COP 2 – 12, COP 3 – 15, COP 4 – 8, COP 5 – 26, COP 6 – 24 (diretrizes de Bonn – são diretrizes para as Partes criarem suas legislações internas de

acesso e repartição de benefícios), COP 7 – 19, COP 8 – 4, COP 9 – 8, COP 10 – 1 (adoção do Protocolo de Nagoya)¹

A Convenção Quadro sobre Diversidade Biológica é o instrumento que cristalizou no mundo do Direito Internacional o Acesso regulamentado aos Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios (ABS) e o Protocolo de Nagoya foi criado para implementar e complementar as disposições da CDB sobre este tema.

O objetivo principal do Protocolo de Nagoya é a participação justa e equitativa nos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos, inclusive por meio do acesso regulamentado aos recursos genéticos e a transferência apropriada de tecnologias pertinentes tendo em conta todos os direitos sobre estes recursos e tecnologias, por meio do financiamento apropriado contribuindo para a conservação da diversidade biológica e utilização sustentável de seus componentes.

Aqui, conseguimos visualizar que a implementação do terceiro objetivo da CDB por meio do Protocolo de Nagoya conseqüentemente se desdobra na manutenção dos seus outros dois objetivos. Pois, acredita-se que, ao promover o uso dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados e fortalecer as oportunidades para repartir de maneira justa e equitativa os benefícios que se derivem de seu uso, o Protocolo está gerando incentivos para conservação da diversidade biológica e utilização sustentável dos seus componentes e aumentando assim a contribuição da biodiversidade para o desenvolvimento sustentável e bem-estar humano.

Em suas afirmações o Protocolo reconhece o valor econômico da diversidade biológica e seus ecossistemas, a repartição de benefícios pela utilização dos recursos genéticos

¹ Todas estão disponíveis em <www.cdb.int>.

é considerada como a grande aliada para conservação da biodiversidade e utilização sustentável de seus componentes.

O Protocolo se aplica aos recursos genéticos no âmbito do artigo 15 (acesso) da CDB e aos benefícios que se derivem da utilização destes recursos. E também aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos compreendidos no âmbito do Convênio (artigo 8, j) e aos benefícios da utilização destes conhecimentos.

Tomando nota da relação entre os recursos genéticos seus conhecimentos tradicionais associados, e as comunidades indígenas ou locais que os detêm, o Protocolo de Nagoya reconhece a importância da manutenção dessa rica herança cultural para conservação da diversidade biológica, da sua utilização sustentável e dos próprios meios de vida tradicionais dessas comunidades.

1 Repartição de Benefícios

O Protocolo de Nagoya, em conformidade com o artigo 15, parágrafos 3 e 7 da CDB

[...] os benefícios que se derivam da utilização dos recursos genéticos e seus conhecimentos tradicionais associados e as aplicações comerciais subsequentes devem ser compartilhadas de maneira justa e equitativa com a parte que aporta estes recursos, seja o país de origem destes recursos ou alguma parte que os tenha adquirido de acordo com a CDB, mediante o estabelecimento das condições mutuamente acordadas. (PROTOCOLO DE NAGOYA, 2010, art. 15)

Reconhecendo o vínculo entre o acesso aos recursos genéticos e a repartição de benefícios, a importância da segurança jurídica nestas relações e a importância em fomentar a equidade e a justiça das condições mutuamente acordadas,

o Protocolo proporciona uma base sólida tanto para os provedores quanto para os usuários dos recursos genéticos, pois traz uma série de obrigações concretas que cada Parte deverá assumir para assegurar o cumprimento da sua legislação interna e dos seus requisitos regulamentares para acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, assim como o cumprimento das condições mutuamente acordadas, visando à garantia da repartição de benefícios.

Portanto, para que a repartição de benefícios seja eficaz a Parte deve se estruturar para garantir que o acesso seja regulamentado mediante o consentimento prévio fundamentado e as condições mutuamente acordadas, com medidas legais, administrativas e políticas.

O Protocolo traz anexa uma lista exemplificativa dos benefícios monetários ou não monetários que podem ser repartidos e devem constar nas condições mutuamente acordadas:

Monetários:

- taxas de acesso ou taxa por amostra coletada ou adquirida de outro modo;
- pagamentos antecipados;
- pagamentos por etapas;
- pagamentos por *royalties*;
- taxas de licença em caso de comercialização;
- taxas especiais por pagar fundos fiduciários que apoiem a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica;
- salários e condições preferenciais se foram mutuamente combinados;
- financiamento de pesquisa;
- empresa conjuntas;
- propriedade conjunta dos direitos de propriedade intelectual;

- não monetários;
- intercâmbio de resultados de pesquisas e desenvolvimento;
- colaboração, cooperação e contribuição em programas de pesquisa e desenvolvimento científico, particularmente as atividades de investigação biotecnológica, se possível na parte que aporta os recursos genéticos;
- colaboração, cooperação e contribuição em capacitação;
- transferência ao provedor dos recursos genéticos dos conhecimentos e tecnologias em termos justos e mais favoráveis, inclusive combinados em particular, conhecimentos que façam uso dos recursos genéticos incluída a biotecnologia ou que são pertinentes com a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica;
- fortalecimento das capacidades para transferência de tecnologia;
- criação de capacidade institucional; e
- acesso à informação científica para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica incluindo inventários biológicos e estudos taxonômicos.

2 Acesso aos Recursos Genéticos

Reconhecendo o exercício dos direitos soberanos sobre seus recursos naturais por parte dos Estados o Protocolo determina que as Partes devem regular o acesso aos recursos genéticos em seu território.

O Protocolo afirma que os acessos somente poderão ser realizados se autorizados pela autoridade nacional competente e após o Consentimento Prévio Fundamentado da parte que

aporta estes recursos, que pode ser o país de origem desses recursos ou uma parte que tenha adquirido os recursos genéticos em conformidade com o que dispõe o Convênio, que são os casos de coleções *ex situ*.

As Partes devem tomar medidas para assegurar que antes do acesso os interessados obtenham o Consentimento Prévio Fundamentado, com a participação e aprovação das comunidades indígenas ou locais quando elas tiverem os direitos outorgados sobre tais recursos.

Essa regulação se dá por meio da criação de legislação e mecanismos para controlar o acesso e garantir que este seja feito somente mediante uma autorização por escrito e após o Consentimento Prévio Fundamentado da parte provedora dos recursos, mediante condições mutuamente acordadas, que se expressam no Contrato de Utilização de Recurso Genético.

Para esse fim, o Protocolo determina que as Partes devem adotar medidas para:

- proporcionar segurança jurídica, clareza e transparência em sua legislação e nos requisitos regulamentadores de acesso e repartição de benefícios;
- estabelecer normas e procedimentos justos e não arbitrários sobre acesso aos recursos genéticos;
- disponibilizar as informações de como solicitar o consentimento prévio fundamentado;
- conceder uma decisão por escrito, que seja clara e transparente, emitida autoridade nacional competente, de maneira eficiente compatível com os custos do mercado e dentro de um prazo razoável;
- disponibilizar que no momento do acesso uma permissão ou seu equivalente como prova da decisão de se conceder consentimento prévio fundamentado

e que foram estabelecidas as condições mutuamente acordadas e notificar ao Centro de Intercâmbio de Informação.

- estabelecer normas e procedimentos para obter o consentimento prévio fundamentado ou a aprovação e participação das comunidades indígenas e locais para o acesso aos recursos genéticos;
- estabelecer normas e procedimentos claros sobre a elaboração das condições mutuamente acordadas, que devem ser feitas por escrito, por meio de um contrato, contendo: cláusula de resolução de controvérsias; condições sobre a participação nos benefícios, incluindo em relação a propriedade intelectual; condições para utilização subsequente por um terceiro, se houver; disposições sobre mudanças de intenção quando proceda.

As Partes do Protocolo devem criar condições para promover e incentivar a pesquisa que contribua para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, particularmente nos países em desenvolvimento, incluindo medidas simplificadas para os acessos para fins de pesquisa de índole não comercial. Tendo em conta a necessidade de abordar a mudança de intenção nesta pesquisa, ou seja, quando ela passa a ter índole comercial.

3 Acesso aos Conhecimentos Tradicionais Associados:

As partes devem assegurar também que os acessos aos conhecimentos tradicionais associados a algum recurso genético sejam feitos se maneira regulamentada, após o estabelecimento de condições mutuamente acordadas por

meio do Consentimento Prévio Fundamentado ou aprovação e participação da Comunidade indígena ou local envolvida.

Em relação aos conhecimentos tradicionais associados o Protocolo ainda determina que as Partes devem se atentar em:

- Levar em conta as leis e costumes comunitários das comunidades tradicionais e povos indígenas, o que corrobora com a ideia da construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais, que já foi exposto.
- Estimular as comunidades a desenvolverem protocolos em relação aos conhecimentos tradicionais, requisitos mínimos para as condições mutuamente acordadas, assim como modelo de cláusulas de contratos de utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados.
- Estabelecer mecanismos para informar os possíveis usuários dos conhecimentos tradicionais associados acerca de suas obrigações e respeitar na medida do possível as trocas de recursos e conhecimentos realizadas milenarmente pelas comunidades.

4 Mecanismo Multilateral de Repartição de Benefícios

O Protocolo considera que deve ser criado um mecanismo mundial multilateral de repartição de benefícios para os casos de acesso a recursos genéticos que se encontre em fronteiras ou nos casos em que não é possível obter o consentimento prévio fundamentado. Os benefícios destinados a esse mecanismo

deverão ser empregados na conservação da diversidade biológica e utilização sustentável de seus componentes em nível mundial.

Pode-se observar que nos casos mencionados de conhecimentos tradicionais difusos ou detidos por mais de uma comunidade tradicional este mecanismo pode ser empregado para garantir a repartição de benefícios.

5 Pontos Focais Nacionais, Autoridade Nacional Competente e Centro de Intercâmbio de Informações

O Protocolo determina que, cada Parte deve criar seu Ponto Focal Nacional, que abrigará todas as informações sobre o acesso aos recursos genéticos, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios; deverá instruir os usuários e provedores dos recursos e será o enlace da Parte com a Secretaria da CDB.

Da mesma forma cada Parte deve designar sua Autoridade Nacional Competente (que pode ser a mesma entidade do Ponto Focal) e estará encarregada de autorizar os acessos quando procedam; de emitir um documento por escrito atestando que foram cumpridos todos os requisitos de acesso; e estará encarregada também de assessorar as partes interessadas sobre os procedimentos e requisitos para se obter o consentimento prévio fundamentado e estabelecer as condições mutuamente acordadas. A figura desta autoridade já existe no regulamento brasileiro e é representada pelo CGEN (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético).

O Protocolo cria também um Centro de Intercâmbio de Informação, que será um meio mundial de compartilhamento de informações sobre o tema e facilitará o acesso as informações pertinentes para aplicação do instrumento por cada Parte, que

deve remeter ao Centro todas as informações requeridas sobre as atividades de acesso e repartição de benefícios em seu país.

6 Cumprimento

Segundo o Protocolo as Partes devem assegurar que as atividades de acesso sobre sua jurisdição se desenvolvam conforme suas determinações, mediante o consentimento prévio fundamentado perante as condições mutuamente acordadas.

Para apoiar o cumprimento do Protocolo as Partes devem adotar uma série de medidas trazidas em seu texto para assegurar que os acessos sejam feitos segundo as suas determinações, além disso, devem ser tomadas também medidas para os casos de descumprimento, entre elas:

- Criação de um ou mais Pontos de Verificação de Cumprimento que devem recolher todas as informações tanto com os usuários como com os provedores dos recursos genéticos, sobre a utilização destes recursos, o consentimento prévio fundamentado e condições mutuamente acordadas. Servirão para verificar se o acesso foi realizado corretamente.
- Uma autorização de acesso dada pela autoridade competente como prova de que houve o consentimento prévio fundamentado mediante as condições mutuamente acordadas quando entregue para conhecimento do Centro de Intercâmbio de Informações se constituirá um Certificado de Cumprimento reconhecido Internacionalmente.

Esse certificado servirá como prova que o acesso ao recurso foi feito mediante o consentimento prévio fundamentado

e as condições mutuamente acordadas e conforme os requisitos ou a legislação nacional e deve conter no mínimo:

- autoridade emissora;
- data de emissão;
- provedor;
- identificação exclusiva do certificado;
- a pessoa ou a entidade que assinou o consentimento prévio fundamentado;
- recursos genéticos abrangidos pelo certificado;
- confirmação que foram estabelecidas as condições mutuamente acordadas;
- confirmação que se obteve o consentimento prévio fundamentado; e
- utilização comercial ou não comercial.

Essa é uma inovação trazida pelo texto de Nagoya, pois cria um mecanismo internacional que certifica a origem do recurso genético ou conhecimento tradicional associado e garante o cumprimento das disposições da CDB.

No caso da criação de um acordo internacional para harmonizar as disposições da CDB com as disposições do tratado TRIPs, esse certificado internacional de cumprimento ou de origem deveria ser utilizado como requisito para a concessão de patentes, pois para que o certificado seja concedido todas as disposições previstas pelo Protocolo devem ser atendidas.

7 Capacitação e Transferência de Tecnologias

As Partes devem capacitar os interessados para aplicar o que prevê o Protocolo, em quatro esferas chaves:

- capacidade de aplicar as obrigações decorrentes do protocolo e cumprir com elas;
- capacidade para negociar as condições mutuamente acordadas;
- capacidade para elaborar, aplicar e fazer cumprir as medidas legislativas administrativas e de política sobre ABS;
- capacidade para desenvolver pesquisas para agregar valor a seus recursos genéticos;
- As medidas de capacitação podem incluir, entre outras:
- desenvolvimento jurídico e institucional;
- equidade nas negociações: capacitação para negociar as condições mutuamente acordadas;
- ferramentas de comunicação e internet para as atividades ABS;
- desenvolvimento e uso de métodos de valoração;
- bioprospecção, pesquisa e estudos taxonômicos;
- transferência de tecnologia e capacidade técnica para que se torne sustentável;
- aumento da contribuição das atividades *abs* para conservação da diversidade biológica e utilização sustentável de seus componentes; e
- medidas especiais para aumentar a capacidade dos interessados diretos relacionados às atividades ABS, incluindo as comunidades locais e povos indígenas.

Em conformidade com os artigos 15, 16, 18, 19 da CDB, as partes colaborarão e cooperarão em programas de pesquisa técnica e científica e desenvolvimento, incluindo atividades de investigação biotecnológica, como um meio para alcançar o

objetivo do Protocolo. Ou seja, as partes devem apoiar o acesso e a transferência de tecnologia para criar uma base tecnológica e científica sólida para se chegar aos objetivos da Convenção e do Protocolo para os países provedores dos recursos genéticos.

Quando entrar em vigor, o Protocolo será uma importante diretriz internacional para as legislações nacionais ABS de cada Parte. O Brasil como o maior dos megadiversos da CDB deve aproveitar a oportunidade para aperfeiçoar seu sistema e legislações nacionais para ser um exemplo mundial de conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)**. Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. **Decreto n 4.339**, de 22 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 5.051**, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL, **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL, **Medida Provisória n. 2.186-16/2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BRASIL. **Portaria n. 22**, de 22 de janeiro de 1992b. Disponível em: <<http://faolex.fao.org/docs/pdf/bra13843.pdf>>.

Acesso em: 31 jul. 2012.

CASSESE, Sabino. **L'unità del diritto**. Bologna. Il Mulino. 1994.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **O sujeito diferenciado**: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 1999.

DERANI, Cristiane. **A Tutela Jurídica da Proteção do Meio Ambiente e as três Dimensões da Propriedade**. São Paulo: Iléia, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. Direito Para o Brasil Socioambiental. *In*: LIMA, André; FABRIS, Sergio Antonio (Org.). **Patrimônio Genético e Conhecimentos Tradicionais, considerações jurídicas sobre seu acesso**. Porto Alegre: ISA, 2001.

DIEGUES, A. C. **Saberes Tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília. Ministério do Meio Ambiente, 2003.

DUTFIELD, Graham. **Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity**. UK: Earthscan Publications, 2002.

GADAMER. Hans Georges. **Verdad y Metodo**: fundamentos de uma hermenêutica filosófica. Salamanca: Ediciones Sígueme, Salamanca, 1984.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2008.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1987.
- LAFAIETTE, Conselheiro. **Direito das Coisas**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Minhas Palavras**. São Paulo, Brasiliense, 1986.
- LIMA, Andre; BENSUSAN, Nurit. **Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: ISA, 2003.
- MALBERG, Raymond Carré. **La Loi, a expression de la vonte generalé**. Paris: Editora Economica, 1997.
- MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas**. Curitiba: Jurua, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hemeneutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MEYRELES, Ely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. v. 1. França, 1748.
- MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Berlin: Dunker & Humblot, 2002.
- PERELMAN, Chain. **Tratado da Argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PROTOCOLO de Nagoya. **Norma Internacional Publicada em 2010**. Decorrente da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) no âmbito da ONU, que ainda não está em vigor, 2010.

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RICOER, Paul. **Du texte à l'action**: essais d'herméneutique II. Paris: Seuil, 1986.

RIPERT, Georges. **Les forces creatrices du droit**. Paris: LGDJ, 1955.

SANTIAGO DANTAS, Edmea de. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1945.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis. 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

VECHIO, Georges Del. **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Sucessor, 1998.

ZANELA DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La responsabilità civile. *In*: ALPA, Guido *et al.* **Diritto Privato Comparato**: istituti e problemi. Roma: Laterza, 1999.

AUTORES

Cristiane Derani

Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado na Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, em Paris, França. Doutora em Direito Econômico na Faculdade de Direito da USP, com estudos de doutoramento na J. W. Goethe Universität, Frankfurt an Main, Alemanha. Professora Adjunta de Teoria do Direito e de Direito Econômico do Departamento de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Autora dos livros *Direito Ambiental Econômico*; e *Privatização de Serviços Públicos*. Foi professora convidada da J. W. Goethe Universität (Frankfurt), Maison de Sciences de L'Homme (Paris) e Universidad Pablo d'Olavide (Sevilha). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7324962255104918>

Fernanda Pennas

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestre em Direito pela UNISANTOS. Atua principalmente nos seguintes temas: Desenvolvimento Sustentável, Biodiversidade, Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais.

A coleção Pensando o Direito no Século XXI é formada por obras didáticas de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, escritas especialmente para utilização nas disciplinas dos seus Cursos de Mestrado e Doutorado. Além das obras didáticas inclui também coletâneas de artigos científicos produzidos por seus professores e alunos.

